

# Derecho civil II

(Derecho de obligaciones y contratos)

**Asignatura RB07 Derecho Civil II. Plan 2002**



# Primera Parte

## EL CONTRATO EN GENERAL

<b>TEMA 1.- EL CONTRATO</b> .....	Pág. 1
1.-El concepto de contrato.	
2.- Contrato y autonomía de la voluntad.	
3.- Contrato como acto y como norma.	
4.- El contrato y la relación contractual.	
<b>TEMA 2.- LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO</b> .....	Pág. 8
1.-Los elementos del contrato	
2.-El consentimiento de las partes	
3.-El objeto de los contratos	
4.-La causa del contrato	
5.-La forma de los contratos	
<b>TEMA 3.- LOS VICIOS DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO</b> .....	18
1.- Los vicios de los elementos del contrato.	
2.- Los vicios del consentimiento	
3.- El error.	
4.- La violencia y la intimidación.	
5.- El dolo.	
6.- Los vicios de la declaración.	
7.- Los vicios del objeto.	
8.- Los vicios de la causa.	
<b>TEMA 4.- PREPARACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO</b> .....	25
1.- La distinción de fases en la vida del contrato.	
2.- La formación del contrato.	
3.- La perfección: la oferta y la aceptación.	
4.- El precontrato.	
<b>TEMA 5.-INTERPRETACIÓN Y EFICACIA DEL CONTRATO</b> .....	31
1.-Interpretación del contrato.	
2.-Eficacia del contrato	
3.-Relatividad del contrato	
4.- Eficacia del contrato entre las partes y sus causahabientes	
5.-Eficacia del contrato respecto a terceros	
6.-El contrato en favor de tercero	
<b>TEMA 6.-EFICACIA DEL CONTRATO, RESCISIÓN Y REVISIÓN</b> .....	
1.- Consideración general	
2.- Inexistencia y nulidad de pleno derecho	
3.-La anulabilidad	
4.- La rescisión de los contratos	
5.-La revisión de los contratos	
<b>TEMA 7.- CONTRATOS SIMULADOS, FIDUCIARIOS, INDIRECTOS Y FRAUDULENTOS</b> .....	52
1.- Anomalías contractuales.	
2. Contratos simulados.	
3. El negocio fiduciario.	
4.-Contratos indirectos.	
5.- Contratos fraudulentos.	
<b>TEMA 8.-CLASES DE CONTRATOS</b> .....	60
1.-Clasificación de los contratos	
2.-La protección del consumidor en el ámbito contractual.	
3.- Las condiciones generales de la contratación	

## **Segunda parte:** **LA RELACIÓN OBLIGATORIA**

<b>TEMA 9.-CONCEPTO DE FUENTES DE LAS OBLIGACIONES .....</b>	<b>72</b>
1.-Concepto de obligación	
2.- Fuentes de las obligaciones	
3.- La voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.	
<b>TEMA 10.-CLASES DE OBLIGACIONES .....</b>	<b>80</b>
1. Por razón del vínculo	
2 En atención a los sujetos	
3.-Por razón del contenido de la prestación.	
4.-Obligaciones pecuniarias	
5.-Obligaciones, puras, condicionales y a término.	
<b>TEMA 11.- EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. LOS SUBROGADOS DEL PAGO.....</b>	<b>92</b>
1.- Modos de extinción de las obligaciones	
2.-El pago o cumplimiento.	
3.-Imputación de pagos	
4.-Ofrecimiento de pago y consignación	
5.- Los subrogados del pago	
6.-Pago por cesión de bienes.	
7.-Dación en pago	
8.- La condonación.	
9.- La compensación	
<b>TEMA 12: LA EXTINCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES.....</b>	<b>106</b>
1.- La extinción de las obligaciones	
2.-Pérdida de la cosa e imposibilidad sobrevenida de la prestación	
3.- Confusión	
4.- La novación.	
5.- Los diferentes tipos de modificación de las obligaciones	
6.- El cambio de acreedor: la transmisión del crédito	
7.- La cesión del crédito.	
8.- La subrogación del crédito y el pago con subrogación.	
9.- El cambio de deudor: la asunción de deudas.	
10.- La cesión del contrato.	
<b>TEMA 13.- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN .....</b>	<b>120</b>
1.- El incumplimiento de la obligación.	
2.- El incumplimiento definitivo.	
3.- El incumplimiento defectuoso o inexacto.	
4.- La mora.	
5.- Los criterios de imputabilidad: la culpa y el dolo.	
6.- La exoneración del deudor: el caso fortuito y la fuerza mayor.	
7.- La acción de cumplimiento.	
8.- La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios.	
<b>TEMA 14.-GARANTÍAS DEL DERECHO DE CRÉDITO .....</b>	<b>133</b>
1.-Consideración general	
2.- La cláusula penal	
3.- El derecho de retención	
4.- Derechos accesorios de garantía	
5.- Las acciones subrogatoria y revocatoria	
6.- La concurrencia de acreedores.	

- 7.- Los créditos privilegiados.
- 8.- El concurso de acreedores

**Tercera parte:**  
**LOS CONTRATOS EN ESPECIAL**

<b>TEMA 15.-DONACIÓN.....</b>	<b>153</b>
1.- Concepto general.	
2.- La naturaleza jurídica de la donación.	
3.- Capacidad del donante y del donatario	
4.- Cosas que pueden ser objeto de donación.	
5.-La forma de las donaciones.	
6.- La perfección de la donación.	
7. - Revocación de las donaciones.	
8.- Reducción de las donaciones inoficiosas.	
9.- Donaciones especiales.	
<b>TEMA 16.-COMPRAVENTA.....</b>	<b>162</b>
1. Concepto y caracteres.	
2. Elementos personales, reales y formales.	
3. Momento de la perfección del contrato.	
4. Obligaciones del vendedor: la entrega.	
5. El saneamiento.	
6. Obligaciones del comprador.	
7. Las garantías del vendedor.	
8. Los pactos en la compraventa.	
9. Compraventas especiales.	
10. La permuta.	
11. La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo	
<b>TEMA 17.-ARRENDAMIENTOS.....</b>	<b>179</b>
1.-Concepto de arrendamiento	
2.-El arrendamiento de cosas en el Código civil	
3.-Los arrendamientos urbanos en las leyes especiales.	
<b>TEMA 18.-COMODATO, PRECARIO Y MUTUO.....</b>	<b>193</b>
1.-El préstamo en general.	
2.-El comodato	
3.-El precario	
4.-El contrato de préstamo mutuo	
5.-El préstamo con interés	
<b>TEMA 19.-MANDATO, PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EJECUCIÓN DE OBRA.....</b>	<b>197</b>
1.-Contratos dirigidos a la prestación de una actividad	
2.-Contrato-de mandato	
3.-El contrato de prestación de servicios.	
4.-El contrato de ejecución de obra	
5.-El contrato de mediación o corretaje	
<b>TEMA 20.-LA SOCIEDAD CIVIL.....</b>	<b>204</b>
1.-Concepto y caracteres	
2.-Constitución de la sociedad	
3.-Funcionamiento de la sociedad	
4.-Extinción de la sociedad	

<b>TEMA 21.-EL DEPOSITO</b> .....	209
1.-El contrato de depósito	
2.- Clases de depósito.	
3.- El depósito voluntario.	
4.-El depósito irregular	
5.-Depósito necesario	
6.-Secuestro	
<b>TEMA 22.- LA FIANZA</b> .....	212
1.-Concepto, caracteres y clases	
2.-Constitución del contrato de fianza	
3.-Efectos de la fianza	
4.-Extinción	
<b>TEMA 23.- LOS CONTRATOS ALEATORIOS, TRANSACCIÓN Y ARBITRAJE</b> .....	215
1 Contratos aleatorios	
2 La transacción	
3 El contrato arbitral	

**Cuarta parte:  
CUASI CONTRATOS.**

<b>TEMA 24.- CUASI CONTRATOS</b> .....	220
1.- Gestión de negocios ajenos sin mandato.	
2.- El enriquecimiento sin causa.	
3.- El cobro de lo indebido	

**Quinta parte:  
LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

<b>TEMA 25.-LA RESPONSABILIDAD CIVIL</b> .....	
1.- Responsabilidad contractual y extracontractual.	
2.- Responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil derivada de delito.	
3.- Clases de responsabilidad extracontractual.	
4.- Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva.	
5.- Responsabilidad directa o indirecta.	
6.- Requisitos comunes a todos los casos de responsabilidad	
7.- Principales supuestos legales de responsabilidad objetiva.	
8.- Las vías de reparación del daño	

**BIBLIOGRAFIA**

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Instituciones de Derecho civil*, II, Barcelona, 1994, Ed. Jose M° Bosch Editores.
- AAVV: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*. (coord.. C.MARTÍNEZ DE AGUIRRE), Ed. Colex, Madrid, 2000.
- AAVV: *Instituciones de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 2003.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, Vol.II, Teconos, Madrid, 2001.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho de daños*, Madrid, 1999.
- CAPILLA RONCERO, F.: *Introducción al Derecho Patrimonial Privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001
- CASTÁN TOBEÑÁS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, T.3, Madrid, 1992, Reus,
- LACRUZ BERDEJO, J.: *Elementos de Derecho. civil, II Derecho de Obligaciones*, Vol 2º, (Rev.Rivero Hernández) Ed.Dykinson, Madrid, 1.999.
- LALAGUNA DOMINGUEZ, E.: *Estudios de Derecho civil. Obligacione sy contratos*, Tirant Lo Blanch, 2ª ed..Valencia, 1.993,
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Curso de Derecho civil patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1995.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A.: *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001
- ROCA I TRIAS, E.: *Derecho de daños Textos y materiales*, Valencia, 2003.

## **Tema 1: EL CONTRATO**

§ 1.-EL CONCEPTO DE CONTRATO.

§ 2.- CONTRATO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

§ 3.- CONTRATO COMO ACTO Y COMO NORMA.

§ 4.- EL CONTRATO Y LA RELACIÓN CONTRACTUAL.

### **§ 1.- EL CONCEPTO DE CONTRATO.**

#### ***1.- El concepto de contrato***

**1.1. Origen histórico del concepto.-** Desde un punto de vista etimológico la palabra contrato proviene del latín *cum* y *traho*, venir en uno, ligarse; significando por consiguiente, la relación constituida a base de un acuerdo o convención. En los ordenamientos primitivos el mero acuerdo de voluntades no era un contrato, en el sentido de fuente de las obligaciones, puesto que la voluntad por si sola no podía crear obligaciones válidas y eficaces (CASTÁN).

En Roma tuvo gran importancia la distinción entre convención y contrato. La convención o pacto (*pactum, conventum*) era mero acuerdo de voluntades que por si no generaba acción ni vínculo obligatorio. El contrato era la convención que, por ir acompañada de una forma requerida por el Derecho o de una causa reconocida idónea, **generaba un vínculo obligatorio**.

En la actualidad el concepto de contrato está caracterizado por dos notas:

1ª.- Constituye una categoría abstracta o genérica, que a su vez engloba a toda una serie de categorías particulares (contrato de compraventa, de permuta, etc). **En Roma no existía aquella categoría general que era el contrato sino toda una serie de categorías singulares.**

2ª.- **Tener como base o fundamento el pacto o convención, es decir el acuerdo de voluntades. La forma por el contrario tiene un valor secundario.**

**1.2. El concepto de contrato en el CC.** El Código no contiene ninguna definición de contrato, si bien las referencias al mismo son reiteradas. Así, el CC menciona al contrato entre las fuentes de obligaciones (art. 1.089). El contrato es la más frecuente e importante de las fuentes de obligaciones, aunque el citado artículo lo coloque después de la ley. El CC a pesar de contener una reglamentación general de los contratos en el Título II del Libro IV que gira bajo el epígrafe “De los contratos” (arts. 1.254-1.314), tampoco define el contrato; el art. 1.254 con el que comienza el mencionado título simplemente señala el momento de su nacimiento o perfección (CASTÁN): «*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*»

DIEZ-PICAZO dice que el CC, a pesar de no definir, suministra materiales suficientes para poder deducir el concepto que del contrato tuvieron los autores del Código, así pues el art. 1.089 menciona al contrato al enumerar las fuentes de las obligaciones. El art. 1.091 afirma que «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos». Finalmente, el art. 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».

Relacionando los tres preceptos citados se puede deducir un concepto legislativo de contrato que aparece formado por la conjunción de dos notas características:

- a) En el contrato hay siempre un consentimiento común de dos o más personas: el contrato existe desde que varias personas consienten, dice el art. 1.254.
- b) El contrato tiene siempre como consecuencia la creación de una obligación que tiene fuerza de ley entre las partes contratantes. ( art. 1.091)

De estas ideas procede la configuración tradicional y clásica, que considera al contrato como *«un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, dirigido a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones entre ellas»*

### 1.3.- El moderno concepto de contrato.

Dice DÍEZ-PICAZO que, en términos estrictamente jurídicos, cabría hablar de varios conceptos de contrato, **descendiendo de lo general a lo concreto:**

1º) La idea de contrato es, en primer lugar, un **supraconcepto (oberbegriff) o concepto superior comprensivo de aquellos otros sobre los que se establece** que es aplicable a todos los campos jurídicos y, por consiguiente tanto al Derecho privado como al público. Son contratos, desde este punto de vista, los tratados internacionales, etc.

2º) A su vez, dentro del campo del Derecho privado, la idea de contrato es de **carácter general** al designar a todos los negocios jurídicos bilaterales tanto de Derecho patrimonial como del Derecho de familia o de sucesiones. Así pues desde este punto de vista el matrimonio podría ser clasificado como un contrato.

3º) En un sentido más restringido, y buscando el sometimiento a un régimen jurídico unitario, la doctrina más moderna aplica el concepto de contrato exclusivamente respecto de todos aquellos negocios jurídicos que inciden sobre relaciones jurídicas patrimoniales, concluye DIEZ-PICAZO, afirmando que el **contrato** es: *«el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, [transmitir], modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».*

El profesor LACRUZ coincide en esta concepción de contrato cuando nos dice que: «el contrato a que se refieren los artículos 1.254 y siguientes del Código civil supone un acuerdo de voluntades jurídicamente vinculante entre personas con intereses distintos dirigidos a crear, transferir, modificar o extinguir derechos patrimoniales».



Desde esta perspectiva patrimonial habrá que negar el carácter contractual del matrimonio, que además constituirá un convenio o convención al no existir intereses contrapuestos.

#### 1.4. La función del contrato

De acuerdo con CASTÁN el contrato puede desempeñar funciones muy complejas y dar lugar a las siguientes situaciones jurídicas:

a) *Crear, modificar o extinguir relaciones obligatorias o crediticias*, pues, si bien del tenor literal del artículo 1.254 del Código civil pudiera parecer a primera vista que la única categoría de contratos reconocidos por él es la de los obligatorios, nada se opone a admitir que, **en virtud de un contrato además de crear una relación obligatoria también quepa extinguirlo o modificarla, ceder un crédito o asumir una deuda (cfr. arts. 1.175- 2º; 1.203-2º y 3º; 1.187, 1.209, 1.226, etc.)**

b) ***Crear, a la vez que la relación obligatoria, un derecho real con la concurrencia de la tradición*** (arts. 609 y 1.095 del Código civil). Ej. El contrato de compraventa si además va acompañado de la entrega de la cosa produce el nacimiento del derecho real de propiedad.

c) *Producir una transmisión patrimonial*, mediante una obligación de realización inmediata, que en un solo acto aparece creada y cumplida (ejemplos la compraventa al contado y la donación manual).

d) *Vincular a las partes para la celebración de un futuro contrato* que, por el momento, no se quiere o no se puede estipular. Este es el caso del llamado precontrato.

Por lo demás, con independencia de la extensión que, de acuerdo con los textos legales, se atribuya a la noción del contrato, es indudable que las normas del mismo serán aplicables en cuanto la analogía lo permita a relaciones jurídicas familiares, sucesorias, etc., basadas en el acuerdo de voluntades.

#### 1.5. Evolución y crisis del concepto.

En el siglo XIX, en pleno apogeo del liberalismo individualista, el contrato constituye, la figura central para explicar o construir todo género de instituciones jurídicas; desde la creación misma del Estado, justificada por medio del contrato social, hasta la organización del mundo internacional, regulado por tratados de esencia contractual; y desde el matrimonio, basado en el consentimiento de los contrayentes, hasta los derechos reales, que se construían como una especie de pacto que obligaba a los desposeídos a respetarlos (CASTÁN).

El Código Civil, recogiendo los principios liberales entonces imperantes, parte del supuesto de que quienes celebran un contrato, pueden discutir libremente sus pactos o cláusulas en una situación de absoluta igualdad, sin embargo resulta patente que hoy la figura del contrato dista mucho de ser aquel libre acuerdo de voluntades. Aquel auge del contrato, consecuencia del individualismo liberal -continúa CASTÁN-, está siendo sustituido hoy por

una especie de crisis o decadencia del contrato, motivada por el intervencionismo estatal y la exaltación de la idea de comunidad.

Esta crisis ideológica del contrato tiene como manifestaciones:

a) La **reducción del área del contrato** o, lo que es igual, de las instituciones a las cuales se aplicaba, para explicarlas o construir las, la idea del contrato. Las instituciones del Derecho público, las relaciones de familia, la relación de trabajo, tienden a quedar fuera de la órbita del contrato.

b) La **revisión del concepto del contrato**, que va perdiendo, muchos de sus elementos típicos y puros, (ej. la autonomía de la voluntad) para ser centrado sobre nuevas bases, bajo la inspiración de criterios sociales.

### 1.6.- Las nuevas modalidades contractuales.

La **evolución económica y social** experimentada en los últimos tiempos, dicen DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ha dado lugar a una serie de **variaciones importantes en el régimen jurídico de los contratos**, dando lugar a la aparición de las siguientes modalidades contractuales que tienen muy difícil encasillamiento en el régimen jurídico tradicional:

A) Los **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 (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**.

B) Los **contratos normados** o contratos con un contenido imperativo determinado; puesto que por 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).

C) Los **contratos forzosos** 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.

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 2ª de la Ley de

Arrendamientos Urbanos de 1964, 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.

D) Los contratos denominados por la doctrina alemana «**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**. Ej. La utilización de un aparcamiento de vehículos o la utilización de un medio de transporte de servicio público o las prestaciones ofrecidas por las máquinas automáticas.

## § 2.- CONTRATO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

### 1.- La autonomía de la voluntad.

El principio de autonomía de la voluntad recogido en el art. 1.255 del CC (y 53 del C.de.C) implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina «autonomía privada». El contrato tiene pues su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad. (DIEZ-PICAZO). La autonomía de la voluntad, - continua este autor- en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo que significa:

A) *La libre opción del individuo entre contratar y no contratar.* Significa la libertad de constitución de las relaciones contractuales, con libertad, por tanto, de elección del otro contratante.

B) *La libertad de elección del tipo contractual.* Las personas pueden elegir dentro de los contratos previstos por la ley el que sea más conveniente para la satisfacción de sus intereses.

C) *Libertad para celebrar contratos atípicos.*- Las personas no necesitan acogerse a los tipos contractuales regulados por las leyes, sino que pueden construir libremente otros distintos denominados *contratos atípicos*.

D).- *La posibilidad de modificar el contenido de los contratos típicos.*- Es decir que en los contratos típicos, es decir, regulados por la Ley, el contenido legal de estos contratos, cuando tenga carácter dispositivo puede ser sustituido en parte por otro distinto.

PUIG-BRUTAU, añade mediante la autonomía de la voluntad también se procura mantener el *ejercicio de esta libertad desligada de los requisitos de forma*. Por ello se dice que los contratos existen "desde que una o varias personas consienten en obligarse" (artículo 1.254), que "se perfeccionan por el mero consentimiento" (art. 1.258) y que los contratos "serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado" (art. 1.278). Por consiguiente, mediante la simple prestación del consentimiento cabe que dos sujetos queden obligados según los pactos, cláusulas y condiciones que hayan creído conveniente adoptar.

### 2.- Los límites de la libertad contractual.-

En el momento de llevarse a cabo la codificación civil, bajo los impulsos del liberalismo económico se vivió un momento de encendida defensa de este principio; pero la libertad contractual no puede ser absoluta, así el propio art. 1.255 CC establece una serie de límites para la misma, cuando dice: «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.»

**A) La ley.-** Se refiere el art. 1255 a las normas de carácter imperativo. En el sistema del Código Civil no existe una regla general favorable a la dispositividad de las leyes, ni tampoco su contraria. Constituye, por ello, un problema de interpretación de cada norma concreta. En términos generales, puede decirse que son imperativas las normas que contienen prohibiciones y las que establecen para su observancia la sanción de nulidad, aunque se trata siempre de un problema abierto. La ley imperativa limita la libertad contractual de varios modos, que pueden resumirse así:

1º.- **Puede proscribir un determinado tipo contractual**, como hace, p. ej., el art. 1.654 al decir que queda suprimido para en adelante el contrato llamado de subenfiteusis. La ley imperativa puede, sin prohibir el tipo contractual, como conjunto, prohibir que las partes le doten de un determinado contenido. Nos hallamos así en presencia de contratos permitidos, pero de pactos, cláusulas o condiciones prohibidas. Por ejemplo, el pacto comisorio en la prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1.859 y 1.884 CC) o el pacto de exclusión de uno o más socios de todo o parte de las ganancias o pérdidas sociales (art. 1.691).

2º.-**Puede dotar al contrato que las partes libremente establezcan de un contenido imperativamente fijado.** En tal caso, las partes son libres para contratar o no contratar, pero si contratan, el contenido de la regla contractual queda legalmente fijado en todo o en parte.

Para PUIG BRUTAU, hay otra serie de limitaciones generales que resultan del mismo Código civil: es nula la renuncia de la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente de dolo (art. 1.102); no puede existir convenio sobre condiciones imposibles, contrarias a las buenas costumbres o prohibidas por la ley, bajo pena de la nulidad de la obligación que de ellas dependa (art. 1.116); no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes la validez y cumplimiento de los contratos (art. 1.256); no pueden ser objeto de contrato las cosas y servicios imposibles (art. 1.272); ni producen efecto alguno los contratos sin causa o con causa ilícita (artículo 1.275); en las capitulaciones matrimoniales no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o a las buenas costumbres ni a los fines del matrimonio, y si así no se hace, la estipulación se tendrá por nula (art. 1.316); en los contratos de prenda o hipoteca no puede pactarse que el acreedor se incaute o disponga de las cosas gravadas, pues su derecho no se refiere principalmente a éstas, sino a su valor en cambio (art. 1.859), y lo mismo sucede en el derecho de anticresis (art. 1.884).

**B) La moral.-** La moral es un conjunto de convicciones de orden ético y de valor del mismo tipo. No es necesario que se plasmen en actos concretos, en algunas ocasiones el Código parece hacer sinónimas las expresiones «moral» y «buenas costumbres», que exigirían una serie de prácticas o de actos en que aquellas convicciones encarnaran.

Al establecerse la moral como límite de la autonomía contractual, quedan impedidos los contratos inmorales. La inmoralidad del contrato afecta a la causa del mismo y lo hace

ineficaz o nulo. El art. 1.275 dice que los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno y que es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Del mismo modo, el párrafo tercero del art. 1.271 prohíbe que puedan ser objeto de contrato los servicios contrarios a las buenas costumbres.

**C) El orden público.-** El último de los límites que el art. 1.255 coloca a la autonomía o libertad contractual es el de «orden público», que es también de gran dificultad e imprecisión, lo que el Código llama orden público es la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores. Aún a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al orden público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares. Pertenecen en la actualidad al orden público del art. 1.255 las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional (p. ej., la dignidad de la persona, sus libertades básicas, su derecho a la igualdad y a la no discriminación) que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por los pactos o contratos de los particulares, aunque en ellos intervenga el mismo sujeto afectado. Por ejemplo: pactos que contravengan la igualdad consagrada en el art. 14 CE, o que impliquen renuncia de derechos fundamentales.

### §3.- EL CONTRATO COMO ACTO Y EL CONTRATO COMO NORMA

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 unas veces al acto que los contratantes realizan (v. gr.: se dice celebrar un contrato) y otras veces se refiere al resultado normativo o reglamentario que con este acto se produce para los contratantes (v. gr.: se dice cumplir un contrato, estar obligado por un contrato).

PUIG BRUTAU dice que aunque en algunos casos la celebración del contrato y su cumplimiento son simultáneos, lo habitual es que el contrato deje establecidas obligaciones que se tendrán que cumplir en el futuro. Las partes habrán sido libres para decidirse a contratar o para desistir de hacerlo pero en el primer supuesto, lo convenido subsistirá con fuerza obligatoria con independencia de que subsista la voluntad inicial de obligarse.

Desde el primero de los puntos de vista mencionados,(contrato como acto) el contrato se nos aparece como un acto jurídico, es decir, como una acción de los interesados a la cual el ordenamiento atribuye unos determinados efectos jurídicos

Desde el segundo de los puntos de vista apuntados, el contrato se nos aparece como un precepto o como una regla de conducta (lex contractus; la regla contractual). El contrato es entonces una determinada disciplina que constituye una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta.; según PUIG BRUTAU, el contrato: «es ley para las partes contratantes porque se ha convertido en una norma jurídica que regirá la conducta posterior de los contratantes»

Nuestro Código lo reconoce al disponer que «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos» (art. 1.091), y al reconocer que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (art 1.256).

#### **§ 4.- EL CONTRATO Y LA RELACIÓN CONTRACTUAL.**

Un fenómeno distinto del contrato en sí mismo considerado es lo que puede llamarse la «relación contractual». Como hemos visto, en rigor el contrato es un acto o una acción de los interesados y, además, una regla de conducta a la que se someten. La relación contractual es algo diferente, puesto que no es el acto, ni la norma en que el contrato consiste, sino la *situación en que las partes se colocan después de haber celebrado el contrato*, es decir, la situación que crean, modifican o extinguen. Se puede distinguir así, nítidamente, por ejemplo, el contrato de compraventa y la relación de compraventa o el contrato de arrendamiento y la relación de compraventa. (DIEZ- PICAZO).

## Tema 2: LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO

- § 1.- LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO.
- § 2.- EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES
- § 3.-EL OBJETO DE LOS CONTRATOS
- § 4.- LA CAUSA DE LOS CONTRATOS
- § 5.- LA FORMA DE LOS CONTRATOS

### § 1.- LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO.

Según el **art. 1.261** del Código civil: «*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes. 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3º Causa de la obligación que se establezca*». Consentimiento, objeto y causa son los requisitos del contrato, a los que hay que añadir el requisito de forma en el supuesto de los contratos formales. Los requisitos que enumera el art. 1.261 son los **elementos esenciales** del contrato y su concurrencia es necesaria para que el contrato exista (PUIG BRUTAU),

La doctrina además de los elementos **esenciales**, también distingue los elementos **naturales y accidentales del contrato**, con lo cual la relación de elementos del contrato quedará estructurada de la siguiente forma:

A) **Elementos esenciales** son aquellos sin los cuales el contrato no puede existir, **la falta de cualquiera de ellos determina la nulidad del contrato**. Son, de acuerdo con el **art. 1.261** CC el *consentimiento*, el *objeto* y la *causa*. A estos elementos esenciales hay que añadir el de la *forma* en el supuesto de los denominados contratos formales.

B) **Elementos naturales** son aquellos que, por considerarse que son los más conformes con los intereses de las partes, la ley los inserta **automáticamente** en el contrato, a falta de pacto **expreso** de los contratantes; es decir que ante el silencio de las partes que podrían haberlos incluido (o excluido) en el contrato **(por tratarse de normas de derecho dispositivo)** se sobreentiende que los mismos forman parte del contrato (LACRUZ). Ej así sucede por ejemplo con las garantías de la compraventa (arts. 1.461 y ss) o la gratuidad en el mandato, en el mutuo y en el depósito (arts. 1711, 1755 y 1.760 CC)

Ej.- El saneamiento por vicios ocultos (art. 1.484 CC) es una garantía de la compraventa que constituye un elemento natural de ese contrato. Si las partes en el documento en el que formalizan el contrato se olvidan de pactar sobre el saneamiento por vicios, se entiende que se aplicará al contrato todo lo que la ley diga al respecto. Como los elementos naturales se encuentran en preceptos de carácter dispositivo, las partes podrán suprimirlos o modificarlos, siempre que lo hagan de forma expresa.

C) **Elementos accidentales** son aquellos que pueden ser introducidos en el contrato por la **voluntad de las partes**. Son elementos accidentales la *condición*, el *término* y el *modo* (LACRUZ). A diferencia de los elementos naturales, que se entenderán implícitos en el contrato ante el silencio de las partes, los elementos accidentales para formar parte integrante del contrato habrán de ser introducidos de forma expresa, y en ese caso serán constitutivos del contrato de que se trate (ej. compraventa con precio aplazado o donación sometida a condición) y, en ese sentido una vez introducidos serán elevados a la condición de esenciales (LACRUZ).

## § 2.-EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES

La materia referente al consentimiento contractual comprende dos aspectos diferenciados: el relativo a la *capacidad para consentir* y el que se refiere a la *prestación del consentimiento*.

**A) Capacidad para contratar y prohibiciones de contratar.** El Código civil regula en el artículo 1.263 la capacidad para prestar consentimiento. «No pueden prestar consentimiento: Primero. Los menores no emancipados. Segundo. Los incapacitados»

En cuanto a los incapacitados, será 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 equivalente a 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 (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, a pesar de la dicción literal del artículo 1263, no se trata de que el consentimiento pueda ser o no prestado, sino de si el contrato generado por ese consentimiento sea válido y eficaz. Por ello, más que de la capacidad para consentir debe hablarse de «capacidad para contratar».

Regulada así, negativamente, la capacidad, se desprende una regla implícita de capacidad para contratar: son capaces para contratar todas aquellas personas a quien la ley no declare expresamente incapaces para ello. En realidad, la capacidad para contratar viene a coincidir 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. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El art. 1.264 CC establece que: «La incapacidad declarada en el artículo anterior está sujeta a las modificaciones que la ley determina, y se entiende sin perjuicio de las incapacidades especiales que la misma establece». La referencia a ciertas incapacidades para contratar establecidas por la ley, son aquellas incapacidades especiales que tradicionalmente han sido denominadas por la doctrina **prohibiciones legales para contratar**, éstas impiden a determinadas personas que se encuentran en una determinada posición en relación al otro contratante, celebrar determinados tipos de contratos.



En la actualidad las **prohibiciones legales** se reducen a las que afectan a determinadas personas para que puedan comprar determinados bienes (art. 1.459 CC); a la que impide recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes antes de la aprobación definitiva de su gestión, o adquirir del tutelado bienes a título oneroso o transmitirle por su parte bienes por igual título. (Art. 221, 1º y 3 CC) y las prohibiciones de disponer derivadas de la ley, de la autoridad correspondiente o de la voluntad privada (arts. 26 y 27 LH).

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. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

## **B) La prestación del consentimiento.**

Para que el consentimiento se considere válidamente prestado, no es suficiente la capacidad general para contratar, ni que exista un querer efectivo en el fuero interno de la persona. Es preciso que esta voluntad interna se manifieste, que no exista discrepancia entre lo querido y lo declarado y que las partes contratantes coincidan en lo que pretenden, desde sus respectivas posiciones en cuanto al objeto y a la causa del contrato. (PUIG BRUTAU)

En aquellos supuestos en que la voluntad de los contratantes no se manifiesta de manera consciente, racional y libre, el contrato no será perfecto y podrá impugnarse para que los contratantes no se vean afectados por lo que no quisieron. La doctrina ha sistematizado aquellos vicios que pueden afectar a la voluntad de los contratantes en base a dos criterios, en relación a la falta de conocimiento (error, dolo) y con relación a la falta de libertad (intimidación o violencia moral). (LACRUZ)

## **§ 3.-EL OBJETO DE LOS CONTRATOS.**

### **1.- Concepto**

El objeto es uno de los requisitos esenciales del contrato, aparece mencionado en el art. 1.261-2 cuando se menciona al: «*objeto cierto que sea materia del contrato*». Asimismo el art. 1.271 trata del objeto de los contratos, y según el mismo pueden ser objeto de contrato 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; así pues para este precepto las **cosas y servicios** son el objeto de todo contrato (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La mayoría de la doctrina ha señalado la incorrección técnica del art. 1.271 puesto que un concepto de objeto restringido a las *cosas y servicios* o identificado con la prestación comprometida no permite explicar el objeto determinados contratos como los asociativos (contrato de sociedad), los negocios de segundo grado (transacción, reconocimiento, novación, modificación, cesión, convenio arbitral, de interpretación, etc.) en los que el objeto es la relación jurídica anterior, o aquellos que contemplan una situación futura (contratos normativos, precontratos, contratos preliminares)(GETE-ALONSO).

En el intento de formular un concepto unitario es necesario poner en relación este artículo con el art. 1.261.2 CC, en el que se define al objeto como la «**materia del contrato**» y con el art. 1262.1 en el que el contrato aparece integrado al consentimiento (acuerdo contractual). Tomando como base dichos preceptos el concepto hoy comúnmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia es el que entiende que el **objeto del contrato es la realidad social, representación común de las partes, -la materia- sobre la que recae el consentimiento** (DE CASTRO). De otra parte, considerar el objeto del contrato como la realidad base del consentimiento permite poder diferenciar el objeto del contrato del objeto de la obligación y más concretamente de ésta en su fase de cumplimiento (GETE-ALONSO)

#### \*ACTUALIZAR

Las SSTS de 10-10-1997, (RJA 864/1997) y 5 junio 1978 ( RJA 1978\2219), fijan el siguiente concepto de objeto:

«... aquella **realidad sobre la que el contrato incide** y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato, es decir, el **comportamiento al que el vínculo obligatorio sujeta al deudor** y que tiene derecho a exigirle el acreedor, referido no al aspecto obligacional, objetivo inmediato, o sea, a los derechos y obligaciones que se constituyen, sino al mediato, que puede consistir tanto en una cosa propiamente dicha, bien de naturaleza exterior, ora procedente del ingenio humano o en un acto integrador de prestación. ...»

## 2.- Requisitos.

El art. 1.271 CC establece que: *«Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.*

*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056.*

*Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres».*

En este precepto se hace referencia a tres requisitos del objeto sin los cuales no podrá hablarse de contrato: el de la **licitud**, y el de su **posibilidad** y **determinación**.

### 2.a).- 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 [...]».

La extracomercialidad es aquella situación en la que se encuentran determinadas cosas en sentido jurídico, lo que las hace estar sustraídas al tráfico (GETE-ALONSO). 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, y por lo tanto sería nulo

Para los **servicios**, «que no sean contrarios a las leyes y buenas costumbres». Ejemplos de servicios ilícitos serían el arrendamiento de servicios hechos para toda la vida (art. 1583), el proxenitismo, etc.

## 2.b) Posibilidad.

Dice el artículo 1.272 que «no pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles». La **imposibilidad** a que se refiere este artículo 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 radicalmente nulo. (Ej. el supuesto de que se vende una parcela que no existe) Si la **imposibilidad** no es total, sino **parcial**, también debe generalizarse, por analogía la norma contenida en el 1.460-2º, **lo que faculta al** acreedor para optar entre desistir del contrato o reclamar la posible prestación, con una reducción en este caso de que la prestación que corra a su cargo.

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 todas las cosas que no se encuentren fuera del comercio de los hombres, **aún las 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.

Ej. El labrador que vende su cosecha del próximo año o 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 llegue 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, **y otras disposiciones particionales**, pero con eficacia para después de su muerte.

## 2.C) La determinación o determinabilidad.

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»

Aunque el Código en este precepto únicamente se refiere a las cosas también es

aplicable a los servicios. Una vez perfeccionado el contrato, se requiere que la cosa o servicio que constituyan su objeto queden perfectamente determinados, sin que sea necesario un nuevo convenio para fijarlos. En el caso de que éste convenio fuese necesario no nos hallaríamos ante un verdadero contrato sino ante tratos preliminares (LASARTE)

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**. Esto no es necesario 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), **se** 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).

#### § 4.- LA CAUSA DEL CONTRATO.

Se trata, sin duda, de la materia más discutida dentro de la teoría del negocio jurídico; ya que, para unos -causalistas- la causa es un elemento del negocio jurídico; mientras que, para otros -los anticausalistas- ésta es un elemento totalmente inútil o inservible.

1. **Concepción causalista.**-A su vez, dentro de la doctrina causalista, se discute en cuanto a qué sea, y en cuanto a cuál es su ámbito. Así, ALBALADEJO, distingue tres concepciones causalistas: la objetiva, la subjetiva y la unitaria:

a) Para la **concepción «objetiva»**, la causa es el **fin práctico del negocio; la razón económico-jurídica del mismo; la función que caracteriza a cada tipo de negocio reconocida por el Derecho**; o la síntesis de la voluntad de las partes y del objeto del negocio, objetivados por la Ley. Así entendida, la causa es invariable para cada tipo de negocio.

Por ejemplo, en la compraventa el fin del contrato es el de cambiar cosa por precio. Además para esta concepción, la causa es algo perfectamente diferente de los motivos y de los fines subjetivos concretos que éstas persigan en cada supuesto.

b) Para la **concepción «subjetiva»**, la causa es la razón o motivo decisivo que induce a negociar- el fin particular cuya consecución impulsa a realizar el negocio. Para la misma, la

causa no consiste en el fin abstracto y permanente, siempre igual en cada tipo de negocio, sino en la finalidad concreta perseguida por cada una de las partes al negociar.

c) Para la **concepción «unitaria»**, tanto la consideración exclusivamente objetiva de la causa, como la meramente subjetiva son parciales, porque sólo toman en cuenta un aspecto de la cuestión. Por ello se entiende que, es preciso elevarse sobre ellas, aunándolas, porque no son realmente contradictorias ni incompatibles entre sí. Junto al fin que el negocio persigue en abstracto, hay que dar relevancia causal al propósito que indujo al sujeto a alcanzar.

Esta es la teoría seguida por el T.S. que considera la causa en su aspecto objetivo como el fin que se persigue en cada contrato, sin que este motivo pueda ser identificado con los motivos individuales o psicológicos de las partes. Sin embargo en determinados supuestos estos motivos personales deberán ser tenidos en cuenta , sobre todo para poder apreciar la ilicitud de la causa; sobre todo cuando aquellos motivos se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición, modo, etc...y sobre todo cuando dichos motivos han sido reconocidos por ambas partes y pueden considerarse incorporados a la situación inspiradora del negocio (AMORÓS GUARDIOLA).

La causa que el CC cita es **la de la obligación**: «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1. ) consentimiento de los dos tratantes; 2. ) objeto cierto que sea materia del contrato; 3º) causa de la obligación que se establezca» (art. 1.261 del CC). En sustancia, es patente, que para dicho Cuerpo legal, requisito del contrato es que haya causa de la obligación.

El art. 1.274 no se da una verdadera definición de causa del contrato, simplemente se dice lo que se entiende por causa en cada uno de los tipos contractuales que en él se especifican. (AMORÓS GUARDIOLA) .: «en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera; y en los de pura beneficencia la mera liberalidad del bienhechor».

**2. Concepción anticausalista.**-Según dicha orientación, la causa es algo totalmente inútil, y los códigos que la acogen, podían haber prescindido de la misma, sin que nada cambiase por ello. Refiriéndose, en concreto, a la causa de las obligaciones contractuales, se entiende que en los contratos onerosos, la causa se confunde con el objeto, y en los gratuitos con el consentimiento del que hace la liberalidad.

### **3. Requisitos de la causa:**

1.º.- **La causa ha de existir.** Los contratos sin causa no producen efecto alguno (art. 1.275, párrafo primero), o, dicho de otro modo, son inexistentes. Pero no hace falta **que ésta se haga constar de forma expresa** en el contrato, puesto que se presume la existencia de la causa mientras el deudor no pruebe lo contrario (art. 1.277).

Sería el caso de quien queriendo defraudar a sus acreedores simula una compraventa de sus bienes pero en realidad ni se le ha entregado ninguna cantidad de dinero por ellos ni

tampoco ha habido un traspaso posesorio. Este contrato sería radicalmente nulo.

2.º.- **La causa ha de ser verdadera.** La causa falsa puede ser falsa propiamente dicha o simulada. Es falsa propiamente dicha la causa que tiene por base la credulidad en un hecho no existente; y simulada, la que tiene lugar cuando se hace aparecer artificialmente una distinta de la verdadera . (Ej. Se simula una compraventa pero en verdad se ha realizado una donación encubierta) La **causa falsa** se confunde, en realidad, con la inexistencia de causa y produce la inexistencia del contrato; la simulada no siempre produce este efecto, porque puede suceder que la causa oculta, pero verdadera, baste para sostener el contrato. De acuerdo con esta doctrina, dice el artículo 1.276 de nuestro Código que «la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita» .

3.º.- **La causa ha de ser lícita.** El cc recoge al lado de los contratos sin causa aquéllos que, aunque tengan causa ésta puede ser calificada de ilícita. Es ilícita la que se opone a las leyes o a la moral y produce la no existencia del contrato (art. 1.275). Pero se presume la licitud de la causa, mientras no se pruebe lo contrario (art. 1.277).  
Ej. La venta de un local como habitable a sabiendas de que no lo es, por tener tal destino prohibido por Ley, es un supuesto de *causa ilícita* (STS 28-10-1974). También es *ilícita la causa* cuando la escritura de compra-venta se otorga con la única finalidad de defraudar a los herederos legitimarios (STS 20-12-1985).

Un supuesto de *causa inmoral* sería el caso de donaciones realizadas para compensar una relación concubinaria (STS-11-1994).

## § 5.- LA FORMA DE LOS CONTRATOS

### 5.1. La noción de forma del contrato en la doctrina

De acuerdo con LALAGUNA todo contrato necesita de **una** forma que haga posible el conocimiento de la existencia y del contenido del consentimiento contractual. Se suele afirmar que la *forma es un signo de exteriorización* (la voz, la escritura, el gesto, la conducta) *de la llamada voluntad interna de los contratantes*, la forma se viene a considerar como la imagen visible de una supuesta «voluntad interna» de los sujetos del contrato.

La palabra «forma» se emplea en nuestra legislación con muy diversos significados: **forma en un sentido amplio**, para designar el vehículo o medio de expresión o medio de exteriorización del cual se sirven las partes para emitir sus declaraciones de voluntad y para hacerlas llegar o hacerlas conocer a sus destinatarios. La forma desde este punto de vista amplio es como una cualidad elemental presente en todos los contratos en general , y la **forma en un sentido estricto**, cuando la ley o la voluntad de los particulares imponen un determinado medio (documento, escritura pública...) para exteriorizar la voluntad contractual en determinados **contratos**, por ello llamados **formales** o **solemnes**.

Contratos **no formales** serán todos aquellos cuya validez, perfección y eficacia dependen únicamente de la existencia del consentimiento, cualquiera que sea la manera a

través de la que este se haya declarado.

Para DIEZ-PICAZO los contratos formales se caracterizan porque la *forma que han* de observar para su validez no es una forma cualquiera de las varias posibles (verbal, escrita, documental pública. etc.) sino una forma predeterminada por la Ley o por la voluntad de los particulares; de modo que el contrato no alcanzará plena validez y eficacia jurídica si la voluntad no ha sido manifestada a través de esa forma, que adquiere el rango de requisito esencial del negocio, junto con los del art. 1261.

Ej. La donación de bienes inmuebles es un contrato formal que debe de realizarse mediante escritura pública (art. 633 CC), luego aquella donación de fincas que se realice mediante documento privado será nula

## 5.2. Clases de forma: la forma *ad substantiam* o *ad solemnitatem* y la forma *ad probationem*

La doctrina tradicional distingue entre la forma «*ad substantiam*», «*ad solemnitatem*» o constitutiva y la denominada forma «*ad probationem*» o «*ad utilitatem*».

A) Las formas denominadas *ad substantiam*, *ad solemnitatem* o constitutivas son aquellas que por indicación expresa de la ley constituyen un **requisito esencial del contrato**, de modo que su falta determina la **nulidad** del mismo. Cabe afirmar que en los casos en que es exigida la **forma constitutiva** ésta cumple una función específica esencial en la configuración del contrato, en el sentido de que sin ella el contrato es nulo o inexistente a todo efecto.

Son formas «*ad substantiam*» aquellas que apareciendo mencionadas en el art. 1.280 CC, además son apoyadas por una expresa referencia legal. Este sería el caso de la hipoteca, puesto que el art 145 LH establece que: «Para que las **hipotecas voluntarias** queden **válidamente establecidas**, se requiere: 1. Que se hayan constituido **en escritura pública**. 2. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».

El deber de observar una forma especial (*ad substantiam* o *ad solemnitatem*) como requisito de validez de ciertos contratos, viene determinada generalmente por una expresa **disposición legal**, o por **acuerdo de las partes** en aquellos contratos para cuya existencia o validez la ley no requiere una forma especial de constitución, podrán quedar sujetas las a la observancia de una cierta forma en virtud del principio del autonomía privada (Art. 1.255) También en este caso la inobservancia de la forma especial prescrita determina la nulidad del contrato.

B) Las **formas *ad probationem***, según LÓPEZ Y LÓPEZ, son aquellas que: «son precisas en el sentido de facilitar la prueba, potenciar la eficacia del contrato frente a terceros, servir de título de ejecución, ingresar en los Registro o ser presentados en oficinas públicas o conferir una especial prelación a los créditos, ésta es la *utilidad* de la forma que pretende colmar el art. 1.280 CC, y no la necesidad jurídica de validez.

El art. 3 LH exige que puedan ser **inscritos**, entre otros los «**títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles** o de los derechos reales impuestos sobre los mismos» deberán

estar consignados en **escritura pública**, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos.

Son formas *ad probationem* las señaladas por el art. 1.280 CC siempre que no exista otra norma que expresamente indique la exigencia de una forma determinada. Este es el caso del art. 633 CC que exige que las donaciones de inmuebles se otorguen mediante escritura pública.

Ej. un supuesto de forma *ad probationem* es el de la compraventa de inmuebles, de modo que será válido un contrato de compraventa de una casa realizado en documento privado, a pesar del mandato del art. 1.280.1 CC que exige que: «Deberán constar en documento público: los contratos que tengan por objeto...la transmisión...de derechos reales sobre bienes inmuebles»

### 5.3. El sistema de libertad de forma del Código civil

#### a) La formulación del principio de libertad de forma en el Código Civil

Nuestro Código Civil en el régimen formal de los contratos continua la orientación tradicional del Ordenamiento de Alcalá, que sigue el **principio espiritualista**, el cual no impone la exigencia de forma alguna para la validez de los contratos, en base a lo establecido en el artículo 1.278 CC: «*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*»

Sin embargo, la formulación del principio de libertad de forma enunciado en el artículo 1.278 queda desvirtuada, en parte, por lo establecido en los artículos 1.279 y 1.280. La notable incoherencia sistemática entre estos tres preceptos de nuestro Código Civil ha dado lugar a una jurisprudencia contradictoria y a una controversia doctrinal que todavía hoy sigue abierta.

#### b) El artículo 1.279 del Código Civil. Significado y alcance

La razón de ser de este precepto es, a primera vista, la existencia dentro del propio Código –o en las leyes especiales- de normas que establecen en términos imperativos un deber de otorgar en escritura u otra forma especial **para** determinadas categorías de contrato. Así ocurre concretamente con el artículo 1.280 CC que enumera en seis apartados a los actos y contratos que «deberán constar en documento público». **Si se tomase** esta expresión en su literalidad y dado el amplio número de actos y contratos mencionados en el texto de la norma, vendría a quedar reducido considerablemente el alcance del principio de libertad de forma del artículo 1.278.

*Evitar una interpretación tan adversa para el principio de libertad de forma podría ser la finalidad a que responde el artículo 1.279, limitando la exigencia legal de la*



observancia de la forma escrita establecida en el artículo 1.280 **a una simple facultad de los contratantes** para «compelerse recíprocamente a llenar aquella forma» desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para la validez del contrato. Con lo que, establecido que el contrato es válido aunque no se otorgue la escritura u otra forma especial que «la ley exigiere» (art. 1.279), queda intacto el postulado de que «los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez» (art. 1.278). Es obvio que esta interpretación sólo se podría mantener con referencia a aquellos actos y contratos mencionados en el artículo 1.280 que **no requieren para su validez la observancia de escritura pública** (en base a otro precepto legal del Código).

El deber de «constar en documento público» los actos y contratos a que se refiere el artículo 1.280 no afecta a la validez o existencia del contrato (art. 1.261). **La observancia de forma no es un requisito de validez, y el deber legal formulado en el artículo 1.280 de que los actos y contratos que indica el precepto han de constar en documento público queda circunscrito a la finalidad de que cualquiera de los contratantes ejercite la facultad que le otorga el artículo 1.279 de exigir al otro que el contrato** (válido aunque no conste en documento público) **se otorgue en escritura pública, ante las ventajas evidentes que ésta tiene, no sólo a efectos de prueba** (arts. 1.218, 1.225-1.227 del CC) sino también a otros efectos, como el acceso a los Registros (arts. 32 de la Ley hipotecaria y 39 de la Ley de Hipoteca mobiliaria), el de su oponibilidad a terceros (cfr. arts. 1.526, 1.549, 1.865, del CC), o el de preferencia de los créditos en caso de concurso (arts. 1.924 y ss del CC) (LALAGUNA)

### c) El artículo 1.280 del Código Civil. Contenido, Crítica.

El artículo 1.280 dispone lo siguiente: «Deberán constar en documento público:

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

2º.- Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero.

3º.- Las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones.

4º.- La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.

5º.- 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.

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

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».

A pesar de los términos imperativos en que aparece enunciado el último párrafo del artículo 1.280, el Tribunal Supremo ha entendido que no afecta a la validez del contrato el hecho de que no se cumpla el requisito de su redacción por escrito. Se hace prevalecer así sobre la letra de este precepto la norma del artículo 1.279.

Por lo demás, no se comprende bien la interpretación comúnmente mantenida del artículo 1.280 al menos en los términos de generalidad en que se propone, pues en su texto hay una precisa referencia a determinados actos y contratos que a la vista de lo dispuesto en otros lugares del Código, son, sin duda algunos actos y **contratos formales**, en el sentido indicado de ser en ellos necesaria la observancia de escritura pública u otra forma especial como requisito esencial o de validez.

Así, entre los contratos mencionados en el número primero que tienen por objeto la creación, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, se encuentran algunos que requieren el otorgamiento de escritura pública como requisito esencial de validez, como la donación de inmuebles (art. 633), el censo enfiteútico (art. 1.628), la hipoteca (art. 1.875 CC y 145 LH) y . En el número tercero se mencionan las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones que «para su validez habrán de constar en escritura pública» (art. 1.327 CC),. En el número cuarto se incluye la repudiación de derechos hereditarios que «deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato» (art. 1.008).

Los contratos y actos que menciona el artículo 1.280 sólo están.....y que indudablemente requieren la observancia de una forma determinada para existir como tales contratos, en virtud de lo dispuesto en otros preceptos del Código, no es aplicable la interpretación generalizada que suele darse del artículo 1.280 para salvar su contradicción con el 1.278, puesto que en ellos la observancia de escritura pública u otra forma especial es una exigencia legal necesaria para que el acto o contrato exista o sea válido.

Tema 3:  
**LOS VICIOS DE LOS ELEMENTOS  
DEL CONTRATO.**

**§1.- LOS VICIOS DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO.**

**§2.- LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO**

**§3.- VICIOS DE LA FORMACIÓN:EL ERROR.**

**§4.- LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN.**

**§5.- EL DOLO.**

**§6.- LOS VICIOS DE LA DECLARACIÓN.**

**§7.- LOS VICIOS DEL OBJETO.**

**§8.- LOS VICIOS DE LA CAUSA.**

**§1.- LOS VICIOS DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO.**

Con el término *vicio* se está haciendo referencia a cualquier anomalía que afecte a los elementos del contrato, bien por faltar alguno de ellos o bien, aún en el caso de existir todos, porque alguno de ellos presente algún tipo de deficiencia. (VALPUESTA)

**§2.- LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.**

Para que el contrato nazca es presupuesto que sea obra de la **voluntad libre y consciente de los que la otorgan**, ésta ha de ser consecuencia de un consentimiento serio, espontáneo y libre, cuando no concurren estas circunstancias el consentimiento se halla viciado (DIEZ-PICAZO)

La doctrina jurídica ha sistematizado los vicios que afectan al consentimiento en dos grupos: Uno constituido por los *vicios de la formación del consentimiento* o simplemente vicios del consentimiento (error, violencia e intimidación y dolo) y el otro por los *vicios de la declaración* (error obstativo, reserva mental y declaración de voluntad falta de seriedad) (CASTÁN). Algún autor, a su vez, dentro de los vicios de la formación distingue entre los supuestos *de falta de conocimiento* (error, dolo) y los de *falta de libertad de exteriorización de la libertad libremente formada* (intimidación o violencia moral) (LACRUZ)

***2. 1. Vicios de la formación del consentimiento o vicios del consentimiento***

Los vicios del consentimiento aparecen enumerados en el art 1.265 del Código civil que 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. No obstante la admisión de aquellas causas se hace en la jurisprudencia con grandes cautelas y con un sentido excepcional muy acusado.

Es de reseñar que el rigor del art. 1265 se encuentra suavizado por los subsiguientes de tal forma que la regla general será la anulabilidad del negocio viciado y sólo excepcionalmente, bajo determinadas circunstancias el negocio será nulo.

## 2.2. *Vicios de la declaración.*

Para que la voluntad tenga relevancia jurídica debe manifestarse al exterior mediante la pertinente declaración, con el fin de que sea conocida por el otro contratante y se integre en el consentimiento contractual, así pues podemos hablar de **voluntad internamente formada y declaración de la misma**. Pueden existir problemas cuando hay discordancia entre la voluntad interna y la externa, debiendo resolverse cual de las dos voluntades es la que debe prevalecer. El criterio que se tiene en cuenta es el valorar los intereses que hay en juego así como los comportamientos de la partes. Entre la dos voluntades se da preferencia a la voluntad interna, sin embargo ésta cederá ante la voluntad declarada cuando la divergencia es imputable al declarante y de forma razonable se ha generado una confianza en la otra parte sobre la voluntad negocial.

(VALPUESTA)

Los **supuestos de divergencia entre la voluntad interna y la declarada** son: *la reserva mental, el error obstativo, la violencia absoluta, la reserva mental, y la simulación.*

## §3.- VICIOS DE LA FORMACIÓN: EL ERROR.

### 3.1.- *Error en la formación de la voluntad.* **El error propio**

El error es una falsa representación mental o **equivocado conocimiento de la realidad** que vicia el proceso de formación del querer interno, y que opera como presupuesto para la realización del negocio: o no se hubiera querido contratar de haberse conocido exactamente la realidad, o se hubiera querido pero de otra manera. Este es el llamado tradicionalmente **error-vicio o error propio** contemplado en el art. 1.266 del CC, este precepto fija las condiciones para que el error pueda producir vicios invalidantes, asimismo hace referencia a otras clases de error. (DIEZ-PICAZO Y GULLON).

**El art. 1266 CC establece que:** *«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.*

*El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.*

*El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección».*

La doctrina distingue también entre **error motivo o propio y error obstativo**. El **error propio** es el que afecta a la formación de la voluntad misma, de modo que el sujeto se decide a declararla precisamente porque lo sufre. Esta clase de error puede ser tanto **de hecho o de**

**derecho:** en el primero existe un equivocado conocimiento de la realidad fáctica y en el segundo de la jurídica. **El error obstativo**, es el que se produce cuando alguien manifiesta algo distinto de lo que realmente quiere, es decir, que emite una declaración de voluntad que no coincide con la interna (DE PABLO CONTRERAS). Este error es contemplado por la doctrina como un vicio de la declaración.

Ej. En un contrato se utiliza la expresión compraventa cuando se quería decir arrendamiento. Para llegar a afirmar que ha habido error habrá que analizar el resto del texto donde podría deducirse que estamos ante un arrendamiento puesto que se establecía un precio mensual

### 3.2.- Error invalidante o esencial.

El art. 1266 CC se refiere al error motivo o error propio y en él se especifican aquellos errores que invalidan el contrato:

A) *Error sobre la sustancia o cualidades.* Según el párrafo 1º de aquel precepto, «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». Esta clase de error no sólo se refiere a las cosas sino también a las **prestaciones** pactadas por las partes. Con carácter genérico recibió el nombre de error *in corpore o in re* por referirse a los elementos sobre los que recae el consentimiento contractual (DE PABLO CONTRERAS).

Según PUIG BRUTAU el precepto parte de la idea de que el *error sustancial* es de tal gravedad que debe considerarse determinante, mientras que en el caso de *error sobre las cualidades* o condiciones del objeto, éstas han de ser las que efectivamente hayan inducido a contratar.

El primer supuesto es el que los romanos denominaban error *in substantia*. Ej. Alguien compra un caballo creyendo que era el que había probado en el tentadero o compra un cuadro creyendo que era de Goya y en realidad es de otro pintor contemporáneo. El segundo caso fue denominado error *in qualitate*. Sería por ejemplo compramos una lámpara de plata maciza cuando en realidad solo lleva un baño de ese metal.

B) *El error sobre la persona (error in 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 principal del mismo».

Tal como se desprende del precepto solamente será relevante este error si 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. El primer supuesto sería el caso de que creemos que estamos contratando con Dalí pintor famoso y luego resulta ser un sobrino de su mismo nombre y apellido. El segundo supuesto sería cuando queriendo que nos restauren una vidriera gótica, contratamos a un profesional creyendo que un restaurador de vidrios cuando en realidad sólo lo es de cuadros.

El error in persona invalidante tiene lugar principalmente en los negocios celebrados *intuitu personae*, porque estos se celebran por motivos de amistad (mandato, sociedad, depósito, etc), o porque su ejecución requiere de aptitudes personales (contratos de obra o servicios) o porque son contratos gratuitos (donación). (DE PABLO CONTRERAS).

### 3.3. Errores no invalidantes.

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, además de los errores invalidantes que de forma expresa recoge el art.1266 podemos encontrarnos con los siguientes:

a) *El error de cálculo.*- Es el error de cuenta derivado de un defecto de cálculo o equivocación en una operación matemática cuyas bases se conocen. Sólo da lugar a su corrección.

b) *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. Ej. La novia que se compra un traje para la boda que luego no se celebra.

c) *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 habido mala fe por la otra parte. Ej. datos contables inexactos hacen creer que unas acciones sociales tienen un determinado valor.

d) *El error sobre la cantidad, peso o extensión.*- (*error in quantitate*). Vician o no el contrato en relación a su magnitud, es decir cuando puedan suponer la pérdida de una cualidad que se atribuye a la cosa. 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.

e) *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. Su efecto es la inexistencia o nulidad radical del contrato, puesto que no hay acuerdo de voluntades, por lo tanto no hay consentimiento

f) *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, por lo que el contrato será nulo.

### 3.4.- Presupuestos para la relevancia del error.

La doctrina y la jurisprudencia han establecido determinados presupuestos para que el **error sea relevante** y pueda **anular el contrato** (PUIG BRUTAU):

1º.- Ha de ser **esencial** en el sentido de que determine la voluntad del contratante que lo alega. El error relevante debe incidir en un elemento del negocio que sea básico o esencial.

2º.- Ha de existir un **nexo de causalidad** entre el error sufrido y finalidad perseguida por el contratante.

3º.- Ha de ser un error **excusable o no imputable al contratante** que lo ha sufrido, en caso contrario sería inexcusable, en el sentido de que la contraparte no podría ampararse en el

mismo cuando ella hubiese podido evitar el error empleando una diligencia normal. El error relevante es el error excusable, pese al silencio del Código civil

4º.- El error que ha sufrido uno de los contratantes ha de ser **recognoscible por el otro**. Es decir que si el error de uno de los contratantes es advertido por el otro, éste tendrá que soportar la impugnación del contrato celebrado por su propia negligencia.

## §4.- VICIOS DE LA FORMACIÓN: LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN.

### 4.1.- *Violencia*.

Hay violencia, dice el párrafo 1.267-1º «cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible». Para que la violencia vicie el consentimiento se exige que haya sido irresistible. Este precepto regula conjuntamente dos vicios de la voluntad: la *violencia* que se caracteriza por el empleo de la fuerza física (coacción física) y la *intimidación* por la coacción moral.

La violencia vicia el consentimiento lo mismo si su autor es una de las partes del contrato o como si lo ha sido un tercero sin participación alguna en él, tal como se refleja en el art. 1.268 tanto para la violencia como para la intimidación.

La coacción física para que invalide el consentimiento ha de ser absoluta, ha de consistir en la fuerza bruta y material que excluye por completo la voluntad y la sustituye convirtiendo al declarante en un mero autómatas (Ej. una persona analfabeta firma con su huella dactilar un documento porque otra le ha sujetado y le ha llevado el dedo).

Según 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.

### 4.2.- *Intimidación*.

Hay **intimidación** según el art. 1.267-2 «... 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».

Los elementos constitutivos de la intimidación son, por una parte, un factor externo, **la amenaza**, y otro interno, la creación de un **estado de temor** producto de tal amenaza; entre ambos factores debe de existir un nexo o relación de causalidad, de forma que el contrato se produce como consecuencia de la amenaza (VALPUESTA).

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; además 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. (DÍEZ-PICAZO Y

GULLÓN)

El segundo elemento de la intimidación es una *situación de temor* creado en el sujeto pasivo. El Código civil al exigir que sea «racional y fundado», parece que establece una medida objetiva del temor. No obstante el art. 1.267-3º obliga al juzgador para apreciar la existencia de intimidación, que atienda «a la edad, al sexo y a la condición de la persona».

En el 1.267-4 hay una referencia al denominado «temor reverencial», estableciendo que éste es «el temor de desagradar a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato». No obstante, habrá intimidación si esas personas, en vez de inspirar un miedo reverencial están inspirando un temor racional y fundado de un mal grave e inminente.

### §5.- VICIOS DE LA FORMACIÓN: EL DOLO.

Dice el artículo 1.269 CC 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*».

El dolo o engaño fraudulento es otro de los vicios del consentimiento con efectos invalidantes. El dolo parte de una conducta ilícita que recae sobre una persona a la que se induce a contratar, pero a diferencia de la violencia o de la intimidación, no se actúa sobre la libertad, sino sobre el conocimiento, ya que mediante el dolo se produce un engaño (VALPUESTA). Ej. En el siglo pasado era frecuente en las ferias de ganados que se pintase a los animales viejos, sobre todo burros y caballos, para simular que eran jóvenes y engañar así al comprador poco avezado.

La esencia del denominado dolo *in contrahendo* radica en la voluntad productora de un engaño, causada por la conducta de una de las partes del contrato. En esta figura, a diferencia de lo que ocurre con la violencia o la intimidación, no se admite el dolo causado por un tercero (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). A diferencia del error como vicio de la voluntad, en el dolo se toma en consideración de manera relevante el hecho de su provocación por medio de un artificio o maquinación fraudulenta que lleva a cabo el otro contratante. (PUIG BRUTAU)

El Código civil al referirse a «palabras o maquinaciones insidiosas» parece que contemple solamente un comportamiento positivo y que rechace el dolo omisivo, es decir, el que ha originado un engaño porque un contratante no ha informado al otro de hechos o circunstancias que, hubieran llevado al que las desconoce a la no celebración del contrato. Ante el silencio del legislador el TS ha venido estableciendo que el 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. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Según el artículo 1.270, para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser **grave** y haber sido empleado únicamente por una de 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, 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 (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Pero no toda conducta positiva u omisiva dolosa tiene trascendencia jurídica, puesto que podemos encontrarnos con el denominado *dolus bonus*, conocido en Derecho romano, que es el margen de maniobras, dirigidas a conseguir que se contrate tolerado, por la conciencia social y por los usos. El *dolus bonus* tiene un campo de aplicación específico en la propaganda (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El dolo solamente tendrá relevancia cuando ha sido **empleado por una de las partes**. Cuando el dolo es recíproco, es decir ejercitado por ambas partes contratantes, carece de toda trascendencia, puesto que la buena fe debe ser exigida a ambos contratantes (PUIG BRUTAU) En este caso se produciría una compensación del dolo (DE PABLO CONTRERAS).

## §6.- LOS VICIOS DE LA DECLARACIÓN

### 6.1.- La reserva mental

Esta supone una **divergencia consciente** entre el querer interno del sujeto y la manifestación de ese querer causada de forma unilateral por quien emite la declaración. 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 (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Con arreglo al principio de la protección de la confianza y de la buena fe, esta reserva mental carece de efectos frente a la contraparte del contrato. Así pues el contrato es válido, siendo por lo tanto vinculante para quien emitió la declaración de voluntad con reserva, puesto que con su actuación culpable generó la confianza de la otra parte (VALPUESTA).

### 6.2.- El error obstativo o **impropio**

El error obstativo o error en la declaración de la voluntad, según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, es el que recae en la declaración de voluntad, cuando ésta 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 .

Son supuestos típicos de error obstativo el caso de quien en una subasta hace un gesto que se interpreta como que puja en ella, o el supuesto del *lapsus linguae* o *calami*, del que dice o escribe vender en vez de arrendar, o en vez de entregar un objeto distraídamente entrega otro. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El error obstativo no se encuentra regulado en el CC a diferencia de lo que sucede con el error propio. Según el T.S debe prevalecer la voluntad real, pero cuando la disconformidad sea imputable al declarante por malicia o negligencia, debe prevalecer la voluntad declarada sobre la interna, si la otra parte obró de buena fe, en aras de la protección del tráfico y por razones de seguridad jurídica.

En el caso de la **STS 25 febrero 1995 (RJA 1643)** unos ancianos cedieron mediante escritura públicos unos bienes a unas por no estar en condiciones, por razón de edad avanzada, para atenderlos, ni de cuidarse a sí mismos, y ello a cambio de recibir la asistencia que les fuera necesaria, dado que se encontraban. El precio pagado por los bienes fue irrisorio. El tribunal estimó que: « hubo error en los vendedores, considerando como tal el falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida (**Sentencia de 21 mayo 1963 [RJ 1963\3586]**). Error que puede calificarse, como hizo ya el juzgador de primera instancia y aceptó el de la segunda, de error obstativo, es decir, no influyente en la formación de la voluntad sino con efectos en la declaración y transmisión de la misma, que no se correspondió con la realmente existente»

La **STS 26 noviembre 1956**, establece que la declaración no se correspondió con la voluntad «realmente existente» como si, por ejemplo se declara comprar la finca la finca XX cuando la que se quería comprar era la finca Z (STS 26 noviembre 1956).

### **6.3.- 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. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Ej.- Cuando se le propone a un conocido venderle un coche en un precio muy bajo el día de los Santos Inocentes, a sabiendas de que se dará cuenta de la broma. Cuando alguien en una representación teatral le propone a otro cualquier tipo de negocio.

Esta declaración de voluntad está privada de todo efecto. Si que tendrá efectos en el supuesto en que la falta de seriedad no pudiese ser reconocida por el destinatario, porque el contexto de la declaración no permitió advertir ese carácter de la misma. En este caso un sector de la doctrina opina que el autor de la declaración *iocandi causa* estará obligado a indemnizar los daños causados a la otra parte. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

## **§7.- LOS VICIOS DEL OBJETO.**

Los vicios del objeto del contrato son, como ya se estudió en el tema precedente, la imposibilidad, la ilicitud y la indeterminación.

## **§8.- LOS VICIOS DE LA CAUSA.**

Los vicios de la causa son la inexistencia, la falsedad y la causa ilícita. (Vid. Tema 2)

## Tema 4: PREPARACIÓN Y PERFECCIÓN DEL CONTRATO

§ 1.- LA DISTINCIÓN DE FASES EN LA VIDA DEL CONTRATO.

§ 2.- LA FORMACIÓN DEL CONTRATO.

§ 3.- EL PRECONTRATO.

§ 4.- LA PERFECCIÓN: LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN.

§ 5.- LA CONSUMACIÓN

§ 1.- LA DISTINCIÓN DE FASES EN LA VIDA DEL CONTRATO.

La doctrina viene distinguiendo tres fases en la vida del contrato: la generación, la perfección y la consumación:

A) La **formación** o **generación** comprende los *preliminares* y el proceso de *formación interna* del contrato (CASTÁN).

B) La **perfección** es el nacimiento del contrato a la vida jurídica por el concurso de la oferta y de la aceptación. La perfección supone que el contrato ya existe y ha de cumplirse, es el momento en que se crean las obligaciones.

C) La **consumación** está integrada por el *cumplimiento del fin* para que se constituyó el contrato, supone que las obligaciones contractuales se han extinguido mediante su normal cumplimiento.

El CC no regula de modo sistemático las fase del contrato, y los preceptos que dedica sobre todo a la formación y la perfección del contrato son escasos e imprecisos (MARTÍNEZ DE AGUIRRE)

§ 2.- LA FORMACIÓN DEL CONTRATO.

2.1.- *Los tratos preliminares.*

Mediante la expresión formación del contrato se comprenden los actos o serie de actos que preceden o pueden preceder a la perfección de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad (DIEZ-PICAZO y GULLÓN).

El contrato frecuentemente se concluye a través de unas relaciones muy simples, una parte acepta lo que la otra le propone, son estos los denominados supuestos de formación instantánea del contrato. Sin embargo hay contratos de cierta entidad y complejidad que **requieren** que antes de que se produzca el concurso de la oferta y de la aceptación, las partes

entren en una serie de **tratos, conversaciones o negociaciones preliminares**.

Los **preliminares** del contrato, según CASTÁN, se inician con un acto volitivo de la parte proponente (proposición, oferta o solicitud) que suele ir seguido de otra manifestación de voluntad en virtud del cual la persona que recibe la oferta para contratar manifiesta estar interesada en principio, con la misma, aunque sin comprometerse de momento. O como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE, [en los tratos preliminares o previos, las partes se intercambian información acerca de las condiciones en las que estarían dispuestas a celebrar un determinado contrato](#).

Según DIEZ-PICAZO y GULLÓN, las partes no quedan obligadas por los tratos preliminares, y por lo tanto son libres para llegar o no a la celebración definitiva del contrato. Sin embargo, aunque con los tratos preliminares no existe una verdadera relación jurídica entre los interesados, es evidente que nos encontramos ante una **relación social o un «contacto social»** como establece la doctrina alemana. Esta relación impone determinados deberes, [en cuya virtud las partes están obligadas a comportarse](#) con la **buena fe** necesaria y lo que no se acomode a ella originará una responsabilidad denominada por **culpa in contrahendo** (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

## **2.2. La responsabilidad por culpa «in contrahendo»**

La norma general es que la ruptura de los tratos preliminares no origine responsabilidad alguna. No obstante si la ruptura revela que no se iniciaron los tratos de buena fe la parte perjudicada podrá exigir la reparación del daño causado (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Ej. Se iniciaron conversaciones para alejar a la otra parte de otros tratos, o para averiguar datos de una determinada empresa.

El problema se presenta al tratar de señalar el régimen legal de esta responsabilidad, puesto que el Código guarda silencio con respecto al fundamento la responsabilidad precontractual (PUIG BRUTAU). La mayoría de la doctrina estima que comoquiera que el contrato no ha llegado a celebrarse, no le será aplicable el régimen de la responsabilidad contractual del art. 1.101 y ss. del Código; por lo tanto la única vía que se podrá utilizar para solicitar el resarcimiento de los daños será la **acción de responsabilidad extracontractual** del art. 1.902 del Código.

Un sector de la doctrina ha propuesto la elaboración de un tercer género de responsabilidad civil entre la contractual y la aquiliana o extracontractual. Para ello han argumentado que los tratos preliminares son el elemento objetivo de una relación precontractual o prenegocial de características propias, en cuyo contexto puede surgir como consecuencia de una conducta dolosa o cuasi dolosa productora de un daño, una obligación de indemnizar. Este tipo de responsabilidad, denominada **precontractual o «in contrahendo»** tendría su fundamento en la idea de la buena fe, que en la fase de los tratos preliminares ha de ser de contenido idéntico al de la fase de ejecución, aplicándose analógicamente a los tratos preliminares el art. 1258 del CC ( LACRUZ)

En el siglo XIX, IHERING ya demostró la posibilidad de los daños derivados de la culpa *in contrahendo* basandose en antiguos textos romanos (PUIG BRUTAU).

## § 3.- EL PRECONTRATO.-

### 3.1. Concepto y caracteres.

La doctrina con el término **precontrato** se refiere al acuerdo entre dos partes por el que una sola, o las dos recíprocamente, prometen celebrar un futuro contrato cuyos extremos principales han dejado previstos total o parcialmente (LACRUZ). Otro sector de la doctrina también conoce esta figura con el nombre de **promesa de contrato** (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Según PUIG BRUTAU, el precontrato responde a la necesidad de proporcionar una vinculación contractual antes de que se pueda completar el contrato que, en definitiva, se quiere otorgar.

Esta figura presta a los contratantes un servicio y una utilidad que no podrían conseguir exactamente de otro modo. Éstos por muy diversas razones pueden *desear quedar en algún modo vinculados* y, a la vez, que *no se produzcan los efectos del contrato desde el momento en que estipulan sus condiciones esenciales, y sí desde otro posterior* (LACRUZ).

El aplazamiento de la existencia del contrato puede obedecer a diversos motivos: a la imposibilidad o dificultad material o jurídica de dichas partes de otorgar entonces el contrato, por falta de documentación adecuada o de permisos oficiales; o bien para evitar impuestos, o no realizar dos contratos notariales, o evitar una publicidad indeseable. O acaso porque la ley prohíbe ahora unas operaciones que se supone puedan ser lícitas en el futuro: por ejemplo, se halla cerrada la exportación de una mercancía, pero se espera su reapertura; o tal objeto no es de lícito comercio, pero puede llegar a serlo; o el precio infringiría la tasa oficial que se halla en trance de desaparecer.

### 3.2. Regulación.

El Código civil no regula el precontrato como una figura de carácter general, si bien regula varios tipos de promesa de contrato: art. 1.451 CC (de venta) y el art. 1.862 (de prenda).

La jurisprudencia por el contrario ha admitido el precontrato como figura general y categoría jurídica autónoma (SS. 9 julio 1940, 2 marzo 1965, 21 octubre 1974 y 30 diciembre 1980), declarando asimismo válidas figuras de concretos precontratos distintas de las legalmente admitidas, como el precontrato de arrendamiento (27 marzo 1958, 16 octubre 1965), de sociedad (5 marzo 1978 y 21 diciembre 1955) y de préstamo (4 mayo 1943). ».

La STS 5 Octubre 2005, también ha considerado al «**precontrato** como una primera fase del *iter contractus*: la relación jurídica obligacional nace en aquél y posteriormente, de común acuerdo o por exigencia de una de las partes, se pone en vigor el contrato que había sido preparado. Así, se distinguen dos fases: la primera, el **precontrato** que es distinto del contrato y no produce los efectos de éste, como pudiera ser la transmisión de la propiedad, sino sólo el que las partes pueden exigirse el paso a la fase segunda, que es la **celebración del contrato preparado** y es éste el que producirá los efectos que le son propios. Distinción entre el **precontrato** consistente en la promesa de venta y el contrato de compraventa.

### **3.3. Requisitos generales para la validez del precontrato.**

Todo precontrato exige por aplicación del art. 1.261, los requisitos que este precepto enumera, y, en general, los requisitos propios que se exigirán para el contrato definitivo. Todos los elementos esenciales del futuro contrato, si no determinados perfectamente, han de ser eventualmente determinables sin necesidad de recurrir a un nuevo acuerdo entre las partes (LACRUZ)

En cuanto a la **capacidad de las partes** para el precontrato se requerirá la capacidad propia del contrato definitivo, a fin de evitar que a través de aquél se puedan eludir la exigencia de capacidad especial o las prohibiciones de contratar que pudieran afectar a éste.

El **objeto** del contrato será el del contrato proyectado. La **forma** del precontrato es libre, no obstante si para el contrato proyectado se exige una determinada forma *ad solemnitatem* el precontrato habrá de observarla (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

### **3.4. Efectos del precontrato**

El precontrato atribuye a las partes la **facultad de exigir a la contraparte la puesta en práctica del contrato proyectado** en cualquier momento, salvo que se haya fijado un plazo para su cumplimiento (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La etapa preparatoria del precontrato deja vinculadas a las partes de forma, que en el supuesto de que una de las partes se niegue a cumplir con el mismo, el Juez podrá suplir el consentimiento del obligado, puesto que la consumación del contrato no requiere nueva y especial manifestación de voluntad, por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato inicial (LACRUZ).

### **3.5. Ámbito del precontrato.**

El precontrato puede referirse a múltiples convenciones, aunque nuestro ordenamiento sólo regula los de **compraventa** (art. 1.451), **prenda o hipoteca** (art. 1.862) y **arbitraje** (arts. 9 Ley 60/2003 de Arbitraje). Este último precepto establece que: *«1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual»*.

### **3.6. La promesa de vender o comprar.**

La promesa de vender o comprar es una de las pocas manifestaciones del precontrato que está regulada en el CC. El art. 1.451 CC establece que *«la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato*.

*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».*

El art. 1.451 comprende **dos situaciones o supuestos**: las **promesas unilaterales** por la que una persona se obliga a comprar a otra persona y la **promesa bilateral**; el que sean situaciones distintas motiva que se tengan que estudiar separadamente (LACRUZ).

a) **Promesa unilateral de vender (o de comprar)**. En la realidad social es mucho más frecuente la primera que la segunda, aunque la estructura y efectos de una y otra son semejantes: una parte se obliga frente a otra -que acepta la promesa sin obligarse ella misma-, por cierto tiempo, a vender o comprar una cosa. La parte promisaria, entonces, puede ejercitar, o no, a su discreción la facultad de comprar (o vender): de ahí que, por ser facultativo el ejercicio de ese derecho, algunos autores identifiquen, en nombre y tratamiento jurídico esta promesa con la **opción de compra** (LACRUZ ).

b) **Promesa bilateral de compraventa**. En ella el compromiso es recíproco: cada parte tiene derecho a hacer cumplir a la contraria la venta o compra prometida.

En la práctica se plantea con frecuencia el problema de distinguir cuándo se está ante una mera promesa bilateral de venta y cuándo ante una verdadera compraventa, lo que depende de la voluntad de las partes, que a su vez resultará del fin o propósito práctico perseguido por ellas en el convenio. (LACRUZ)

Es también cuestión de interpretación determinar ulteriormente si las partes han querido dar a la promesa de compra y venta **eficacia real** (llegando al otorgamiento por el Juez de la escritura de venta, en sustitución de vendedor o comprador) u **obligacional** (indemnización pecuniaria caso de incumplimiento). (LACRUZ)

### **3.7.- El contrato de opción o promesa de comprar o vender..**

#### **A) Contenido de la opción.**

La opción es una **modalidad o subespecie de precontrato**, en verdad es una promesa unilateral de contrato. El contrato de opción puede ser oneroso o gratuito. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). **El contrato unilateral de opción confiere durante cierto tiempo, a uno de los contratantes, la facultad de adquirir una cosa o derecho por cierto precio o contraprestación y determinado, sin más que declarar su voluntad en tal sentido.** Cabría también la posibilidad de una opción del vendedor que obligaría a comprar al otro contratante, pero apenas existe en la práctica. (LACRUZ.)

La opción puede tener un contenido muy diverso: Ej. La opción **–durante diez meses -** a la prestación de determinados servicios por un determinado precio; a que construyan una casa en mi terreno a cambio de siete apartamentos, la opción de compra de una finca a determinado precio, etc.

En el caso concreto de la opción de compra permite al contratante, de una parte, asegurar de modo inmediato la posible adquisición de la cosa; y, de otra, con esa seguridad,

negociar con posibles futuros socios, aportantes, subadquirentes totales o parciales, etc.; también le ayuda para calcular las posibilidades económicas del negocio o investigar la real entidad de cosa (minas). Ejemplos hoy frecuentes son el arrendamiento con opción de compra y, en la práctica de las sociedades anónimas, las obligaciones convertibles en acciones. (LACRUZ).

La **STS de 5 junio 2003** se refiere a este contrato «en la opción, una parte atribuye a otra un derecho que permite a esta última decidir, dentro de un determinado periodo de tiempo y unilateralmente, la puesta en vigor de un concreto contrato».....«si se ejercita la opción de compra, aparece la compraventa».

## **B) Elementos personales de la opción.**

En la opción de compra intervienen dos elementos personales: el concedente y el optante: El el **concedente**, vinculado por el pacto y obligado al otorgamiento del contrato definitivo si la parte contraria lo reclama, se encuentra sometido a la doble obligación eventual de no vender a nadie la cosa prometida en el plazo pactado, y realizar la venta al **optante** si éste usa de su derecho de opción. (LACRUZ)

## **C) Ejercicio de la opción**

El ejercicio de la opción se hace mediante **declaración de voluntad recepticia** dirigida dentro de plazo al promitente, junto con la declaración habrá de ponerse el precio a disposición del vendedor (LACRUZ). Se considerará válido cualquier medio que permita dejar constancia fehaciente de haberse practicado la comunicación al concedente como, el requerimiento notarial, burofax, telegrama, firma electrónica.

## **D) Efectos del incumplimiento de la opción**

En caso de incumplimiento de la promesa por parte del oferente y este no vende la cosa al optante, este podrá obtener de los tribunales una resolución mediante la cual se condene a la otra parte a que le entregue la cosa. El problema se plantea cuando la cosa ha sido vendida a una tercera persona. En este caso habrá que distinguir dos posibilidades:

- a) Contrato de opción no inscrito en el registro de la propiedad. En este caso si el concedente incumple su obligación y vende la cosa a un tercero, deberá indemnizar al optante por los daños y perjuicios causados, pero los contratos celebrados con terceros serán válidos.
- b) En el supuesto de inmuebles en los que la opción de compra se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad de acuerdo con el art. 14 del Reglamento Hipotecario, el contrato entre concedente y tercero será nulo (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN), y la cosa entregada al optante.

El **Art. 14 RH** establece que «Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes:

*1ª Convenio expreso de las partes para que se inscriba.*

*2ª Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción.*



3ª Plazo para el ejercicio de la opción, que **no podrá exceder de cuatro años**.

*En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquél, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento.*

b) el optante, cuya posición jurídica es prevalente, ya que sólo de él depende la celebración efectiva del contrato definitivo: tal decisión es para él un derecho, no una obligación. El derecho lo ejercerá mediante declaración de voluntad recepticia dirigida al concedente dentro del plazo pactado (LACRUZ).

\* \* \*

## § 4.-LA PERFECCIÓN: LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN.

La perfección del contrato, en lo que se refiere a los contratos consensuales, queda establecida por la concurrencia del consentimiento. Así se establece en el art. 1.258 cuando dice que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento» y éste se produce de arreglo con lo establecido en el **art. 1.262** «*El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato*».

### 4.1.- La oferta.

La oferta es una declaración de voluntad emitida por una persona con la intención de obligarse dirigida a **un cocontratante o al público en general**. Esta manifestación de voluntad contiene todos los elementos del futuro contrato y la reglamentación que se pretende. La oferta, a diferencia de lo que sucede con los tratos preliminares, no necesita una nueva declaración de voluntad del emisor que la complete puesto que ella es suficiente para formar el contrato (VALPUESTA).

La oferta puede revocarse antes de la aceptación por la contraparte, en ese supuesto el oferente ya no queda vinculado por la misma. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

### 4.2. La aceptación.

Por medio de la aceptación el destinatario de la oferta realiza una declaración de conformidad con la misma, su voluntad de celebrar el contrato, esta declaración para ser eficaz ha de coincidir con el contenido de la oferta. La aceptación ha de ser total a la oferta previa, en el supuesto de que el aceptante modificase la oferta nos encontraríamos ante una **contraoferta** (VALPUESTA). **En el caso de emitirse una contraoferta el contrato no quedaría perfeccionado, de modo que el primer oferente quedaría libre para aceptarla o rechazarla.**

### 4.3. El momento de la perfección del contrato.

La perfección del contrato puede ser:

a) *Simultánea*, cuando el contrato se forma con la presencia de las partes contratantes o de sus representantes que en un mismo acto intercambian sus respectivos consentimientos, o bien porque puedan comunicarse simultáneamente a través de cualquier moderno medio de

comunicación. Ej. teléfono, videoconferencia, fax, correo electrónico, etc.

b) *Sucesiva*, cuando ambas partes encuentren en lugares diferentes o porque la oferta y aceptación no puedan intercambiarse en un mismo acto como consecuencia del medio de comunicación utilizado. Ej. carta por correo ordinario o telegrama.

**El momento de la perfección del contrato** celebrado entre ausentes es un tema discutido, hasta el punto de que se han formulado dos líneas doctrinales: la teoría de la **emisión o manifestación**, para la que el vínculo se perfecciona en el mismo momento en que la aceptación se manifiesta. Ej. Antonio escribe una carta a Pedro el 1 de junio, aceptando comprarle una casa que el otro previamente le había ofrecido.

En el caso de la teoría de la **cognición, información o del conocimiento** se exige además que la noticia haya llegado al oferente. Ej. Pedro recibe la carta escrita el 1 de junio cuatro días después, de modo que el 5 de junio sería la fecha en que se perfeccionaría el contrato.

El Código civil se inclina por la teoría de la cognición, según se deduce del contenido del art. 1.262 que dice que *«la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento»*, en el mismo sentido el art. 623 CC, al referirse a la donación, establece que ésta donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario; el Código de comercio por el contrario sigue la teoría de la emisión. (CASTÁN). Según el art. 54 C.Com: *«los contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuera modificada»*.

#### **4.3. El lugar de la perfección del contrato.**

El Código al referirse al supuesto de la celebración del contrato por carta establece que *«se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta»*. Esta regla -dice CASTÁN- que deberá aplicarse por analogía a todos los demás casos de contratos entre ausentes celebrados por cualquier otro medio de comunicación.

El lugar donde se perfecciona el contrato tiene su importancia a los efectos de determinar la competencia territorial del juez que haya de entender del asunto, en su caso.

La LEC regula la competencia territorial en los arts. 50 a 60. La regla general la constituye el art. 50.1 *«Fuero general de las personas físicas. 1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la **competencia territorial** corresponderá al tribunal del **domicilio del demandado** y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio»*.

### **§ 5.- LA CONSUMACIÓN DEL CONTRATO.**

En la fase de consumación del contrato es cuando ya se han cumplido las obligaciones que

han nacido como consecuencia de la perfección del contrato y que habían ido cumpliéndose en la fase de ejecución. Lo que supone una diferencia con las etapas previas: Así la **perfección del contrato** era el punto de referencia a partir de cual nacían y eran exigibles de toda una serie de obligaciones; la **ejecución** consistía en la etapa durante la que iba teniendo lugar la realización o cumplimiento de aquellas. Así por ejemplo en la fase de ejecución es cuando ha de entregarse la cosa y el precio en la compraventa, en el caso de que esta entrega no hubiese coincidido con el momento de la perfección del contrato. Y finalmente, en la **consumación** ya no quedan obligaciones por cumplir.

La consumación es el **momento final del contrato** si es de trato único o el comienzo del final, si es de trato sucesivo; es decir, con la consumación se cierra el ciclo negocial y surge la **nueva situación jurídica** creada por el contrato (ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2.º, cit., pág. 149.)

\* \* \*

El *iter* contractual finaliza con el consentimiento, que produce la perfección del contrato. Se han distinguido **tres fases en la formación del contrato**: la de la **generación o formación**, que son los tratos previos; la de la **perfección**, que produce el nacimiento a la vida jurídica, y la de la **consumación**, que afecta al cumplimiento de las obligaciones. La primera no es propiamente contractual, sino por ser preliminar o previa al contrato es precontractual. La tercera, tampoco, ya que se refiere al desarrollo de aquel contrato que se perfeccionó en su día. La única fase propiamente contractual es la de *perfección*, que se produce por la manifestación del consentimiento que se da por la concurrencia de las declaraciones de voluntad (oferta y aceptación) interdependientes y concordantes o consecutivas de dos o más partes en un tiempo y en un lugar determinados.

## **Tema 5:**

# **INTERPRETACIÓN Y EFICACIA DEL CONTRATO**

- §1.- Interpretación del contrato.
- §2.- Eficacia del contrato.
- §3.- Relatividad del contrato.
- §4.- El contrato en favor de tercero.

### **§1.-INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.**

#### ***1.1- Concepto, tipos y alcance de la interpretación contractual.***

En la fase de ejecución de un contrato pueden surgir diferencias entre las partes sobre su contenido y sobre el alcance de sus respectivos derechos y obligaciones (PARRA LUCÁN). Para dirimir estas controversias hay que acudir a la interpretación; esta ha sido definida como: «*la actividad dirigida a la **determinación del sentido de una declaración** negocial y de sus **efectos y consecuencias** en el orden jurídico, que ha de hacerse en conformidad con unas reglas jurídicas predispuestas*» (DIEZ-PICAZO y GULLÓN).

#### ***1.2.- Presupuestos de la interpretación. El material.***

LACRUZ distingue varias etapas en la interpretación de cualquier contrato:

- A) Fase previa, consistente en **determinar** con exactitud el material **objeto de la interpretación**, fijando los hechos (que palabras se dijeron, que se escribió, que expresiones se utilizaron o que conductas se tuvieron) que en realidad han sido empleados por las partes y que en una fase posterior habrá que calificar. Ej. No se puede afirmar si entre las partes existe un contrato de compraventa si previamente no fijan y determinan las palabras o documentos son los que han sido utilizados por las partes para contratar.
- B) Fase principal de **averiguación de su sentido**. El material que ha sido fijado en la fase previa, los hechos, habrá de ser interpretado para averiguar la intención de las partes.
- C) Finalmente, la **calificación del contrato** que sirve para establecer la *naturaleza* del contrato y que normas han de aplicársele y de forma mediata que efectos se derivan de la voluntad de las partes. (ej. Si lo querido por las partes puede ser calificado de compraventa o por el contrario se trata de una donación y en consecuencia se aplicará el régimen del contrato de compraventa o el de las donaciones.)
- D) Fase ulterior, si procede, de **integración o colmatación de las lagunas del contrato** en aquellos extremos cuestionables para cuya solución no basta la interpretación, puesto que no fueron contemplados por los contratantes. (art.1258 CC)

Las principales diferencias entre estas fases están en que la **interpretación** sirve para fijar el sentido de lo querido, es una investigación que se basa sobre el hecho, que se ha querido decir con las palabras utilizadas por las partes, por el contrario la **calificación** es una investigación que es de derecho, estableciéndose que naturaleza tiene el contrato y efectos se derivan del mismo. La interpretación propiamente dicha busca el sentido de lo manifestado por las partes, mientras que la **interpretación integradora** persigue suplir las lagunas contractuales.

### ***1.3. Las reglas del Código Civil sobre la interpretación de los contratos.***

La búsqueda del «sentido» enfrenta a dos corrientes doctrinales. Una de ellas estima que lo que el intérprete ha de indagar es la voluntad común de los contratantes o, en otras palabras, su intención (interpretación subjetiva), la otra, por el contrario, cree que el intérprete cumple su misión dando a la declaración el significado normal y usual de las declaraciones de voluntad (interpretación objetiva) (CASTÁN).

El **Código civil**, nos dicen DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, se inclina por la **dirección subjetiva**, si bien no de una forma exclusiva, puesto que si bien los artículos 1.281-1.283 siguen la vía de *interpretación subjetiva*, por el contrario los artículos 1.284 - 1.289 se inclinan por una *interpretación objetiva*. Sin embargo, en la medida en que jurisprudencialmente cada vez se atiende más al criterio de la **buena fe** parece ser que el criterio objetivo se vaya imponiendo.

En realidad ambos tipos de interpretación se complementan, de forma que la interpretación subjetiva es el primer estadio de la interpretación y que la objetiva debe aplicarse, tal como manifiesta DE CASTRO para **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. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Las reglas del CC sobre hermenéutica o interpretación contractual se hallan formuladas pensando en un contrato concluido mediante el empleo de palabras, y fundamentalmente por escrito. Entonces, son estas palabras las que van a ser objeto de interpretación, a fin de encontrar lo que los arts. 1.281 y ss. llaman la «intención de los contratantes» (LACRUZ).

\* \* \*

El Código civil se ocupa de la interpretación de los contratos en los arts. 1.281 a 1.289, las reglas de interpretación que aparecen en los mismos pueden dividirse en tres apartados (PUIG BRUTAU): *reglas dedicadas a averiguar la intención a través de las palabras; normas para la interpretación de las cláusulas y reglas para cuando la interpretación no alcanza su objetivo.*

#### **1.3.1.- Reglas dedicadas a averiguar la intención a través de las palabras.**

**A.- Los términos claros y de sentido indudable.-** «Si los términos de un contrato son

claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas» (art. 1.281-1º).

La doctrina es unánime al afirmar que esta regla, a pesar de su dicción, no excluye la interpretación, sino que la presupone -puesto que para afirmar que una cláusula es clara, es necesario realizar una valoración previa de las palabras y de la congruencia que guardan con la voluntad. La máxima jurídica «*in claris non fit in terpretatio*», (lo que está claro no necesita interpretación) presupone haber comprobado que el sentido literal es claro y que la intención de las partes se encuentra reflejada en esa literalidad. (PUIG BRUTAU)

**B.- Las términos contrarios a la intención común.** Establece el Código en el art. 1.281-2º que: «*Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*»

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN en ocasiones puede haber claridad gramatical pero discordancia con la intención evidente de los contratantes. Ej. En un documento las partes por equivocación manifiestan que arriendan una casa cuando luego la realidad demuestra que hay una compraventa (querida por ambas partes), porque hay entrega de un precio que se corresponde con el de una venta y no con el de un alquiler.

La intención que ha de averiguar el intérprete es la común a los contratantes, lo que supone que la interpretación de la voluntad de los contratantes no puede hacerse por separado (LÓPEZ y LÓPEZ).

Los medios para interpretar la voluntad común se encuentra en los arts. 1282 y 1.283 CC (PARRA LUCÁN). El art. 1.282 establece que: «Para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse, principalmente, a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato». No obstante, la doctrina estima que también han de tenerse en cuenta los actos previos.

**C.- Palabras que provocan dudas.-** Las dudas pueden resultar por el hecho de haberse usado en el contrato términos generales o palabras que tienen distintas acepciones. El Código contempla esos supuestos en los arts. 1.283 y 1.286. (PUIG BRUTAU).

**1º.- Términos generales.-** «*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).

**2º.- Palabras con distintas acepciones.-** «*Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato*» (art. 1286).

### 1.3.2.- Reglas para la interpretación de las cláusulas.

El Código dedica varias reglas para solucionar los problemas que puedan ocasionar las cláusulas bien por tener varios sentidos, por ser ambiguas o presentar oscuridades:

**A.- Cláusulas con diversos sentidos.-** Establece el art. 1.284 que: «*Si alguna cláusula*

*de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto».*

**B.- Cláusulas dudosas.-** El art. 1.285 establece que: *«Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas».*

Según PUIG BRUTAU, es contrario a toda lógica admitir que las contradicciones que pudieran aparecer en los términos del contrato han sido realmente queridas por los contratantes.

**C.- Cláusulas ambiguas.-** El art. 1.287 establece que: *«El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos»*

Según Díez-PICAZO Y GULLÓN el recurso a la costumbre o al uso en la interpretación del contrato sólo tendrá lugar con carácter subsidiario, cuando no se pudiese averiguar la intención de las partes por otras vías.

**D.- Cláusulas oscuras.-** El art. 1.288 establece que: *«La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad»* (art. 1.288).

Para que se produzca este supuesto la doctrina exigen dos requisitos: Uno, que la oscuridad del contrato sea manifiesta, y que sea imputable a una sola parte; esto último suele ocurrir con frecuencia en los contratos de adhesión, como los de seguros y en los concertados a través de las llamadas condiciones generales.

A este tipo de interpretación, en contra del causante de la oscuridad, doctrina y jurisprudencia la denominan interpretación *contra proferentem* o *contra stipulatorem*.

La STS 24 junio 2004 (RJ 2002\5263) establece que «la regla de interpretación *contra proferentem*», acogida en el art. 1288 CC, como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no sólo la redacción unilateral del contrato, sino principalmente oscuridad en la cláusula cuya contenido se cuestiona

La STS 8 marzo 2000 (RJA 2000, 1510) dice que: « dicha interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir **el perjuicio al redactor o instigador de la cláusula oscura**, que en este caso será la compañía de seguros recurrente, reconociéndose así una interpretación «*contra proferentem* vel *contra stipulatorem*», como sanción por su falta de claridad al expresarse, y también como protección de la contraparte»

El artículo 10.2 de la LGDCU (Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) ha recogido la misma regla: Que las dudas [cláusulas] en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado.

### **1.3.3.- Normas para cuando la interpretación no alcanza su objetivo.**

El Código dedica el **art. 1.289** para resolver esta cuestión: *«Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la*

*menor transmisión de derechos e intereses; y si el contrato fuere oneroso, la duda seSi las dudas recayesen sobre el **objeto principal del contrato**, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el **contrato será nulo**» (art. 1.289).*

La doctrina establece que para que sea aplicable este precepto, se exigen dos condiciones, que existan dudas y que éstas no puedan resolverse por las reglas precedentes.

#### **1.4. Calificación del contrato**

La calificación del contrato consiste en determinar en que concreta clase de contrato encajan las declaraciones de voluntad de las partes, se trata en esencia de determinar la naturaleza jurídica del contrato. Ej. Si se corresponden con una compraventa o por el contrario con una donación El contrato podrá coincidir con un tipo contractual típico de los que están regulados por el CC u otra Ley especial, o por el contrario podrán ser atípicos cuando no se produce esta correspondencia, y se trata de contratos creados al albor del principio de autonomía de la voluntad (PARRA LUCÁN).

La jurisprudencia ha establecido que la denominación que las partes otorgan a un contrato no vincula a los tribunales; puesto que será el contenido real del contrato el que determine su calificación.

La STS 26 mayo 2005 (RJA 2005, 6084) establece que: «la calificación del contrato es la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, la cual está por encima de las declaraciones y de la voluntad de los sujetos; el contenido real del contrato es el determinante de su calificación. La STS 11 de diciembre de 2002 (RJA 2002, 10737), dice que «los contratos son lo que son y no lo que las partes digan».

#### **1.5. Integración del contrato.**

La integración del contrato tiene por finalidad señalar las consecuencias jurídicas que emergen de aquel concreto negocio, bien sea por la voluntad de las partes manifestada de forma expresa o tácita. No hay que perder de vista que en el contenido del contrato está conformado, no sólo por las manifestaciones que expresamente se incluyen en el contrato, sino también por aquellas otras que se presuponen pero no se expresan. Son aquellas consecuencias que pueden considerarse virtualmente comprendidas en el contrato (MOSSET ITURRASPE).

Según DÍEZ-PICAZO, integración se refiere a la construcción de la reglamentación contractual introduciendo reglas que no tienen su origen en la voluntad de las partes. Este es el sentido del art. 1.258 cuando establece que: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».



También se ha dicho que la regulación contractual suele ser incompleta, puesto que presenta lagunas, por lo que a la operación de colmar estos vacíos se le denomina integración (PARRA LUCÁN).

La integración se diferencia de la calificación y de la interpretación. La integración se dirige a determinar los efectos del negocio; la calificación tiende a fijar la naturaleza del mismo; y la interpretación tiene como meta patentizar la voluntad de las partes o *lex privata*. No obstante, hay que resaltar que la integración se apoya en la calificación y ésta en la interpretación, habiendo un encadenamiento lógico y sucesivo.

## §2.-EFICACIA DEL CONTRATO.

El contrato es **eficaz**, es decir genera obligaciones y derechos entre los contratantes, desde el momento de su **perfección**. Según CASTÁN los efectos del contrato pueden clasificarse en: *comunes o generales*, que son los que se producen en toda clase de contratos y los *especiales o particulares* que son privativos de cada modalidad de contrato.

Los **efectos generales** se reducen a la producción del vínculo obligatorio del contrato, la denominada «*lex privata*» del contrato, que establece una reglamentación de la conducta de las partes, integrada por un conjunto de derechos, obligaciones y facultades, junto con el deber de su cumplimiento (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La fuerza sancionadora del contrato se manifiesta bajo **tres principios** (CASTÁN): a) él de la obligatoriedad del contrato, b) él de la irrevocabilidad y c) el principio de la relatividad contractual.

### ***2.1.- La obligatoriedad o principio de la vinculación del contrato.***

Este principio supone que los contratantes están obligados a cumplir el contenido del contrato. El Código sanciona la obligatoriedad del contrato a través de los siguientes artículos:

a) El **art. 1.091 CC** que establece que «*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*». Esto quiere decir que aún cuando el contrato instaure entre las partes contratantes un precepto de autonomía privada, la «*lex privata*» o ley particular de los contratantes; las obligaciones nacidas del contrato vincularán a su cumplimiento como si se tratase de la ley misma. No obstante, el contrato a diferencia de la ley, carece de la nota de la *generalidad*, si bien entre las partes tiene su misma autoridad: las partes deben someterse a la ley del contrato igual que a la regla legal, y el juez de igual modo debe imponer su respeto (LACRUZ).

b) El **art. 1254 CC** establece 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*». Según DÍEZ-PICAZO, este precepto concuerda con el art. 1089 CC que considera el contrato como una fuente de las obligaciones.

c) El **art. 1.258** CC, igual como que acontece con la Ley, la «*lex contractu*» o «*lex privata*» puede presentar lagunas que deberán ser integradas por el intérprete de acuerdo con lo establecido en el art. 1.258 que establece que: «*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*».

La función de este precepto es la de integrar el contrato; colmando las «lagunas contractuales» de esta forma se añaden a las previsiones expresamente fijadas por las partes, otras que si bien no fueron contempladas por las partes, son necesarias para el desenvolvimiento de la relación contractual puesto que se supone que los contratantes se han referido tácitamente a los principios admitidos por la buena fe, al uso y a la ley (LACRUZ).

d) El **art. 1.278** CC en el que se establece la obligatoriedad de los contratos con independencia de su forma.

## **2.2. La irrevocabilidad.**

El hecho que el contrato sea irrevocable, es un principio contenido en la máxima «*pacta sunt servanda*», (los pactos deben cumplirse) y significa que puesto que el contrato es obligatorio, sólo la común voluntad de las partes contratantes (mutuo disenso), podrá modificar o revocar el contrato y siempre y cuando no perjudiquen a tercero (CASTÁN).

Pertenece a la esencia del concepto de contrato que éste no quede expuesto a la libre revocación de una parte, quedando ésta, pues, libre de cumplir o no. En general, el contrato presupone la coincidencia de voluntades vinculadas en el momento de pactar, y es por esto por lo que el **art. 1.256** establece que «*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*».

Ej. La STS de 26-1-1987, estableció la inexistencia de un contrato de arrendamiento puesto que la determinación de la renta se dejó al arbitrio de una de las partes; con lo que al no haberse podido determinar renta alguna ni haber sentado medios para su determinación, se estimó que había arrendamiento por falta de determinación del requisito esencial del precio.

En cuanto a los efectos irrevocables del contrato, dice LACRUZ, ni tan siquiera el mutuo disenso puede borrar retroactivamente los efectos ya producidos por él. Así pues si las partes quieren deshacer una venta ya consumada, habrán de realizar una nueva transferencia en sentido contrario.

El principio de la irrevocabilidad de los contratos no es absoluto, presentando excepciones. En el ámbito del CC podemos encontrar los siguientes supuestos en el que los cuales la voluntad de una sola de las partes podrá modificar los efectos de un contrato (LACRUZ):

- a) Los contratos de depósito, el de mandato (art. 1732 CC) y el de sociedad (art. 1700, 1705 y 1707), obra (art. 1.594 CC).
- b) Los contratos con duración indeterminada pueden ser objeto de rescisión unilateral, como

el arrendamiento de servicios o el contrato de trabajo.

c) Las donaciones pueden ser revocadas en ciertos supuestos (art. 644 y ss.).

d) La facultad de pedir la resolución se halla implícita en las obligaciones bilaterales, cuando la otra parte no cumple con lo que le incumbe (art. 1.124 CC) y **art. 7 de la Ley 23/2003 (LGVBC)**.

e) La rescisión por lesión en aquellos supuestos admitidos por el CC (1.291 y 1.293).

En el ámbito del derecho de consumo son varias las leyes que establecen la posibilidad de desistir del contrato transcurrido un breve tiempo entre 7 a 10 días. Este es el caso del art. 5 de la Ley 26/1991 sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (7 días); el art. 44 (LOCM), de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), Ley 47/2002, de 19 diciembre, que reforma la Ley 7/1996; el art. 9 (LVP) Ley 28/1998, de 14 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles; el art. 10 de la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (10 días) y el art. 4 del RD 1906/1999 sobre la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales.

Todos estos preceptos vienen a seguir el esquema del art. 5 de la Ley 26/1991 que establece: *«Ejercicio del derecho de revocación.1. El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados siete días contados desde la recepción».*

### §3.-RELATIVIDAD DEL CONTRATO.

#### 3.1. Concepto de relatividad o eficacia personal del contrato.

El CC reconoce el principio de la relatividad contractual en el art. 1.257-1º CC al establecer que: *«Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la Ley».*

El principio de la relatividad contractual establece que la eficacia del contrato, se despliega, en principio, entre las partes contratantes y sus herederos. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Decir que el **efecto del contrato es relativo**, significa que el contrato no puede hacer nacer una obligación a cargo o en provecho de persona extraña a su conclusión (LACRUZ).

Este principio, que coincide con el tradicional aforismo *«res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest»*, ha sido uno de los pilares tradicionales de la dogmática de la teoría general del contrato.

El concepto de relatividad, según CASTÁN, puede expresarse en un **doble sentido**:

a) Como **fuerza de obligaciones y derechos** significa que quienes se obligan en virtud del contrato y quienes adquieren derechos como consecuencia de él son única y exclusivamente las partes contratantes y sus sucesores, que asumen su posición jurídica, quedando excluidos de la posición de deudor y acreedor quienes no han concurrido en la formación de la voluntad contractual.

b) Como una **característica de los derechos de crédito**, tengan o no su origen en un contrato, en oposición con el carácter absoluto o *erga omnes* de los derechos reales.

### **3.2.- Fundamento de la eficacia relativa de los contratos.**

La doctrina establece los siguientes fundamentos a la falta de eficacia de los contratos respecto de terceros o de la limitación del círculo de eficacia de los contratos a las partes que lo han realizado:

A) DIEZ-PICAZO, encuentra su fundamento en el hecho de que el contrato es un acto de **ejercicio del poder de la autonomía privada**, de suerte que desplegar eficacia respecto de terceros constituiría lo contrario, es decir heteroeficacia; todo ello porque la regla de la relatividad es una derivación del mismo concepto de contrato, y en su virtud únicamente los contratantes se obligan en virtud del contrato y quienes adquieren derechos como consecuencia de él.

B) Para LACRUZ el efecto vinculante se produce por voluntad de las partes, puesto que esto distingue al contrato del mero acto jurídico, si bien la **fuerza obligatoria se impone** por dos razones: 1) **una moral**, el respeto a la palabra dada, la buena fe y, en su caso, la equidad que exige corresponder a la prestación de la otra parte y, 2) otra **de orden económico**, es indispensable un clima de seguridad en el cumplimiento de las transacciones y promesas para la existencia del crédito.

El art. 1.257, dice LACRUZ, es un **complemento del art. 1.091**, «*la obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*», puesto que traza sus fronteras al eliminar el efecto vinculante frente a terceros y al modalizar el producido entre las partes.

El rango de ley que el art. 1.091 atribuye al contrato se constriñe -dice la S. de 6 febrero 1.981- exclusivamente a las partes contratantes, o en su defecto, a sus herederos, de tal suerte que no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento, y por ello los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato sólo han de afectar a los litigantes conforme a las relaciones jurídicas contraídas entre ellos.

### **3.3.- Alcance de la eficacia del contrato.**

Los efectos del contrato vinculan a las partes contratantes y a sus herederos (en su caso), y a algunos sucesores a título particular (causahabientes), por lo que el contrato no afectará a los terceros que no fueron parte en el contrato (VALPUESTA); quienes no intervienen en el contrato no son acreedores ni deudores en virtud de tal mismo, ni reciben la propiedad o los derechos reales, etc. (LACRUZ)

Si la eficacia directa del contrato solamente puede afectar a las partes y quienes ocupan su posición (herederos y causahabientes), es evidente que solamente podremos hablar de vulneración al principio «*res inter alios*» cuando el sujeto a quien afecte el contrato ostente la condición de tercero; de ahí que habrá que establecer las diferencias entre parte, heredero y tercero.

\*Ejemplo-→ En el caso de un contrato de obra, en el que intervienen tres partes, dueño de la obra o comitente, y subcontratista acabar ejemplo

### 3.3.1. El concepto de «parte».

Son «parte», según LACRUZ quienes otorgan el contrato, aunque sea mediante representante.

### 3.3.2. El concepto de heredero.

Los herederos o **sucesores a título universal** llegan a ser parte cuando heredan y asumen el conjunto de relaciones del causante como un todo: los contratos concluidos por éste devienen contratos suyos. En este sentido el **art. 661 CC** establece que: *«Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»*.

El efecto «responsabilidad inter alios» respecto a los herederos no debe entenderse, como de carácter simultáneo, puesto que de momento el contrato una vez perfeccionado sólo producirá efectos entre los contratantes y solamente producirá efectos con respecto a los herederos cuando se subroguen en la posición del causante en virtud de la *successio* (PUIG BRUTAU).

Además la referencia a los herederos en el art. 1257 se ciñe únicamente aquellos **derechos y obligaciones que sean transmisibles por herencia**, no alcanzándoles aquellos que por su naturaleza, por pacto o disposición de la ley no lo sean. En este último caso los herederos seguirán siendo parte, si bien de un contrato extinguido, por lo que estarán obligados a soportar las consecuencias de la extinción (LACRUZ).

Un ejemplo de contrato cuyas consecuencias no serían transmisibles a los herederos sería el caso del mandato puesto que este contrato se funda en la confianza que el mandante tenga en el mandatario.

Para un sector de la doctrina, son igualmente parte quienes adquieren a título particular la posición del anterior contratante (**causahabientes a título singular**). Esto es así puesto que los derechos adquiridos en virtud un contrato pueden ser transmitidos a otra persona mediante un nuevo contrato que ésta celebre con una de las partes del contrato anterior (cesión de contrato). La regla general es que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles (art. 1112 CC); de manera que quien adquiera los derechos, podrán ejercitarlos en la misma medida que su transmitente.

Ej. La doctrina y la jurisprudencia han visto en el supuesto del art. 1.591 del CC un supuesto de sucesión a título particular, en virtud de la cual el segundo adquirente de una vivienda puede ejercitar una acción directa por daños contra el contratista con el que no llegó a contratar (este solamente contrató con el primer adquirente). El art. 17 LOE ha elevado a rango legal este derecho que la jurisprudencia reconoció a los subadquirentes de vivienda.

### 3.3.3. El concepto de terceros.

Son «**terceros**» según LACRUZ todos los que no son parte contratante: desde luego, **los enteramente extraños al contrato** (*«penitus estranei»*) y a los contratantes, pero también cuantas personas están **presentes en el acto sin ser verdaderamente partes**, es decir, sin asumir personalmente compromisos y sin estipular allí derechos en su favor: el autorizante, los testigos, los que concurren exclusivamente representando a una de las partes, los que asisten para dar una licencia o asentir en negocios que no son propios suyos.

#### A) La eficacia refleja o indirecta del contrato

Si bien el contrato no crea derechos u obligaciones con respecto a terceros sin su consentimiento, en virtud del art. 1257, sí que puede producir una **eficacia indirecta o refleja** para los terceros, puesto que los contratos no se presentan como compartimentos estancos, aislados del resto de la realidad jurídica. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La **eficacia refleja** del contrato tiene lugar, por ejemplo, en el caso de diversas relaciones jurídicas subordinadas, de modo que un contrato celebrado por las partes de una de aquellas relaciones jurídicas que produce una eficacia directa entre las partes, puede desplegar una *eficacia refleja* con la relación subordinada. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Ej. Un acuerdo entre acreedor y deudor puede extinguir la garantía establecida por un tercero.

#### B) La oponibilidad del contrato.

El que los **contratos** no vinculen a terceros, no significa que no les **sean oponibles**. La oponibilidad significa que los terceros deben respetar la relación obligatoria surgida como consecuencia del contrato. El deber de respeto a la relación creada supone que en caso de lesión a la misma habrá lugar a una responsabilidad extracontractual por el daño causado. (VALPUESTA). A la oponibilidad del contrato también se la conoce con el nombre de la **tutela aquiliana del crédito**.

En el CC podemos encontrar varios supuestos de oponibilidad frente a terceros en los artículos 1.218, 1.219, 1.227, 1.230, 1.322 y 1.865 CC. Estos preceptos señalan las condiciones formales de oponibilidad pensando principalmente en los acreedores de un contratante que haya podido despojarse de bienes o empeorar la condición de su patrimonio mediante el contrato: interesa saber cuando las modificaciones patrimoniales producidas por ese contrato, que no vincula a los terceros acreedores del contratante pero perjudica sus esperanzas de cobrar, pueden serles opuestas. (LACRUZ)

### 3.4. Excepciones al principio de la relatividad.

El **principio de relatividad** contractual presenta **excepciones**, de manera que la Ley en algunos supuestos prevé expresamente que el contrato produzca efectos directos respecto a algunos terceros (VALPUESTA). Estas excepciones previstas por el ordenamiento jurídico son: *el contrato en favor de tercero* (art. 1.257-2 CC); *el contrato por persona que se designará*, *el contrato en daño a tercero*, *la promesa de hecho ajeno* y todos los supuestos de *acciones directas y de subcontratación*.

## § 4.-EL CONTRATO EN FAVOR DE TERCERO.

### 4.1.- *Concepto*

El artículo, 1.257-2º del Código civil establece que: «*Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada*».

El contrato o estipulación a favor de tercero es aquel vínculo que se da cuando se estipula que una de las partes contratantes realizará una prestación en provecho de un tercero, extraño a la conclusión del contrato y que no está representado en él, pero que en virtud de esta estipulación queda incorporado al contrato como acreedor de esa prestación (CASTÁN).

Ej. El padre que vende una propiedad suya y establece que el comprador deberá pagar el precio a un hijo suyo, que no ha intervenido para nada en dicho contrato de compraventa.

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, a pesar de que el Código civil se refiere a un contrato que contiene una estipulación a favor de un tercero, **también cabe la posibilidad** de que todo el contrato esté realizado a favor de un tercero. A este tipo de contrato se refiere el CC con carácter general en el art. 1.257-2º, y con referencia a determinados tipos contractuales en otra serie de preceptos: el contrato de renta vitalicia (art. 1.803, párrafo segundo); reversión de donaciones (art. 641); donación sub modo (art. 619); donación con la carga de tener que pagar las deudas del donante (art. 642); venta de finca con el pacto de tener que respetar el derecho del arrendatario (art. 1.571); y depósito constituido con la imposición al depositario de la obligación de tener que devolver la cosa a un tercero (art. 1.766.1).

En el campo del contrato de seguro es habitual utilizar esta figura, sobre todo en el campo del seguro de vida, donde una persona (el tomador) contrata un seguro cuyo beneficiario es su cónyuge o sus hijos.

### 4.2. *Requisitos.*

En el contrato en favor de tercero nos encontramos con tres elementos personales: el *estipulante*, que es quien establece la prestación a favor del tercero, el *promitente*, que es quien debe cumplir con la prestación pactada y el *beneficiario* de la prestación pactada.

El contrato produce efectos desde que lo concluyen el estipulante y el **promitente**, sin que sea necesario el consentimiento del **tercero beneficiario**, puesto que de ser así sería parte contratante. El consentimiento del beneficiario, según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, actúa únicamente como un límite a la facultad de revocación que tiene el estipulante, de modo que una vez el tercero ha aceptado ya no cabe la posibilidad de revocar la estipulación en favor de tercero.

### 4.3.- *Efectos.*

La perfección de la estipulación a favor de tercero crea tres relaciones jurídicas:

a) *Relación entre estipulante y promitente.* Esta es la denominada «relación de cobertura», es

la relación jurídica creada en virtud del contrato (compraventa, seguro, arrendamiento, etc). Hasta la aceptación por el tercero las partes pueden modificar el contenido de esta relación o incluso revocarla. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

b) *Relación entre estipulante y tercero beneficiario*. Esta es «relación de valuta», se trata de la situación subyacente que actúa como **causa de la atribución patrimonial** en favor del tercero. El estipulante puede estar guiado por el ánimo de efectuar una liberalidad en favor del tercero o bien para cumplir una obligación preexistente con el mismo. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Ej. Pacto por el que el comprador de una casa ha de pagar el precio de la misma, no al vendedor, sino a un tercero a quien el vendedor le debe la misma cantidad de dinero.

c) *Relación entre promitente y el beneficiario*. Esta es la relación obligatoria creada en virtud del contrato, en cuya virtud el beneficiario es acreedor, con respecto al promitente, de la prestación pactada en virtud de la estipulación en favor de tercero. El beneficiario puede actuar frente al promitente como si fuese un acreedor normal del mismo. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).



## Tema 6: INEFICACIA DEL CONTRATO, RESCISIÓN Y REVISIÓN

§ 1.- Consideración general.-

§ 2.- La invalidez del contrato. (I) La nulidad de pleno derecho.

§ 3.- La invalidez del contrato. (II) La anulabilidad.

§ 4.- La rescisión de los contratos.

§ 5.- La revisión de los contratos.

### § 1.- CONSIDERACIÓN GENERAL.

El concepto de ineficacia es uno de los más confusos del Derecho civil. El Código e incluso la propia doctrina utilizan de forma imprecisa los términos de ineficacia, inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad, rescisión, resolución, etc. La ineficacia es un término más amplio que los de invalidez, nulidad, anulabilidad y el resto de los mencionados (CASTÁN).

La **ineficacia del contrato** es la **no producción de los efectos jurídicos** previstos, por la existencia de alguna **irregularidad** en el contrato (BERCOVITZ). La ineficacia **consiste** en una **sanción** con la que el ordenamiento jurídico reacciona frente a **la irregularidad del contrato**, puesto que hay una 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) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Según el tipo de irregularidad que afecte al contrato, este no producirá ningún tipo de efecto o en el supuesto de producir algunos, éstos no serán idénticos a los de un contrato absolutamente regular (BERCOVITZ).

Los supuestos de ineficacia contractual pueden integrarse en dos grupos (LASARTE):

a) **Invalidez** motivada por la existencia de circunstancias intrínsecas a cualquiera de los elementos esenciales del contrato. Dentro de la invalidez podemos distinguir la **nulidad** y la **anulabilidad**

c) **Ineficacia en sentido estricto**, incluye todos aquellos supuestos en que ciertos defectos extrínsecos al contrato, que en principio es válido, conllevan a su falta a de efectos.

En este grupo se incluyen:

- 1.- El mutuo disenso
- 2.- El desistimiento unilateral.
- 3.- La resolución por incumplimiento.
- 4.- La rescisión.
- 5.- La revocación.

- 6.- El acaecimiento de la condición resolutoria
- 7.- La falta de acaecimiento de la condición suspensiva.
- 8.- La reducción.

**1) El mutuo disenso.** El mutuo disenso es un contrato mediante el cual las partes que previamente han celebrado otro contrato se desvinculan mutuamente de sus obligaciones. Es decir que las partes mediante el segundo contrato privan de sus efectos al otro contrato celebrado anteriormente (BERCOVITZ).

**2) El desistimiento unilateral.** El desistimiento unilateral está proscrito con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 1256 CC: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes».

Sin embargo, podemos encontrar numerosas excepciones en el ámbito del Derecho de consumo<sup>1</sup>:

a) la Ley 26/1991 sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, que en su art. 5 establece: «**Ejercicio del derecho de revocación.**1. El consumidor podrá revocar su declaración de voluntad sin necesidad de alegar causa alguna, hasta pasados **siete días** contados desde la recepción.

b) la Ley 42/1998, de 15 diciembre, sobre *derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*, que en su art. Artículo 10 establece: «. Desistimiento y Resolución del contrato: «1. El adquirente de derechos de aprovechamiento por turno tiene un plazo de **diez días**, contados desde la firma del contrato, para desistir del mismo a su libre arbitrio...».

**3) Resolución.** La resolución de los contratos puede venir impuesta por las partes mediante la inserción de una condición resolutoria o por **la ley**, este es el caso del **art. 1.124 CC** que establece que en el caso de que uno de los obligados deje de cumplir, concede al otro la facultad resolver el contrato y desligarse del mismo. (PUIG BRUTAU)

**4) Rescisión.** 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** (compraventa, arrendamiento, etc.). Pero *por razón del perjuicio que supone para determinadas personas, el ordenamiento jurídico concede una acción (acción rescisoria) para hacer cesar su eficacia.* La rescisión tiene carácter subsidiario, ya que sólo cabe acudir a su ejercicio cuando no se pueda reparar el perjuicio por ningún otro medio (nulidad, anulabilidad, etc).

**5) Revocación.** La revocación supone la existencia de un contrato válido y eficaz, que deviene ineficaz por conceder la ley a una de las partes la posibilidad de dejar sin efectos el contrato ante la producción de determinados supuestos (BERCOVITZ, R.). (p. ej., donación que se revoca por ingratitud del donatario, art. 648 cc)

**6) Acaecimiento de la condición resolutoria.** En este supuesto nos encontramos ante un contrato válido y eficaz, pero **las partes** pueden haber condicionado la subsistencia de sus efectos al cumplimiento de una **condición resolutoria**. (P.ej. Contrato de compraventa de local con prohibición de instalar una discoteca). (art. 1114 cc) **(Responde a la pregunta ¿vigente mientras no suceda qué?)**

**7) La falta de acaecimiento de la condición suspensiva.** Cuando un contrato está sujeto a una condición suspensiva, la adquisición de los derechos dependerá de la producción de los efectos en que consista la condición (**art. 1114 CC**). Ej. El contrato de compraventa sometido a la condición de que se recalifiquen unos terrenos no producirá efectos –estará suspenso,

---

<sup>1</sup> Vid. otros supuestos en Tema 5, apartado 2.2 La irrevocabilidad del contrato.

pendiente- hasta que tenga lugar la citada recalificación. (Responde a la pregunta ¿pendiente mientras no suceda que?

**8) 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, que están legalmente previstas.

## §2.- LA INVALIDEZ DEL CONTRATO. (1) LA NULIDAD DE PLENO DERECHO.

### 2.1. Concepto y caracteres.

**La nulidad absoluta y radical o de pleno derecho**, es la máxima sanción que el ordenamiento jurídico establece, porque niega al negocio la posibilidad de producir consecuencias jurídicas. En ese sentido se manifiesta la máxima jurídica: «*quod nullum est nullum effectum producit*».

Como categoría distinta se contrapone, por la jurisprudencia del TS y cierta doctrina, la de la **inexistencia**. Un **contrato inexistente** es aquel en el que se omite cualquiera de los elementos que su naturaleza o tipo exige (el precio de la compraventa, el precio 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 Tribunal Supremo utiliza habitualmente el término «inexistencia» referido a contratos que no reúnen los requisitos del art. 1.261, reservando el de nulidad de pleno derecho para aquellos contratos contrarios a las leyes, en el sentido del art. 6.3; por el contrario la mayor parte de la doctrina incluye todos esos supuestos en la nulidad absoluta (LACRUZ).

El concepto de inexistencia es una construcción artificiosa de la doctrina francesa, que, basada en la jurisprudencia que había tasado 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.

La **doctrina es reticente a la figura de la «inexistencia»** del contrato por estimar: En primer lugar, que es *inútil* por conducir a las mismas consecuencias jurídicas que la nulidad radical. Además, *carece de necesidad*, ya que no es preciso que los supuestos de nulidad se exijan taxativamente por la Ley, sino que basta con que aquella exija su significado y finalidad.

### 2.2. Las causas de nulidad.

Los supuestos más habituales de nulidad contemplados por nuestro Ordenamiento son los siguientes (LACRUZ):

A) Cuando el contrato **carece** de los **requisitos esenciales del artículo 1.261** (consentimiento, objeto o causa) o de los que el **ordenamiento jurídico impone por razón del tipo negocial concreto**. Ej. la falta de precio en la compraventa.

Dentro de este supuesto genérico de causa nulidad podemos encontrar las siguientes

particularidades en que procede la nulidad: 1) **Indeterminación absoluta del objeto** (art. 1.273) o su **ilicitud** (artículos 1.271, 1.272 y 1.305); 2) **Ilicitud de la causa** (arts. 1.275, 1.305 y 1.306) y 3) **Incumplimiento del requisito de forma**, cuando éste viene exigido para la validez del contrato (contratos formales).

B) Por violación de **norma imperativa o prohibitiva**, salvo que de la contravención se derive un efecto distinto (**art. 6. -3**). Un ejemplo sería el de la realización de **actos de disposición a título gratuito sobre bienes comunes** por un cónyuge sin el consentimiento del otro (**art. 1.322-2º**).

C) Por haberse **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).

### 2.3. La acción de nulidad.

La acción de nulidad presenta las siguientes características:

1º.- *Legitimación activa y pasiva*.- La legitimación activa para el ejercicio de la acción es muy amplia. Se reconoce tanto en favor de las **partes** que celebraron el contrato como de los **terceros** perjudicados que acrediten tener **interés jurídico** en que se declare la nulidad. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La nulidad radical y absoluta, además de poder ser utilizada «a instancia de parte» también **opera ipso iure**, es automática, puede ser **declarada de oficio por los Tribunales** sin necesidad de petición expresa de parte (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

2º.- *Plazo de ejercicio*.- La acción de nulidad es **imprescriptible**, puesto que lo que es nulo no puede convalidarse por el transcurso del tiempo. El contrato nulo, a diferencia del anulable, **no puede convalidarse** por confirmación, puesto que según el art. 1.310 del CC «sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos del art. 1.261». Si el contrato carece de validez, lo procedente no será su confirmación, sino la nueva celebración del contrato (PUIG BRUTAU).

### 2.4. Efectos de la nulidad absoluta.

El contrato nulo produce una apariencia de validez que hace que produzca los mismos efectos que si fuera válido salvo que sea destruida mediante el ejercicio de la acción de nulidad (LASARTE). El **ejercicio con éxito de la acción de nulidad** impide que el contrato despliegue los efectos correspondientes a su tipo desde el principio (*ab initio*), **lo que supone que tiene carácter retroactivo**, y que por tanto no puede subsanarse ni por convalidación ni por el transcurso del tiempo. Lo único que cabe es hacerlo de nuevo, renovarlo (CASTÁN). El contrato una vez ha sido declarado nulo es como si nunca hubiera existido.

Comoquiera que el contrato nulo no produce efectos, la declaración de nulidad tendrá como consecuencia que las **cosas vuelvan al estado anterior a la celebración del contrato**. Para ello se tendrá que producir la **restitución de prestaciones** (LASARTE).

Como principio general hay que tener en cuenta lo dispuesto en el **artículo 1.303 CC**: «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». Si bien éste precepto parece estar pensado para una compraventa nula, es sin embargo aplicable a todas las situaciones de nulidad contractual (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La **restitución** que ordena el artículo 1.303 en principio ha de hacerse **en forma específica** o *in natura*. Sin embargo, cuando ello no fuera posible, se aplicará la restitución por **equivalente** del **artículo 1.307**, que dice que: «*el obligado por la declaración de nulidad prestación por 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*».

La nulidad tiene «**eficacia propagadora**, es decir, alcanza a los negocios que se encuentran en una situación de dependencia del declarado nulo. (Ej. La nulidad de un préstamo comporta la nulidad de la fianza establecida para garantizarlo.) Sin embargo, ante la inexistencia de regulación legal para este fenómeno, no se pueden dar principios generales, y la decisión de cuándo existe aquella dependencia queda a criterio del juzgador. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

### **2.5. Excepciones a la obligación de restituir.**

La obligación de restitución, presenta excepciones y no se aplica en los siguientes casos:

- 1) Cuando 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) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). La denominación **causa torpe**, según LASARTE, es una expresión anacrónica del CC y viene a significar causa ilícita, si bien refiriéndose a un ilícito civil.
- 2) Siempre que 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 tenga la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha (art. 1.307).
- 3) Mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba (art. 1.308).
- 4) Cuando la nulidad (relativa) 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 (artículo 1.304).

### **2.6. La nulidad parcial del contrato.**

La nulidad parcial consiste en que un contrato contiene una o varias cláusulas que son nulas por ser contrarias a una norma imperativa, sin embargo, el resto de pactos del contrato son válidos y éste presenta todos sus elementos esenciales (LASARTE).

El Código no se plantea si la nulidad de una cláusula debe afectar a todo el conjunto del contrato; ha sido la doctrina del TS la que ha elaborado la teoría de «la conservación del contrato», en cuya virtud se establece el criterio de evitar que la trascendencia de las cláusulas nulas afecten al resto del contrato que deberá ser mantenido en vigor (LASARTE).

\*EJEMPLOS ssts

## **§ 3.- LA INVALIDEZ DEL CONTRATO. (II) LA ANULABILIDAD.**

### **3.1. Concepto.**

Es un tipo de **ineficacia** que se llama **relativa**, es menos enérgica que la nulidad y se

caracteriza porque el contrato produce sus efectos desde el momento de su perfección, como cualquier otro negocio normal o regular. Los **efectos** del contrato anulable son **claudicantes**, es decir, que la eficacia contractual si no se destruye por el ejercicio de la acción de anulabilidad se hace definitiva bien por la **confirmación** del mismo negocio (que lo sana del vicio del que adoleciera) o bien por la **caducidad** de aquella **acción**, por no ejercitarse dentro del plazo legal de cuatro años (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La **anulabilidad** aparece **regulada** en el capítulo VI, título II, libro IV del Código civil, bajo el epígrafe «De la nulidad de los contratos», y cuyo primer artículo, el 1.300, dice así: «*Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1.261 pueden ser anulados aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la leyes*».

### **3.2. Causas de anulabilidad.**

De acuerdo con el profesor CASTÁN los motivos que pueden dar lugar a la anulabilidad o nulidad relativa son los siguientes:

- a) Los *vicios del consentimiento*, como la violencia, la intimidación, el dolo y el error.
- b) La *falsedad de la causa*, según parece desprenderse del artículo 1.301-4º, aunque la solución sea técnicamente muy dudosa, toda vez que está en pugna con el artículo 1.276, conforme al cual la falsedad de la causa equivale a la inexistencia de la misma, salvo cuando haya encubierta otra verdadera y lícita, y el 1.261, según el cual no hay contrato sin causa.
- c) La *inexistencia de plena capacidad de obrar*, cuando no implique falta de consentimiento:
  - Los menores de edad no emancipados (art. 1.263-1)
  - Las personas sometidas a tutela de acuerdo con la sentencia de incapacitación (arts. 222 y 267)
  - La personas sometidas a curatela conforme al art. 293.
  - Los emancipados en relación a los contratos mencionados en el art. 323.
- d) La *inexistencia de consentimiento marital* respecto de los contratos onerosos realizados por el otro cónyuge cuando se requiere el consentimiento de ambos (art. 1.322, 1320 y 1377).

### **3.3.- La acción de anulabilidad.**

La menor gravedad de los vicios del contrato anulable, en relación con el nulo, hace que la acción de anulabilidad tenga un alcance mucho más limitado en todos sus aspectos (LASARTE).

#### *A. Legitimación activa.-*

- La anulabilidad también se denomina nulidad relativa, porque depende exclusivamente de que sea ejercitada por el titular del interés protegido para que produzca sus efectos. Es decir que solamente están **legitimados** para su ejercicio las **personas** que han **sufrido el vicio del consentimiento o** fueron **incapaces para contratar y**, finalmente, aquellas personas que se obligaron subsidiariamente (Art. 1302).

Por el contrario, las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes 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).

### B. Plazo de ejercicio.

Según el Código (art. 1.301), la acción de nulidad sólo dura **cuatro años**. Este **plazo** según la mayoría de la doctrina es **de caducidad** (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Este plazo empieza a computarse de forma diferente según la causa de anulabilidad:

- a) En los casos de *intimidación o violencia*, desde el día en que éstas hubiesen cesado.
- b) En los de *error o dolo o falsedad de la causa*, desde la consumación del contrato
- c) Cuando la acción se dirija a invalidar actos o *contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro*, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato (art. 1.301).
- d) Y cuando se refiera a los contratos celebrados por los *menores e incapacitados*, desde que salieron de la tutela (artículo 1.301).

La STS de 6 septiembre de 2006 se decanta por la tesis de la prescripción. (también 1 febrero 2002 (RJA 2002, 1586) Al establecer que; «Finalmente, en cuanto a la excepción de transcurso del plazo de 4 años fijado en el artículo 1304 del Código Civil, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que se trata de un plazo de prescripción y no de caducidad, tal y como ha mantenido el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de marzo de 1.987, al negar la posibilidad de que pueda ser apreciada de oficio por el juzgador (contrariamente a la caducidad), y en Sentencia de fecha de 27 de marzo de 1989, al apreciar la posibilidad de interrupción del plazo, y que en el supuesto de autos ha de entenderse producido al haberse planteado demandas laborales con base en la nulidad del título por haberse otorgado por error. A mayor abundamiento la doctrina de los autores tiene declarado que el plazo del art. 1301 del Código Civil se refiere al derecho a pedir la restitución de lo prestado en virtud de contrato nulo, mientras que la posibilidad de pedir que se declare la invalidez del contrato por la incapacidad de una de las partes, no está sujeta a prescripción ni caducidad, precisamente por tratarse de acción meramente declarativa».

No obstante son numerosas las sentencias de las Audiencias Provinciales que se decantan por la tesis de la caducidad.

### C. Extinción de la acción de nulidad.-

La acción de anulabilidad puede extinguirse:

- 1º.- Por la prescripción o transcurso del plazo de cuatro años.
- 2º.- Por la confirmación del acto anulable (artículo 1.309).
- 3º.- Por la pérdida de la cosa, objeto del contrato, cuando sea debida a dolo o culpa del que pudiera ejercitar la acción.(art. 1.314).

### D. Efectos de la anulabilidad.-

La acción de anulabilidad, según CASTÁN, produce los siguientes efectos:

- 1.- En tanto que no sea anulado el contrato anulable produce todos los efectos propios de un acto válido.
- 2º.- Declarada su nulidad, deja de producir sus efectos, siendo considerado como si desde un principio no hubiera existido. A partir de la declaración de nulidad el contrato sufrirá idénticas consecuencias a las del contrato absolutamente nulo. Por lo que se aplicará el mismo régimen en materia de restitución de prestaciones de los arts. 1.303 y siguientes.

### 3.4.- La confirmación de los contratos anulables

a) *Concepto*.- Si las causas de anulabilidad son disponibles para las partes, pudiendo renunciar al ejercicio de la correspondiente acción, es lógico que la existencia de un medio para sanar el contrato anulable antes de que la acción de anulabilidad prescriba. El medio utilizado para subsanar el contrato anulable se denomina **confirmación, convalidación o ratificación** (LASARTE).

b) *Requisitos de la confirmación*.-

1º.- Que se haga la confirmación por la persona que podría ejercitar la acción de nulidad (por ejemplo, el menor, el otro cónyuge, la persona que haya sufrido el error o la violencia, o los herederos o representantes legítimos de éstos). Según el Código, «la confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad» (art. 1.312).

2º.- Que se haga con conocimiento del vicio del contrato

3º.- Que el vicio o causa de la nulidad haya desaparecido, pues, en otro caso, el acto de la confirmación adolecería del mismo defecto que el que se trataba de subsanar

El Código civil sólo habla de estos dos últimos requisitos a propósito de la confirmación tácita (art. 1.311, párrafo segundo), pero no hay inconveniente en darles carácter general.

c) *Formas de la confirmación*.

La confirmación puede ser expresa o tácita. Según el Código «se entenderá que hay **confirmación tácita** cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique, necesariamente, la voluntad de renunciarlas» (artículo 1.311).

La **confirmación expresa** es una mera declaración de voluntad para la que no se exige ninguna forma determinada (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN) Manifestaciones de la confirmación tácita pueden ser.: el simple otorgamiento de la escritura (cuando se haga habiendo cesado la causa de la nulidad) o la ejecución de lo convenido (CASTÁN).

d) *Efectos de la confirmación*.

La confirmación produce los siguientes efectos:

1º.- Extinguir la acción de nulidad (art. 1.309)

2º.- Convalidar retroactivamente el contrato anulable. «La confirmación -dice el art. 1.313- purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración». Así pues los efectos producidos por el contrato se convierten en definitivos. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

## § 4.- LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS.

### 4.1.- *Concepto*

Al lado de los negocios nulos y los negocios anulables, el CC considera como supuesto general de ineficacia de los contratos el de la **rescisión**. Para DE CASTRO, el negocio rescindible es un negocio validamente celebrado, pero que produciendo perjuicio para una de las partes o a un tercero (perjuicio que la ley considera especialmente injusto, y para el que no hay otro recurso legal de obtener su reparación), podrá ser declarado ineficaz o (o reducida su



eficacia) a petición del perjudicado. (art. 1.290) que excepcionalmente puede ser privado de su eficacia (art. 1.294) en virtud de un perjuicio que se sufre.

Como advierte DÍEZ-PICAZO, nuestro CC ha establecido dos regímenes jurídicos distintos: uno para la anulación (arts. 1.300 a 1.314) y otro para la rescisión (arts. 1.290 a 1.299).

Entra la anulación y la rescisión cabe señalar las siguientes diferencias:

1º.-La anulabilidad obedece a la existencia de un defecto en la celebración del contrato (de contratos que adolezcan de algún vicio habla el art. 1.300); en cambio, la rescisión se aplica a «contratos validamente celebrados» (art. 1.295) y obedece, no a la irregularidad de la formación del contrato, sino al hecho de que el contrato regularmente celebrado contribuye a obtener un resultado injusto, inicuo o contrario a derecho: produce un fraude de acreedores o una lesión.

2º.-La acción de rescisión es subsidiaria. Según el art. 1.294, sólo puede ejercitarse cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio sufrido.

La rescisión, añade GULLON BALLESTEROS, supone un remedio jurídico *in extremis* que quizá tenga su origen en razones de humanidad y piedad. La rescisión es la ineficacia sobrevenida de un negocio jurídico, al cual no le falta ningún requisito de validez. No adolece de ningún vicio o defecto que lo haga inválido, pero produce un perjuicio que únicamente puede ser reparado acudiendo a producir su ineficacia.

En vez de hablar de ineficacia sobrevenida, Díez-Picazo prefiere utilizar el término ineficacia funcional. Para dicho civilista, es posible emplear las expresiones de ineficacia estructural y de ineficacia funcional; pues bien, la rescisión es una eficacia funcional.

La rescisión, según DE CASTRO es, como la anulabilidad una figura de ineficacia en la que el ejercicio de la acción impugnatoria se deja en poder de la persona protegida; pero que a diferencia de la anulabilidad, no deriva de un vicio del negocio, ni viene a declarar la existencia de éste, sino que se limita a ser un remedio *in extremis* arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio que se estima especialmente injusto. Así pues se puede concluir, que el negocio rescindible es un negocio validamente celebrado, pero que produciendo perjuicio a una de las partes o a un tercero, podrá ser declarado ineficaz a petición del perjudicado.

#### **4.2. Supuestos de rescisión.**

La rescisión -según GULLON- solo produce la ineficacia de los contratos en los supuestos enumerados taxativamente por la ley (arts. 1.290 y 1.291.). El carácter de remedio excepcional que ofrece la rescisión de los contratos aparece claramente señalado en el citado art. 1.290, al declarar que «los contratos validamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley»

Las causas de rescisión establecidas por el Código civil pueden agruparse en tres:

##### **1. Rescisión por lesión, en sentido estricto, comprende:**

1º) «Los contratos que pudieran celebrar los *tutores sin autorización judicial*, 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» (art. 1.291-1º).

2) Los contratos celebrados en representación de los ausentes, siempre que éstos hayan

sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas (art. 1.291-2º), y no se haya celebrado el contrato con autorización judicial (art. 1.296).

3) Las particiones de herencia, siempre que la lesión sea en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas (art. 1.074).

Fuera de los casos indicados, ningún contrato se rescindirá por lesión (art. 1.293).

## 2. Rescisión por fraude.-

a) Los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba (art. 1.291, núm. 3. ).

El fraude se presume, según el Código, en las enajenaciones gratuitas, siempre, y en las onerosas, cuando se trate de bienes obligados judicialmente (art. 1.297).

b) 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 (art. 1.291-4º).

c) Los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos (art. 1.292), como sucedería, por ejemplo, en obligaciones bajo condición suspensiva o a plazo.

## 3. Rescisión por otros motivos legales.-

El artículo 1.291 hace referencia a cualesquiera otros casos en que especialmente determine la ley la rescisión. El Código habla de rescisión en diversos artículos, por ejemplo, en el 1.476 (error en la cabida o calidad del inmueble vendido), en el 1.479 (evicción de parte de la cosa vendida), en el 1.483 (gravámenes ocultos de la finca vendida) y en el 1.486 (vicios ocultos).

### **4.3. *La acción rescisoria.***

*1.- Legitimación activa.*- Pueden ejercitar la acción rescisoria: a) EL perjudicado, o sea, el lesionado en los casos de rescisión por lesión, el acreedor defraudado en los de rescisión por fraude, y los demás a quienes competa en cada uno de los casos particulares. b) Sus representantes. c) Sus herederos o causahabientes. d) Los acreedores, por virtud de la acción subrogatoria que les concede el artículo 1.111.

Puede ejercitarse la acción: a) Contra el causante del perjuicio y sus herederos o causahabientes. b) Contra los terceros que hubiesen adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores.

*2. Condiciones de ejercicio.*-Tres condiciones exige el Código para el ejercicio de la acción rescisoria:

1º.- Que el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (art. 1.294).

2º.- Que el perjudicado pueda devolver aquello a que por su parte estuviera obligado (art. 1.295-1).

3º.- Que las cosas objeto del contrato no se hallen legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe (art. 1.295-2º); pero en este caso puede reclamarse la

indemnización de perjuicios al causante de la lesión (art. 1295)

### 3.- *Plazo de duración.*

El Código establece un período de cuatro años (art. 1.299, apartado 1º), que es el mismo que señala para las acciones de nulidad. Para algunos casos especiales, que con más o menos propiedad califica el Código de rescisiones, marca plazos distintos (recuérdese, por ejemplo, el de seis meses que fijan, para los casos de error en la cabida o defectos ocultos de la cosa vendida, los artículos 1.472 y 1.490). Cuando se trate de rescisión, contra tercero, de enajenaciones fraudulentas de bienes inmuebles inscritos en el Registro, rige el mismo plazo de cuatro años, según el párrafo último del artículo 37 de la ley Hipotecaria. (CASTÁN)

El plazo de cuatro años no- empezará a contarse, para las personas sujetas a tutela y para los ausentes, sino cuando haya cesado la incapacidad de los primeros, o sea conocido el domicilio de los segundos (art. 1.299, apartado 2.o). En los demás casos, empezará a correr el plazo desde la celebración del contrato.

4.- *Efectos de la rescisión.*- El **efecto principal** de la acción rescisoria es destruir todas las consecuencias del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tenía cuando aquél se celebró. El artículo 1.295 dice que «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses».

Como **efecto subsidiario**, para el caso de que no sea posible la devolución de las cosas (por ejemplo, por haber pasado a poder de tercero, que las adquirió de buena fe), establece el Código la indemnización de daños y perjuicios. «El que hubiese adquirido de mala fe -dice el artículo 1.298- las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiere ocasionado, siempre que, por cualquier causa, le fuera imposible devolverlas.»

## § 5.- LA REVISIÓN DE LOS CONTRATOS.

### 5.1. *La variación individual de las circunstancias.*

De acuerdo con la regla «*pacta sunt servanda*» del art.1.091; las obligaciones que genera el contrato deben cumplirse porque así lo convinieron de forma expresa las partes; pero esta máxima debe ser completada por lo dispuesto en el art. 1.258 CC, de tal manera que los contratantes también deberán cumplir con todas aquellas consecuencias (obligaciones) que a pesar de no haber sido aceptadas explícitamente por ellos, sin embargo, atendiendo a la naturaleza del contrato son conformes a la **buena fe**. De acuerdo con la **buena fe**, el contrato también debe ser cumplido incluso si, después de celebrado, se producen alteraciones en las circunstancias que sirvieron de base al contrato, tales que resulta más difícil u onerosa la ejecución de lo pactado para alguno de los contratantes.

Pues aun cuando las partes celebren el contrato en el marco de una serie de datos y circunstancias cuya persistencia en el futuro presuponen y sin la cual acaso no harían la oferta o no la aceptarían; con todo, aun entonces, el mero cambio de tales circunstancias no basta para dejar sin vigencia los pactos convenidos; cada contratante, al consentirlas, ha asumido el riesgo de una alteración de aquéllas, contra el cual habría podido precaverse y en cambio no lo ha hecho.

(Ej. Si se arrienda para veinte años una casa, a razón de una renta mensual de 300 €, es previsible que si no se tiene tuvo la precaución de insertar en el contrato una cláusula de estabilización o de revisión de la renta, que dentro de pocos años se estará sufriendo un

perjuicio como consecuencia de la depreciación de la moneda)

En principio, el ordenamiento, únicamente excusa de cumplir el contrato y exime de responsabilidad al obligado ante la **imposibilidad sobrevenida de la prestación**: la que el Cc. llama «pérdida de la cosa debida» (art. 1.183) o imposibilidad del hecho prometido (art. 1.185), y solamente cuando no medie culpa del deudor.

No obstante, en ciertos eventos en los que el cambio de las circunstancias es de tal entidad que altera sustancialmente el marco en el que previsiblemente había de operar el contrato y los efectos que había de producir según el designio de las partes, no parece justo que el cumplimiento deba seguir practicándose a la letra, o, incluso, a veces, que persista el deber de cumplir.

**La alteración general de las circunstancias.** Al lado del cambio del entorno concreto y personal en cuya contemplación predispusieron las partes el contenido de las prestaciones y la forma de realizarlas, surge otro más amplio y común, cual es el de la suerte que han de correr todos los **contratos a largo plazo** cuando las **circunstancias** en cuyo marco se contrató, influyentes sobre la ejecución de las obligaciones asumidas, **cambian de modo general por causas fortuitas y en una medida imprevisible.**

LACRUZ propone el siguiente ejemplo: , un proveedor que hubiera prometido poco antes de la primera guerra mundial, es decir, en un momento de gran estabilidad económica, entregar determinadas mercancías en un plazo de varios años mediante cierta cantidad de dinero, no podía prever la guerra, la inflación y la depreciación monetaria, determinando un alza inaudita de precios; y este alea anormal e imprevisible planteó la cuestión de saber si era equitativo mantener el contrato o bien se imponía resolverlo o atemperarlo a los nuevos módulos económicos, para que las obligaciones nacidas del contrato recobrasen la originaria reciprocidad que habían perdido.

## **5.2. La regla «*rebus sic stantibus*»**

Si bien el Código guarda silencio al respecto la doctrina y la jurisprudencia consideran posible la modificación o resolución de los contratos por alteración de las circunstancias, acudiendo para ello a diversas teorías:

Entre ellas la que ha sido aceptada por el T.S. es la de la llamada cláusula «***rebus sic stantibus***» de tal forma que afirma que cuando se concluye un contrato cuyo desarrollo se prolonga durante un largo período de tiempo, se sobreentiende que los contratantes pactan teniendo en cuenta las circunstancias del momento en que fue concertado o aquellas que podían prever normalmente, siendo la persistencia de tales circunstancias, en particular las económicas, condición tácita del mantenimiento en vigor del contrato.

La STS de 15 de Marzo de 1.994, (R.J.A. 1.784) establece que : « La teoría sobre la llamada **cláusula «*rebus sic stantibus*»** recogida, con abundante cita jurisprudencial, en la Sentencia de 6 noviembre 1992 (RJ 1992, 9226) según la cual «tanto por la aplicación de la implícita *cláusula rebus sic stantibus*, como por la *teoría de la quiebra o desaparición de la base del negocio o de la equivalencia de las prestaciones*, cabe la posibilidad de que, aunque **en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración** que ello puede suponer del **principio «*pacta sunt servanda*»** y del de **seguridad jurídica**, pueda el órgano jurisdiccional atendidas las circunstancias particulares de cada caso concreto, **llevar a efecto una modificación** (no la extinción o resolución) **del vínculo obligacional por defecto o alteración de la base negocial y haber sido roto el equilibrio de las prestaciones»**

La STS 27 mayo 2002 (RJA 2002/4573) establece que: «esta cláusula de «rebus sic stantibus» para que pueda estimarse como sobreentendida en ciertos contratos, fundamentalmente en los de ejecución sucesiva en los que por el transcurso del tiempo puedan variar las condiciones de hecho tenidas en cuenta para contratar, no está recogida en nuestro ordenamiento civil, aunque entiende que puede ser apreciada por los Tribunales, siempre que se den circunstancias determinadas como ya señalaba la Sentencia de 12 de junio de 1956 (criterio que se mantiene en sentencias más recientes como la de 15 noviembre 000 [RJ 2000, 9214]) para que se pueda pedir la **revisión o resolución** o hasta la **suspensión** de los contratos, a saber, que se trate de una **alteración de los supuestos básicos del contrato**, completamente extraordinaria, que origine una **desproporción inusitada** entre las recíprocas prestaciones de las partes y que no pudieron prever al contratar.

Requisitos que exige la Jurisprudencia (misma STS):

- a) alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
- b) una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio de las prestaciones.
- c) que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles.

Efectos que produce la cláusula: la Jurisprudencia admite **la revisión o resolución o hasta la suspensión de los contratos** (STS 27 mayo 2002 (RJA, 4573).

## Tema 7

# CONTRATOS SIMULADOS, FIDUCIARIOS, INDIRECTOS Y FRAUDULENTOS

§ 1. Anomalías contractuales.

§ 2. Contratos simulados.

§ 3. El negocio fiduciario.

§ 4. Contratos indirectos.

§ 5. Contratos fraudulentos.

### § 1. ANOMALÍAS CONTRACTUALES.

Para PUIG BRUTAU **anomalías contractuales** son aquellas situaciones en las que un negocio jurídico adaptado normalmente a situaciones determinadas, se utiliza para finalidades diferentes, lográndose unos efectos directamente queridos, pero indirectamente buscados. En estos **contratos**, también denominados **anómalos**, la causa, entendida como la finalidad objetiva y económica de cada tipo contractual, resulta alterada por las partes. (DE PABLO CONTRERAS).

La compraventa es el prototipo de contrato oneroso, y aunque el Código civil no exige que el precio sea justo, no hay duda que ha de representar una efectiva contraprestación de valores y una ventaja comparable para una y otra parte. Sin embargo, en ocasiones la compraventa se utiliza como medio para alcanzar el resultado de una donación: este es el caso en que una persona como liberalidad vende a otra una cosa por un precio inferior al normal; o a la inversa, cuando el comprador paga al vendedor un precio superior con la misma intención liberal. Ej. el padre que le compra a su hijo su coche valorado en medio millón de pesetas por cuatro millones, en realidad le está donando tres millones y medio de pesetas.

El utilizar unos cauces legales con el fin de obtener resultados que no son los que corresponden normalmente al medio empleado, **es admisible**, siempre que se actúe dentro los **límites de la autonomía de la voluntad** (art. 1.255), es decir siempre que no se infrinjan normas imperativas o no se cometa un fraude de ley (PUIG BRUTAU).

Para DE CASTRO estas **anomalías contractuales**, al ser utilizadas reiteradamente en el tráfico jurídico, han alcanzado cierta **tipicidad social**, habiéndose adquirido la costumbre de hablar de *contratos simulados, fiduciarios, indirectos y en fraude de ley*. Todas estas expresiones no corresponden a verdaderos tipos o figuras de contratos, ya que con ellos no se atiende a una finalidad específica y regulada como tal por el Derecho. Adolecen de una deformación que puede afectar a los más variados tipos de negocios, y si bien los **negocios** que pueden ser encajados dentro de una determinada figura contractual **son excluyentes entre sí** (un contrato o es una compraventa o es una donación pero nunca las dos cosas al mismo tiempo), sin embargo las **diferentes anomalías contractuales** pueden **recaer sobre un mismo negocio** (que podrá ser fiduciario e indirecto al mismo tiempo) porque son anomalías que no se excluyen entre sí.

## § 2. CONTRATOS SIMULADOS

### 2.1.- *Concepto.*

La **simulación** es un caso de *divergencia entre lo declarado y lo querido*; pero, a diferencia de lo que sucede con la reserva mental, en la simulación **la** divergencia no está entre lo que una parte ha querido y lo que, en cambio, ha declarado a la otra, sino que *en los contratos simulados los contratantes están perfectamente de acuerdo entre sí, precisamente para producir una apariencia frente a terceros*. Existe un acuerdo para simular y por ello la **causa del contrato simulado es falsa**, por ser meramente aparente. La **causa verdadera** y concreta de la simulación está en este **acuerdo para simular** (PUIG BRUTAU).

La simulación tiene lugar, dice LUNA SERRANO, cuando hay una divergencia entre lo que las partes contratantes declaran externamente y lo que quieren y se declaran secretamente entre ellas. La discrepancia, en lugar de existir entre la voluntad y la declaración, en realidad se produce entre una declaración externa y una declaración interna y secreta de las partes contratantes, también llamada **contradecларación**, que éstas desean que sea válida y eficaz entre ellas.

### 2.2. *Clases de simulación.*

El Código civil no regula la simulación del contrato con esta denominación; pero el **artículo 1.276** dispone: «La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita.». Lo que permite afirmar que **contratos simulados** son los que tienen una causa falsa, en el sentido de fingida, que permite crear la apariencia de contrato. Del mismo precepto resultan las dos clases de **simulación**: la **absoluta** y la **relativa**:

En la **simulación absoluta** las partes se han puesto de acuerdo para crear la mera apariencia de contrato, sin que se modifique la situación jurídica anterior. Para ello las partes las partes fingen celebrar un contrato, pero en realidad quieren que sólo sea una apariencia frente a terceros permaneciendo inalterada la situación jurídica anterior. En este caso al no haber más que simulación, se dice que ésta es absoluta o como dice DE CASTRO *nuda simulatio*.

Ej.- Un supuesto de simulación absoluta es cuando el vendedor, para defraudar a sus acreedores, aparenta vender su casa a un tercero, a pesar de que quiere seguir y sigue siendo dueño de la cosa que finge enajenar. Por ello, demostrada la falsedad de la causa, el contrato será declarado radicalmente nulo y desaparecerá lo que no era más que una apariencia de contrato.

La **simulación relativa**, consiste en que las partes fingen celebrar un contrato destinado a ocultar otro contrato diferente. La simulación es relativa porque por debajo del contrato **simulado** existe otro contrato, **oculto o disimulado**, pero verdadero que es el que las partes verdaderamente han querido celebrar.

Ej. El padre que quiere favorecer a un hijo, frente a los demás, simula que le ha vendido unas fincas, llegando incluso a otorgar escritura pública, así de este modo logra sortear las disposiciones del CC sobre la legítima de los herederos. **En realidad, el padre ha donado las fincas a su hijo puesto que aquel no ha pagado nada por ellas. Descubierta la simulación relativa el Juez determinará la nulidad de la compraventa y la validez del negocio oculto, la donación.**

### 2.3. *Efectos de la declaración de la simulación.*

A) La declaración de simulación absoluta. Según RUIZ SIERRAMALERA la simulación absoluta, supone la creación de una apariencia de negocio ocultando la ausencia total de **causa**. Si bien hacia el exterior se muestra la existencia formal de un negocio, en realidad, no existe ninguno por faltar este elemento esencial del contrato, lo que supone su nulidad absoluta. Aunque en un principio el engaño pueda producir los efectos deseados, descubierta la anomalía del negocio se descubre también el vacío sobre el que está construido (no hay causa, no hay negocio, no hay relación jurídica).

La declaración de la **simulación absoluta** por el Juez implica que se declare la **inexistencia o nulidad del negocio, por carencia o falsedad de causa** ( Arts. 1.261 y 1.275 CC): «Los contratos **sin causa, o con causa ilícita**, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

Para DE CASTRO, el **contrato nulo por simulación absoluta** no puede sanarse por cumplimiento, confirmación o convalidación, y tampoco puede ser objeto de novación, delegación o cesión. Todo ello sin perjuicio de que si las partes han obrado por una finalidad ilícita, puedan haber incurrido en responsabilidad Civil o incluso penal; y que si por la apariencia creada, alguien ha confiado en ella de buena fe y ha realizado una adquisición a título oneroso, su adquisición deba ser respetada.

B) La declaración de simulación relativa. Afirma el profesor DE CASTRO que la simulación relativa es una figura jurídica mucho más compleja (*simulatio non nuda*) que la simulación absoluta. En este caso no sólo se ha de tener en cuenta el negocio simulado y el acuerdo sobre el encubrimiento sino también el negocio jurídico ocultado. El CC regula la simulación relativa como una anomalía de la causa en el art. 1.276, cuando dice que: «*La expresión de una **causa falsa** en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita* »

La jurisprudencia del TS ha dejado sentado que declarada la simulación (relativa), el **contrato disimulado u oculto podrá subsistir** si reúne los requisitos necesarios para su validez y eficacia; por el contrario el **contrato simulado ha de quedar eliminado** por no ser más que una cobertura que oculta el contrato verdadero y disimulado (DE CASTRO).

No obstante, el contrato simulado deberá ser tenido en cuenta para conocer datos que tal vez no consten en el contrato disimulado (por ejemplo, fecha, partes que intervienen, condiciones, etc.). Además, no cabe descartar que alguien haya podido adquirir derechos por negociación onerosa y de buena fe a base de la apariencia del contrato simulado, como sucede en la misma simulación absoluta.

En todo caso, *para declarar la validez del contrato oculto a disimulado será necesario comprobar que reúne los requisitos que exige la ley*, sin que sus defectos puedan suplirse con base de requisitos que únicamente se refieran al contrato aparente o simulado.

En este sentido la compraventa simulada de cosa inmueble, otorgada en escritura pública, podrá ser válida como donación, si se cumplen los requisitos del artículo 633 del Código civil, que no sólo exige escritura pública, sino además los siguientes requisitos: expresarse en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, y hacer constar que se acepta en la misma escritura de donación o en otra separada.

#### **2.4. El acuerdo simulatorio y el contradocumento.**

El acuerdo simulatorio, dice LUNA SERRANO, es la **base de la simulación** porque las



partes han debido ponerse de acuerdo para manifestar la voluntad configuradora del contrato aparente o ficticio y, al mismo tiempo, dejar convenido que lo aparentado no obliga a nada (simulación absoluta) o que lo que han querido es un contrato diferente del simulado (simulación relativa).

Este acuerdo generalmente se hace constar en *documento privado*, llamado **contradocumento o contradecларación**. Por ello ha de tenerse especialmente en cuenta lo que dispone el artículo 1.230 de nuestro Código civil: «*Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública no producen efecto contra tercero*». Si el contradocumento constase en escritura pública, se tendría en cuenta lo que establece el art. 1.219: «*Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados sólo producirán efectos contra tercero cuando el contenido de aquellas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero*». Dice DE CASTRO que el art. 1.230 de nuestro vigente Código reduce el significado del precepto al ámbito de la prueba, aparte de que, en el art. 1.219, señala el valor que tiene como prueba la escritura hecha para desvirtuar otra anterior.

### **2.5. Ejercicio de la acción de simulación.**

La **acción** fundada en la **simulación** de un contrato es una **acción declarativa** que puede dejar abierto el paso a algunas acciones complementarias de condena. En el supuesto de una **simulación absoluta**, la acción se dirigirá a obtener la declaración de que el contrato aparente no existe por falta de causa (art. 1.275 CC). Si la **simulación es relativa**, la acción se dirigirá, en primer lugar, a obtener la declaración de la falsedad del contrato aparente o simulado, y en segundo lugar, aunque simultáneamente, a la declaración de que existe otro contrato, oculto o disimulado, cuya validez o nulidad deberá quedar establecida en la sentencia (art. 1.276 CC).

En ambos supuestos también cabe solicitar que se condene al demandado a restituir las cosas al estado anterior a la simulación.

Están *legitimados activamente* para ejercitar la acción de simulación no sólo los mismos contratantes que la han causado y sus herederos, sino también los afectados por ella; es decir, los que sufren un perjuicio o dejan de tener un beneficio conforme a un derecho ya adquirido (LUNA SERRANO).

Prescripción.- Para PUIG BRUTAU, como quiera que en la **simulación absoluta** sólo se ha creado una apariencia y los autores precisamente han querido que no se modifique la situación real, la acción encaminada a que esta ocultación de la realidad desaparezca no puede prescribir, pues, como se dice, de la nada no puede surgir nada (*ex nihilo nihil*), por lo tanto el régimen será el mismo que el de la **nulidad**: la acción será imprescriptible.

En el caso de **simulación relativa**, al existir otra realidad debajo de la simulada, el negocio disimulado o verdadero tiene existencia legal y le alcanzan por lo tanto las reglas sobre la prescripción extintiva. Aquellas reglas no afectando por el contrario al contrato aparente o simulado, sino al verdadero y disimulado.

### **2.6. Prueba de la simulación.**

La carga de la prueba de la simulación incumbe al demandante (art. 217 LEC). En el caso de que éste sea una de los partícipes de la simulación, si ambos contratantes han hecho constar la realidad del acuerdo simulatorio en un documento con la contradecларación correspondiente, la prueba habrá quedado facilitada, incluso tratándose de un documento

privado (art. 1.225 y ss. CC). Si sólo existe la escritura pública de otorgamiento del contrato simulado, existirá la dificultad de desvirtuar la eficacia que atribuye a los documentos públicos el art. 1.218 CC Pero, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, la fe notarial hace prueba (mientras no se haya desvirtuado por falsedad) de que los otorgantes hicieron las manifestaciones que constan en el documento, pero no de que ellas correspondan a la verdad.

Si falta la contradecларación o la acción es ejercitada por terceros, será necesario acudir a los demás medios de prueba admitidos en Derecho.

### § 3.- EL NEGOCIO FIDUCIARIO.

#### 3.1. Concepto.

Etimológicamente la expresión fiducia proviene del latín y significa confianza. Los **contratos fiduciarios** son aquellos en los que uno de los contratantes, el fiduciante, realiza una **atribución de una cosa o de un derecho** a favor del otro (fiduciario), para que éste utilice el derecho adquirido para una **finalidad de garantía o de administración** para la que en realidad no hace falta esta transmisión definitiva. Mediante el denominado **pacto de fiducia**, el adquirente, una vez cumplida dicha finalidad. se obliga a retransmitir la cosa o derecho adquirido al enajenante o a un tercero (PUIG BRUTAU).

El **contrato fiduciario**, según ROCA SASTRE, es el resultado de la **combinación de dos negocios distintos**, con una finalidad económica unitaria:

A) *Un negocio de transmisión plena del dominio*, eficaz *erga omnes* que supone la transferencia de la propiedad **de una cosa** o de un derecho.

B) *Un negocio obligacional*, impuesto al adquirente (pactum fiduciae) que obliga a este a comportarse en el fondo como un comisionista, mandatario, depositario, etc. y además quedando obligado a retransmitir al fiduciante o a otra persona la cosa adquirida y entre tanto a conservarla y custodiarla.

En parecidos términos se manifiestan las STS de 7 de junio de 2002 (RJA 2002/4875) y de 16 julio 2001 (RJA 2001,5226)

Hasta no hace muchos años la doctrina del TS había venido manteniendo la «teoría del doble efecto» de la fiducia (STS 25 mayo 1944) que suponía que el fiduciario se convertía en propietario de la cosa o derecho que se le había transmitido (efecto real) si bien con la obligación de restituir la propiedad al fiduciante una vez cumplida la finalidad para la cual le fueron entregados (efecto obligacional). Ej. En el caso de una fiducia cum creditore se convertía en propietario si no se cumplía la obligación garantizada.

Hoy en día aquella teoría ha sido suavizada en el sentido de que la **titularidad** que recibe el **fiduciario es meramente formal**, y en tránsito hacia el fiduciante. Es decir que el fiduciario, si bien puede retener la cosa hasta que se alcance la finalidad pactada, no puede disponer de la cosa como dueño, y por lo tanto no la puede usucapir y responde frente al fiduciante de la restitución. Cumplida la finalidad prevista, el fiduciante tiene acción real frente al fiduciario para obtener la restitución (DE PABLO CONTRERAS).

#### 3.2. Clases.

Los negocios fiduciarios presentan dos modalidades:

a) La denominada **«fiducia cum creditore»**, responde al esquema de «fiducia-garantía» y se realiza en provecho del propio fiduciante, éste por lo general transmite la propiedad de una

cosa al fiduciario para garantizarle el pago de una deuda. Con la obligación de reintegrar la cosa (pacto de fiducia) una vez que la deuda garantizada haya sido pagada.

b) El otro supuesto es la denominada «*fiducia cum amico*» y responde al modelo «fiducia-gestión», consiste en un negocio de confianza que se contrae en beneficio ajeno. En este supuesto la transmisión del bien o derecho se efectúa con objeto de facilitar la actuación de quien obra por cuenta del que encarga una gestión. Una vez realizada la misión hay que dar cuenta de la gestión y entregar lo cobrado (RUIZ SIERRAMALERA).

Ej: El titular de una letra de cambio (fiduciante) se la endosa a otro (fiduciario) para que la cobre. El poseedor de unas acciones las cede a un experto para que intervenga en la junta general de accionistas. El dueño de un bien lo transmite a un agente para que pueda venderlo directamente. El dueño de un bien transmite su titularidad para evitar que lo confisquen. Se transmite un derecho de crédito para evitar la concesión de un poder.

### 3.3. Regulación.

El **contrato fiduciario** no aparece regulado en el Código Civil si bien la doctrina y la jurisprudencia reconocen su existencia al amparo del art. 1255.

En la STS de 8 marzo 1963, que establece los contornos de clase de contratos partiendo del siguiente supuesto de hecho: «Un matrimonio presta al comprador de una finca la cantidad necesaria para adquirirla, pero a fin de asegurar la restitución de la cantidad por ellos prestada, se otorga la escritura de compra a favor de la esposa prestamista, comprometiéndose el matrimonio a otorgar a favor del demandante la correspondiente escritura de "venta" una vez cancelada la deuda»

#### ACTUALIZAR SSTS

a) El **pacto de fiducia** con el acreedor no está específicamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, pero puede enmarcarse dentro del amplio criterio de libertad de contratación mantenido por el art. 1.255 del Código civil.

b) Esta fiducia con el acreedor consiste en el contrato en virtud del que una persona (fiduciante) **transmite la propiedad formal** de un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario), para garantizarle el pago de una deuda **(o realizar una gestión)**, con la obligación, por parte de éste, de retransmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido (pactum fiduciae).

c) Por ello ha de entenderse que **no se trata de un contrato ficticio**, aparente o relativamente simulado, sino **real y existente**, y querido por las partes contratantes, que lo elaboran mediante un acto formal complejo, **integrado por otros dos interdependientes** de finalidad unitaria, **uno de naturaleza real**, por el que se transmite el dominio, y **otro de carácter obligacional**, que constriñe a la devolución de lo adquirido cuando la obligación crediticia que el primero asegura se haya saldado, constituyendo en su conjunto un contrato causal, conforme al art. 1.274 del Código mencionado, en el que la *causa fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligacional responde.

### 3.4. Distinción entre simulación y fiducia.

La STS de 28 Oct. 1988 establece la diferencia entre los negocios fiduciarios y los simulados, cabe conceptuar a los primeros como aquellos en que: a) existe una **divergencia** entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un **efecto distinto** y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego; y a los segundos como aquellos otros en que concurren una **declaración de voluntad no real**, emitida conscientemente y con acuerdo de las partes para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio inexistente o distinto del verdaderamente

realizado. Partiendo del concepto indicado, es dable establecer como **diferencias esenciales** entre ambas clases de negocio las siguientes: a) el simulado es un negocio ficticio, no real, aunque, en algún caso, puede ocultar uno verdadero; el fiduciario es un negocio serio, querido con todas sus consecuencias jurídicas, aun sirviendo a una finalidad económica distinta de lo normal; b) el **simulado es un negocio simple, mientras que el otro es complejo**, al resultar de la combinación de dos negocios distintos, y c) el **simulado es absolutamente nulo**, sin llevar consigo transcendencia alguna de derecho, y el **fiduciario es válido**).

Para el Tribunal Supremo, en la **fiducia** no hay simulación, ni absoluta ni relativa, sino un contrato verdadero, que muchas veces es calificado de complejo o indirecto. Su rasgo peculiar está en que se emplea, en el contrato fiduciario, un medio superior (como la transmisión del derecho de propiedad), desproporcionado con la finalidad verdaderamente perseguida por las partes, que es cumplir determinado encargo, en el caso de fiducia con el amigo, o bien dar garantía a una obligación ya »

#### § 4.- CONTRATOS INDIRECTOS.

Según PUIG BRUTAU , el llamado **contrato indirecto** no es un tipo especial de contrato, sino la utilización de alguno de los contratos típicos conocidos con la intención de alcanzar un fin distinto del que le es peculiar. Las partes celebran un contrato típico, pero lo hacen para conseguir un resultado propio de otro contrato.

Para ALBALADEJO , el contrato indirecto no es un contrato simulado, porque nada se finge ni oculta. ni tampoco debe confundirse con el contrato fiduciario, aunque es frecuente la afirmación de que éstos son contratos indirectos.

El profesor GULLON utiliza como ejemplo de negocios indirectos:

a) la **donación indirecta**, en la que las partes, sin seguir el esquema formal de la donación, pretenden con el negocio empleado alcanzar el mismo fin (empobrecimiento del patrimonio del donante y enriquecimiento del donatario). Para ello se utiliza la denominada compraventa de favor. Así, por ejemplo, la compraventa con precio amistoso, en la que se acepta por las partes el esquema legal de la compraventa (cambio de cosa por precio), pero concluido de modo consciente en condiciones tan favorables para una de las partes, que a través del contrato oneroso de compraventa se consigue el efecto de la donación. Ej. Se vende un huerto de naranjos de una hectárea valorado en 50.000 € por sólo 1.000 € o el caso contrario de que se compre una casita de campo por 60.000 €.

b) la llamada **sociedad «de favor»**, en la que con el fin de que el dueño del capital se libere del principio de la responsabilidad universal (art. 1.911), se acude a la constitución de una sociedad (por lo general anónima) en la que figuran como socios, amigos, parientes o personas de su confianza (*testaferros*).

c) el **nombramiento de procurator in rem suam**, en el que se utiliza el esquema legal del mandato en beneficio, no del mandante, sino del mandatario. Ej.- Se trataría del caso en que el mandatario cobra una deuda del mandante, pero no para ingresarla en el patrimonio de éste, sino para imputar su pago a la que el deudor (mandante) tiene contraída con él. Se evita así acudir a la figura de la cesión del crédito. Generalmente se acompaña ese mandato con un pacto de irrevocabilidad el mismo, y dispensa de rendir cuenta. Ej. el mandante (A) encarga al mandatario (B), el cobro de una deuda que C mantiene con A; una vez cobrada se imputa al pago de otra deuda existente entre (A) y (B).

Para LACRUZ en los llamados «negocios indirectos» no nos hallamos ante una falta de causa, (que hubiera significado la nulidad del contrato) sino ante una sustitución-total o

parcial-de la misma. De tal forma que las reglas que se aplicarán al contrato en cuestión, dependerán, en cada caso, en lo no previsto por las partes, del resultado efectivamente perseguido.

Así pues si se utilizó un contrato de compraventa pero lo que se perseguía era realizar una donación, las reglas que se aplicarán serán las propias de esta última figura. Ej.- en una compraventa de favor de una motocicleta no cabrá aplicar las reglas del saneamiento por vicios ocultos propias de la compraventa.

En el contrato indirecto se ha de examinar si la alteración sufrida por los elementos del contrato típico adoptado para alcanzar el resultado secundario, permite eludir alguna norma imperativa de los contratos que naturalmente producen este otro efecto secundario. Si esto es así nos encontramos ante un fraude de ley, en cuyo caso de acuerdo con el art. 6.4. CC debe aplicarse la norma defraudada en cuestión. (LACRUZ).

## **§ 5. CONTRATOS FRAUDULENTOS.**

El contrato en fraude a la ley -dice PUIG BRUTAU- es una manifestación especial del fraude a la ley, que consiste en utilizar un tipo de contrato, o varios contratos combinados, para evitar la aplicación de normas dictadas para regular otro contrato, y precisamente aquel cuyo resultado las partes quieren alcanzar. En sustancia, se trata de hacer inaplicable en su letra una prohibición legal, recurriendo a un negocio jurídico o a una combinación de negocios que la ley en sí no reprueba, pero que conducen al resultado prohibido o a un resultado práctico semejante. No se viola la letra de la ley, pero se ofende su espíritu.

Como toda operación en fraude a la ley, el contrato que persigue esta finalidad consiste muchas veces en una duplicidad o pluralidad de actos, cada uno de los cuales, por si solo, nada tiene de anormal, pero cuya combinación revela que se trata de alcanzar lo que la ley impide hacer directamente. Es natural que lo que está vedado hacer directamente tampoco ha de poder lograrse por vía indirecta, si no se quiere dar un premio a la astucia dirigida a hacer fracasar la ordenación legal. Con independencia del procedimiento o combinación que se haya utilizado, su resultado ha de ser ineficaz, o ha de quedar sometido a las normas que verdaderamente le correspondan.

El Código civil tiene previsto y sancionado el fraude a la ley en el art. 6. 4º , al establecer que: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

Ha de tenerse en cuenta que si, según el art. 6.2, la exclusión voluntaria de la ley aplicable sólo podrá ser válida cuando no contraríe el interés o el orden público ni perjudique a terceros, no hay duda que la exclusión, en su caso, será improcedente tanto si se ha logrado de manera directa como indirecta.

Acerca de si el contrato fraudulento merece la sanción prevista por la ley con independencia de que los contratantes hayan tenido *ánimo de defraudar*, por tratarse de evitar el resultado objetivo, o se ha de exigir que concurra dicha ánimo, ha de reconocerse que sólo muy excepcionalmente ignorarán los contratantes el fin ilícito que persiguen. RODRÍGUEZ ADRADOS advierte que el texto legal art. 6-4 no ofrece dudas si se tiene en cuenta la Exposición de Motivos: «es reputada fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento».

## Tema 8: CLASES DE CONTRATOS

§ 1.- Clasificación de los contratos

§ 2.- La protección del consumidor en el ámbito contractual.

§ 3.- Las condiciones generales de la contratación

### § 1.- CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

#### *1.1. Contratos unilaterales y bilaterales.*

La bilateralidad o unilateralidad del contrato no se refiere al número de partes que intervienen en el mismo sino al de obligaciones que el contrato crea, así como a su estructura. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Desde este punto de vista, de acuerdo con los vínculos que producen, se clasifican en **unilaterales** y **bilaterales**.

a) Los **contratos unilaterales** sólo originan obligaciones para una de las partes contratantes. Ej. En la donación, contrato unilateral por excelencia, el único obligado es el donante que tiene que entregar la cosa al donatario. En la compraventa, por el contrario surgen obligaciones para ambas partes: el vendedor se obliga a entregar la cosa y el comprador el precio.

Son unilaterales los **contratos reales** y los **gratuitos**, en los primeros como la entrega de la cosa es requisito indispensable para su perfección, de ahí que sólo nazca obligación para quien recibe la cosa, de devolverla. En el caso de los **contratos gratuitos** la prestación que debe realizar una de las partes no es correspondida por la correlativa de la contraparte. (R. BERCOVITZ).

Son unilaterales la donación, el mandato gratuito, la fianza, el mutuo oneroso o gratuito, el comodato, el depósito y la renta vitalicia.

b) Los contratos **bilaterales o sinalagmáticos**<sup>2</sup> generan prestaciones recíprocas, o sea para ambas partes. Son bilaterales la gran mayoría de contratos, como la compraventa o el arrendamiento.

Señala ALBALADEJO que a los contratos bilaterales se les aplican reglas distintas a los unilaterales como son:

1) La posibilidad de solicitar la resolución del contrato por la parte que ha cumplido frente a la incumplidora. (art. 1124 Cc).

2) La posibilidad de oponer la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido), cuando la parte que no ha cumplido con su obligación pretende el cumplimiento de la contraparte.

C) Otra categoría son los **plurilaterales**, si bien para un sector doctrinal constituyen una subespecie de los bilaterales, en los que las prestaciones de cada una de las partes no se conciertan para obtener la correlativa contraprestación de la otra, sino que están **dirigidas a alcanzar un fin común**. En estos contratos cada parte adquiere derechos y obligaciones

---

<sup>2</sup>La expresión «sinalagma» proviene del griego y significa cambio. (MOSSET)

respecto a todos los demás (ASCARELLI). Ej. En el contrato de sociedad las aportaciones de los socios están dirigidas a obtener un beneficio común.

### **1.2. Contratos consensuales, reales y formales.**

Desde el **punto de vista de su perfección** los contratos pueden ser consensuales, reales y formales.

a) Son **contratos consensuales** aquellos que se perfeccionan por el mero consentimiento, con independencia de la forma en que este se otorgue (arts. 1254, 1.258 y 1.278 CC). Los contratos consensuales constituyen la regla general en nuestro ordenamiento jurídico. La compraventa es el paradigma de contrato consensual.

b) Los **contratos reales** para perfeccionarse, además del consentimiento, exigen la entrega de la cosa objeto del contrato (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). En el Código nos encontramos con los siguientes contratos reales: el mutuo o simple préstamo (1.753) y el comodato o préstamo de uso de una cosa (art. 1.740), el depósito (art. 1.758) y la prenda (art. 1.863).

En otro sentido, también se dice que son contratos reales (en contraposición a los contratos con eficacia meramente obligacional) aquellos cuyo efecto consiste en la constitución, transmisión, modificación o extinción de un derecho real (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Desde ese punto de vista amplio también serían contratos reales (cuando se acompañan del modo o tradición) los denominados contratos traslativos del dominio: la compraventa, la donación y la permuta.

b) Los **contratos formales**, como categoría diferenciada de los consensuales y los reales, son aquellos que se caracterizan porque para su plena constitución y eficacia precisan que el consentimiento se manifieste de una forma especial establecida por la ley o por pacto (escritura pública, documento privado, etc.). Este requisito de forma se eleva a la condición de elemento esencial del contrato, de modo que su inobservancia supondrá la nulidad del contrato. Estos contratos son excepciones a la regla general de perfección de los contratos por el simple consentimiento. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Son contratos formales: la hipoteca, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones de inmuebles, etc.

### **1.3. Onerosos y gratuitos**

Por su finalidad los contratos pueden ser **onerosos y gratuitos**.

**A ) Contratos onerosos.-** De acuerdo con el art. 1.274 son **onerosos** aquellos contratos en los que hay un **intercambio de prestaciones**. En ellos a cambio de la propia prestación u obligación, la contraparte entrega o promete otra (LACRUZ). En estos contratos el sacrificio patrimonial que realiza cada una de las partes se encuentra compensado o encuentra su equivalente en el correlativo sacrificio de la contraparte. Ej. En la compraventa, contrato oneroso por excelencia, el patrimonio del vendedor sufre una disminución como consecuencia de la entrega de la cosa vendida, este el empobrecimiento patrimonial, sin embargo, es compensado por la entrada en el mismo del precio percibido.

Los contratos onerosos se dividen en **conmutativos y aleatorios**:

Son **conmutativos**<sup>3</sup> aquellos en los que la relación de equivalencia de las prestaciones a cargo de ambas partes se encuentra fijada de antemano. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Ej. En la compraventa las partes han predeterminado fijado el precio y la cosa a entregar.

Son **aleatorios** (del latín *aleas*: suerte, azar) aquellos en los que la prestación de una de las

---

<sup>3</sup> La expresión *conmutativos* proviene de que las partes intercambian o conmutan valores análogos (BORDA)

partes no se encuentra predeterminada de antemano, puesto que depende de que tenga lugar o no un determinado evento, corriendo los contratantes con un riesgo de ganancia o pérdida. Son **negocios aleatorios** el *contrato de seguro, el juego y la apuesta y la renta vitalicia*.

**B) Son contratos gratuitos o lucrativos** aquellos en los que el beneficio obtenido por una de las partes no le exige acompañarlo por ningún sacrificio patrimonial. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). En este tipo de contratos una de las partes se propone proporcionar al otro una ventaja patrimonial sin obtener a cambio equivalente alguno (CASTÁN); de forma que una parte sufre un empobrecimiento que es correlativo con el enriquecimiento que experimenta la otra (LÓPEZ Y LÓPEZ).

La donación es el prototipo de contrato lucrativo (art. 618 cc), otros contratos gratuitos son el mandato (art. 1.711-1º) el comodato (art. 1.470-2º); el simple préstamo sin interés (art. 1.740-3º) y el depósito gratuito. (art. 1760).

Los contratos a título gratuito pueden agruparse en dos categorías; la primera tiene por objeto la donación *inter vivos*, la cual lleva consigo un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario. La segunda está integrada por toda una serie de contratos que están presididas por un ánimo de liberalidad, pero en las que no se observa ninguna disminución patrimonial para el bienhechor; este es el caso del comodato, préstamo sin interés, la fianza, el depósito gratuito (CASTÁN).

El art. 1.274 al enumerar las causas de los contratos menciona junto a los contratos onerosos y de pura beneficiencia (gratuitos) a los **remuneratorios**. Son contratos remuneratorios aquellos en los que las partes consienten en que lo dado o prometido lo es en remuneración de un servicio o beneficio ya prestado. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La donación **remuneratoria** a la que se refiere el artículo 619 CC realizada con el fin de recompensar al donatario por lo que esta proporcionó al donante sin contrapartida.

La STS 29 julio 2005 (RJA 6562 ) establece que: La donación remuneratoria se sitúa en la órbita de los gratuitos, pues cabe decir que si no hay liberalidad (o ánimo liberal) hay forzosamente onerosidad, en consideración a que si el servicio o beneficio diera lugar a deuda exigible, no cabría hablar de remuneración, sino de contraprestación y de carácter oneroso (art. 619 CC). Este precepto solo permite estimar una posición especial de este tipo de donaciones cuando el accipiens no puede reclamar, bien por carecer de acción, bien por haberla renunciado ( [SSTS 21 enero 1993 \[ RJ 1993, 481 \]](#) ; [9 de marzo de 1995 \[ RJ 1995, 2779 \]](#) ). Se trata ya de una remuneración, ya de un reconocimiento, como ocurre cuando los servicios no son susceptibles de evaluación o se traducen en un beneficio mucho más importante que el esfuerzo realizado por el prestador.

Los contratos onerosos, por norma general, suelen ser los bilaterales, y los gratuitos o lucrativos suelen ser unilaterales; no obstante esto no es siempre así, de forma que en el Código existen supuestos de contratos unilaterales onerosos, como sucede con el préstamo con interés o como la donación que impone una carga al donatario (LACRUZ).

#### **1.4. De ejecución inmediata y diferida.**

En relación al momento en el cual los contratos empiezan a producir sus efectos, cabe distinguir entre contratos de ejecución inmediata y diferida (MOSSET DE ITURRASPE).

Son contratos de **ejecución inmediata** o instantánea aquellos cuyos efectos se producen en el momento de su perfección. *Ej. Compraventa de gasolina en una estación de servicio.*



Son contratos **ejecución diferida** aquellos en los que, por decisión de las partes, los efectos se producen con posterioridad al momento de su perfección. Para ello se utiliza el denominado *plazo* que es un elemento accesorio al negocio jurídico que indica el momento del tiempo –*dies*-a partir del cual tiene inicio (término o plazo inicial) o fin la eficacia del negocio (término final). *Compraventa a plazos de un automóvil*.

### **1.5. De tracto único y tracto sucesivo o continuo.**

Son **contratos de tracto único** aquellos en que la ejecución es única o instantánea; lo comporta el cumplimiento de una sola vez (CASTÁN). No obstante estos contratos admiten una ejecución inmediata o diferida. (MOSSET DE ITURRASPE). Son contratos de tracto único la compraventa o de la permuta, lo que no impide que puedan someterse a plazo.

Son **contratos de tracto sucesivo**, o de cumplimiento continuado o periódico aquellos en los que la ejecución del mismo implica una cierta permanencia en el tiempo (CASTÁN); la ejecución se distribuye o reitera en el tiempo (MESSINEO). El tracto sucesivo puede comenzar con el perfeccionamiento del contrato o también puede diferirse en el tiempo sometiéndose a plazo (MOSSET DE ITURRASPE). Son contratos de tracto sucesivo la renta vitalicia, el arrendamiento y el depósito.

### **1.6. Contratos por negociación y por adhesión.**

Son **contratos por negociación o negociados** aquellos que han sido convenidos a través de una negociación, mantenida en una posición de relativa igualdad entre los contratantes. (PUIG BRUTAU).

Son **contratos de adhesión**, (o con *cláusulas predispuestas*), aquellos cuyo contenido ha sido redactado por una sola de las partes -el *predisponente*- (la parte contratante más fuerte) , de tal modo que la otra -el *adherente* - no participa en la elaboración de las condiciones del contrato, no puede discutirlos. El contratante más débil no tiene otra alternativa que adherirse al contrato que se le presenta o no contratar. (PUIG BRUTAU).

El contrato de adhesión puede haber sido predeterminado para un sólo contrato, o puede haber sido redactado para múltiples contratos; en este último supuesto, que es la norma general, nos encontramos ante el fenómeno denominado de **condiciones generales de la contratación**. Los contratos de adhesión son utilizados con frecuencia por las compañías de seguros, transportes, suministros de agua, gas y electricidad, bancos... y generalmente adoptan la forma de impresos, formularios, pólizas, etc.

En los contratos de adhesión quiebra el clásico concepto de contrato como resultado de un acuerdo de voluntades libremente pactado entre dos personas ya que una parte utiliza unilateralmente el proyecto y la otra, si quiere celebrarlo no tiene otra alternativa que aceptar el conjunto de condiciones que se le imponen.

Estos contratos son consecuencia de la denominada **contratación en masa** o en serie que a su vez es producto de la evolución social y económica. Este sistema de contratación proporciona a quienes lo utilizan una serie de *ventajas* como son la simplicidad y rapidez en la tramitación así como una mayor protección de los intereses de quienes los utilizan por tener unificados sus modelos de contratos. Entre los *inconvenientes*, está la redacción unilateral ,ya que el predisponente puede fortalecer su posición contractual imponiendo a la otra cláusulas que pueden ser graves para el equilibrio contractual.

### **1.7. Contratos típicos y atípicos.**

Por su regulación legal los contratos pueden ser típicos o atípicos:

A) Los contratos **típicos** o *nominados* son aquellos que tienen individualidad propia y poseen regulación legal específica en el Código o en las leyes especiales. Son contratos típicos, entre otros muchos, la compraventa (art. 1445 y ss CC), la donación (art. 618 y ss CC), el arrendamiento (arts. 1542 y ss).

El **contrato**, aún siendo **típico** y teniendo una regulación legal, también puede sufrir modificaciones o integraciones en su disciplina contractual, dentro del margen que permita la autonomía de la voluntad. Sin embargo, estas modificaciones introducidas por las partes no podrán traspasar el límite constituido por el respeto a la *causa* del contrato típico (LACRUZ). En el caso de que las modificaciones **se apartasen del** esquema o estructura legal propia del contrato típico el contrato devendría atípico (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

B) Los contratos **atípicos** o *innominados*, son los que carecen de regulación legal y por consiguiente se rigen por las normas generales de la contratación (CASTÁN). Los contratos atípicos son una manifestación de la autonomía de la voluntad (art. 1255), en cuya virtud las partes no utilizan un esquema típico y su correspondiente regulación legal, sino que **crean o inventan un nuevo tipo o esquema al que dotan de regulación** (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Como ejemplos de contratos atípicos tenemos el corretaje, el precario, el de garaje, el de aparcamiento (antes de la **Ley 40/2002**, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos), el de aportación de solar a cambio de vivienda a construir, el leasing.

La **STS 14 julio 2005 [RJA 9617]**, se refiere al contrato atípico de «handling» que: «consiste en la facilitación por parte de la compañía asistente de los servicios de esta naturaleza relativos al mantenimiento en tierra de las aeronaves que aterrizan en los aeropuertos, con inclusión de los referentes a la limpieza de los aviones, descarga de equipajes, labores de avituallamiento y repostaje, etc ».

**B.1.- La creación de contratos atípicos.-** Los contratantes pueden utilizar las siguientes **vías para crear contratos atípicos** (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN):

a) Utilizando los esquemas existentes correspondientes a un contrato típico, si bien introducen nuevas prestaciones o pactos que los desnaturalizan, siendo utilizados para fines diversos a los previstos inicialmente por el legislador. (Ej. El contrato atípico de aportación de solar a cambio de locales y viviendas puede asimilarse a la permuta con prestación y es subsumible por analogía al art. 1538 CC. (STS 22 oct 1996).

b) Combinando dos o más esquemas contractuales pertenecientes a contratos típicos. Estos serían los denominados contratos atípicos mixtos. Ej. Este es el caso del contrato de leasing, del la STS 14 noviembre 2004 (RJA 2004,8038) dice: «**ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial**»

**B.2.- El régimen jurídico de los contratos atípicos.-** El contrato atípico una vez creado presenta el problema de su **regulación legal**. Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN el contrato atípico está regulado:

a) Por el **art. 1255 cc**, tanto en lo relativo a la permisividad de su creación, como en lo

referente a las limitaciones de la autonomía de la voluntad, en especial las leyes imperativas y en concreto las **normas generales de los contratos** (arts. 1261 a 1.277). Al aplicarse las normas general de la contratación, que tienen carácter imperativo, se está afirmando que los contratos atípicos han de tener la misma estructura básica - consentimiento, objeto y causa- (art. 1.261) que los contratos típicos.

b) El contrato atípico, igual que el contrato típico no sólo está regulado por lo expresamente pactado por las partes ( **art. 1091 CC**), puesto que en lo no previsto por los contratantes el contrato también se regirá por aquellas consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (**art. 1.258 CC**).

El principal problema que plantea el contrato atípico en cuanto a su regulación, es cuando ha tomado prestado elementos propios de distintos contratos típicos. La doctrina ha intentado resolverlo elaborando tres teorías al respecto (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN) :

a) *Teoría de la absorción*. Para esta teoría, también denominada de la preponderancia, hay que buscar el elemento preponderante y si se corresponde con el preponderante de un contrato típico se aplica su normativa.

b) *Teoría de la combinación*. Esta corriente doctrinal construye una propia normativa combinando la correspondiente a cada uno de los contratos típicos teniendo en cuenta el fin perseguido por los contratantes.

c) *Teoría de la aplicación analógica*. Esta teoría recomienda la aplicación analógica de la normativa del contrato típico más afín.

### **1.8. Contratos coligados, conexos o vinculados.**

Se trata de aquellos supuestos en que se yuxtaponen varios contratos típicos, manteniendo cada uno de ellos su autonomía propia, con el fin de obtener mediante dicha unión, una finalidad práctica unitaria (MARTÍNEZ DE AGUIRRE). Nos encontraríamos con una **diversidad de contratos** en lo jurídico (varios contratos unidos) y unidad en lo económico (única operación económica).

En nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar varios supuestos de contratos vinculados: En primer lugar nos entramos con los arts. 14.1 y 15 de la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo; el art. 44.1 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante LOCM); el art. 9 de la Ley 28/1998 de Ventas a Plazos de Bienes Muebles y el art. 12 de la Ley 42/1998 de Aprovechamiento por Turnos de Bienes Inmuebles.

### **1.9. Contratos principales y accesorios.**

Es **principal** aquel contrato que no depende jurídicamente de otro contrato. Es **accesorio** cuando depende jurídicamente de otro, que es la razón de su existencia (MOSSET DE ITURRASPE).

Son accesorios la fianza y los contratos de garantía como la hipoteca, la prenda y la anticresis.

## **§ 2.- LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL.**

### **2.1.- La protección de los consumidores: el Derecho de consumo**

El Derecho del Consumo tiene su razón de ser en la necesidad de defender a los particulares que adquieren bienes y servicios en el mercado puesto que los mecanismos

tradicionales del Derechos civil y mercantil eran insuficientes para proteger al consumidor. **Los principales problemas que se habían detectado para el consumidor eran los siguientes:**

-El desarrollo de la sociedad de consumo con el incremento de la publicidad a la que diariamente se ve sometido el particular tiene como consecuencia que éste se transforme en **adquirente casi sin darse cuenta de ello.**

- La imposibilidad de escapar a un compromiso que no hubiera sido asumido de manera consciente y reflexiva (por ej. quien firma un contrato de compraventa de una enciclopedia a un representante de venta directa) puesto que el adquirente no puede invocar el dolo porque los engaños comerciales constituyen «dolus bonus» que no permiten que el contrato sea impugnado.

- La complejidad de los **condicionamientos para ejercitar una acción judicial** son de tal naturaleza que disuaden a muchos consumidores de acudir a los Tribunales. Por ejemplo, difícilmente acudirá a juicio quien ha comprado por 12 €. una pulsera antirreumática que no le ha curado la enfermedad tal y como le prometió el comerciante.

## **2.2. Fuentes legales Derecho consumo.**

Tras el ingreso de España en la Unión Europea, en materia de consumo se ha establecido **un triple nivel de competencias** que se distribuye entre la UE, el Estado y las Comunidades Autónomas.

**a) Derecho comunitario.-** La CEE, hoy Unión Europea (UE), puso en marcha una política jurídica de protección a los consumidores que nació con el *Programa Preliminar para una política de protección e información de los consumidores* (1975).

La **protección de los consumidores** ha sido incluida tanto en los **Tratados Constitutivos de la UE** como Política Comunitaria. El instrumento jurídico empleado con mayor profusión por la UE ha sido la **Directiva**, hasta el punto de que su elevado número permite hablar de un corpus de Derecho comunitario (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

**b) Derecho estatal.-** En nuestro país el hito más importante en materia de consumo lo constituye la **Ley 26/1984**, de 19 de julio, **General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** (LGDCU). Esta ley es un desarrollo legislativo del **art. 51-1º CE** que establece que: «*los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*».

La LGDCU ha sido seguida por toda una serie de leyes sectoriales dirigidas, total o parcialmente a la protección de los consumidores, por lo general estas leyes son transposiciones de Directivas europeas.

Las leyes de consumo más relevantes son la **Ley 26/1991** de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, la **Ley 22/1994** de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, **Ley 7/1995** de créditos al consumo, la ley 21/1995 de viajes combinados, la **ley 7/1998** de condiciones generales de la contratación y la ley 42/1998 de aprovechamiento por turnos de inmuebles de uso turístico, **Ley 40/2002**, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, **Ley 23/2003**, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y la **Ley 59/2003**, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

**c) Derecho autonómico.-** En cuanto a las CCAA, hay que tener en cuenta que en los arts. 148 y 149 CE no se menciona para nada el Derecho de consumo, por lo tanto se trata de una

competencia residual atribuible a las mismas. Lo anterior no ha impedido que se hayan promulgado leyes de protección a los consumidores en la mayoría de las CCAA. Hasta ahora han promulgado leyes de protección de los consumidores: Andalucía, Aragón, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, la Comunidad Valenciana. (Ley 2/87 de 9-4 del Estatuto de Consumidores y Usuarios.), Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Madrid ( Ley de Protección de los Consumidores (L 11 /1998 de 9 jul.), Murcia y País Vasco.

El influjo de todas estas leyes autonómicas sobre el Derecho civil estatal ha sido más bien escaso (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

### ***2.3. Ámbito de aplicación de la LGDCU.***

En los párrafos 2 y 3 del art.1, queda delimitado *subjetivamente* el ámbito de protección de esta ley al establecer que son **consumidores o usuarios** las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como *destinatarios finales* bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones equivalentes que sean de naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

**No** tendrán la **consideración de consumidores** quienes *sin constituirse en destinatarios finales*, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de *integrarlos en procesos de* producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

La definición legal de usuarios y consumidores no excluye a profesionales y empresarios cuando cumplan el requisito de ser destinatarios finales de la prestación contemplada en el contrato (CASTÁN). Ej. Un ciudadano será considerado consumidor cuando efectúe una reclamación contra un taller de reparaciones de automóviles por una reparación en su coche particular; sin embargo, ese mismo individuo no tendrá la consideración de usuario o consumidor cuando la reclamación se refiera al vehículo que utiliza como transporte en su negocio.

En todo caso la defensa de consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los arts. 38 (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado) y 128 de la CE.

### ***2.4. Objetivos de la LGDCU.***

Los objetivos de la Ley aparecen fijados en el Preámbulo de la misma y son los siguientes:

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

2º.- Disponer del marco legal adecuado para favorecer un desarrollo óptimo del movimiento asociativo en ese campo

3º.- Declarar los principios, criterios obligaciones y derechos que configuran la defensa de consumidores y usuarios [...]

En el caso de concurrencia de normas de Derecho de consumo y de legislación civil o mercantil, se aplicarán con preferencia la primeras en virtud de la disposición derogatoria tácita *ex art. 2.2 CC* cuando se produzca una contradicción o colisión de normas (CASTÁN). También , se aplican preferentemente por el principio de la especialidad.

### ***2.5.- Incidencia de las normas de consumo en el Derecho de obligaciones***

El influjo del Derecho de consumo sobre nuestro ordenamiento jurídico privado puede resumirse en los siguientes puntos:

**1.- Modificación del principio de autonomía de la voluntad.-** Puesto que la LGDCU ha desarrollado el **principio de defensa de usuarios y consumidores**, que deberá ser considerado como un *principio general del Derecho* que limita el principio de la autonomía de la voluntad mediante la técnica de corregir sus excesos (CASTÁN). Si el art. 1255 da por supuesto que las partes contratos pactan en condiciones de idéntica igualdad, la LGDCU parte de una hipótesis opuesta. En su art. 6º se refiere a las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueden encontrarse individual o colectivamente el consumidor o usuario, situaciones que aparecen recogidos en el citado precepto como obligaciones innecesarias o abusivas de cumplimentar impensas, verificar cálculos y apartar datos en beneficio exclusivo de la entidad correspondiente.

La mayoría de los contratos de consumo son **contratos de adhesión**, de ahí que para evitar el abuso frente a los consumidores, en este ámbito se haya impuesto como principio rector la consecución del justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Esto ha conducido a que el legislador haya regulado tanto **condiciones generales de los contratos**, así como las **cláusulas abusivas**. Este esfuerzo legislativo ha dado lugar a los arts. 3 LCS, 10 y 10 bis de la LGDCU, así como las previsiones de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

## **2.- La libertad de forma de los contratos.**

El **art. 10** de la ley **presupone una redacción por escrito** ya que exige la entrega de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación o, en su caso, de un presupuesto debidamente explicado. En el supuesto particular regulado por la Ley 26/1991 sobre Contrato celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (el caso de las ventas a domicilio o de cursos de educación a distancia) exige que el contrato se formalice por escrito en doble ejemplar, fechado y firmado de puño y letra del consumidor.

**3.- Plazo unilateral de desistimiento.** Se habla de una **temporización en la formación del contrato** que opera imponiendo un **plazo de revocación** desde la fecha de celebración del contrato. De esta forma el legislador pretende defender al consumidor frente a técnicas agresivas de marketing. Los plazos varían desde los 7 días en las ventas celebradas fuera de los establecimientos mercantiles, hasta los 10 días en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico. **El primer supuesto se aplicaría incluso a los productos anunciados por TV y comprados por teléfono, de modo que el consumidor dispone de un plazo de 7 días para desistir del mismo una vez se haya recepcionado la mercancía.**

4.- El **contenido del contrato** se ve afectado bajo diversos aspectos, y así el contenido de la publicidad será exigible por los consumidores o usuarios aun cuando no figure expresamente en el Contrato. Así, en ocasiones el TS ha condenado a constructoras en cuyos folletos de propaganda aparecían fotografías con piscinas para los apartamentos, aunque luego no se hacía ninguna mención a las mismas en el contrato.

5.- Cierta número de contratos en particular, ven **afectada su regulación** por la legislación de consumidores:(prohibición de venta a domicilio de bebidas y alimentos, de venta o suministro de alimentos envasados que carezcan de determinados requisitos, etc)

6.- Se establece un sistema de **responsabilidad por daños por los productos** que vienen a invertir el sistema de la responsabilidad contractual y extracontractual del CC. Lo mismo

sucede con el tema de las garantías.

### § 3.- LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

#### 3.1.- *Concepto.*

Una variante de los contratos de adhesión son las llamadas *condiciones generales de la contratación*. Según DE CASTRO: «se designan como tales condiciones, a los **conjuntos de reglas** que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para  **fijar el contenido** (derechos y obligaciones) de todos los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar».

Las condiciones generales **eliminan** «a priori» los **tratos previos** entre las partes; una de las partes se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto [en ocasiones ni tan siquiera se entregan junto al contrato que regulan]; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes (DE CASTRO)

Las condiciones generales de la contratación son una **manifestación de la contratación en masa**; suelen utilizarse preferentemente en la contratación bancaria (apertura de cuenta corriente bancaria, créditos, etc) en las pólizas de contratos de seguro, en los contratos de suministros de energía (gas, agua, electricidad), telefonía, etc.

Las condiciones generales en el tráfico jurídico tradicionalmente han adoptado varias modalidades (CASTÁN):

1.- Pueden estar insertas en el impreso o formulario que sirve de oferta de contrato. En los contratos antes mencionados encontramos dos partes diferenciadas: una que contiene **las condiciones particulares** y otra en la que aparecen las **generales**.

Son **condiciones particulares o especiales** aquellas que se formulan para cada contrato singular y por lo tanto variables de uno a otro. (LACRUZ). Ej. En las pólizas de seguro de automóvil, en las *condiciones particulares* el asegurado tiene un pequeño margen para configurar su contrato puesto que puede elegir entre una serie de prestaciones que le ofrece la compañía aseguradora (seguro a todo riesgo o con cobertura de daño a terceros, de rotura de vidrios, de robo, etc.)

Las **condiciones generales**, que figuran en otro apartado del contrato, se aplican para regular todos los contratos que una misma empresa realiza con todos sus clientes. Estas condiciones aparecen redactas mediante impreso, son iguales para todos los contratos y en ellas la participación del cliente es nula, se limita a una mera adhesión.

2.- Otras veces el formulario sólo contiene un extracto de las condiciones generales o una referencia indicando que la oferta se hace con base a ellas.

3.- Finalmente, en otras ocasiones la contratación se realiza sin otorgar documento y las condiciones se dan a conocer al público en anuncios expuestos en un determinado local o señalando que quien desee consultarlos tiene a su disposición la reglamentación que regula el contrato de cuya celebración se trate.

Las condiciones generales se encuentran reguladas por la **Ley 7/1998**, de 13 de Abril, **sobre condiciones generales de la contratación**. Hasta la promulgación de la misma no se encontraban reguladas por el Código civil ni tan siquiera para el Código de Comercio, si bien eran admitidas por la doctrina y Jurisprudencia. Sólo había referencias a las mismas en leyes especiales como la **Ley de Contrato de Seguro de 1980** (art.3) y en la **Ley General para la defensa de consumidores y usuarios** (art. 10).

### 3.2. La Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación

La Ley 7/1998 es consecuencia de la transposición de la directiva 93/13/CEE del consejo de 1993, sobre *cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, así como la *regulación de las condiciones generales de la contratación*.

La incorporación de la Directiva citada se ha efectuado mediante la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que al mismo tiempo modifica, el marco jurídico preexistente de protección al consumidor constituido por la LGDCU. La Ley no sólo protege a los legítimos intereses de los consumidores y usuarios cuando **contratan con profesionales**, sino también los de **cualquier profesional que contrate con otro que utilice condiciones generales en su actividad contractual**.

### 3.3.- Estructura de la ley.

La Ley se estructura en siete capítulos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

**El capítulo I** relativo a «Disposiciones generales», recoge siguiente **concepto de condición general de la contratación**: «1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión».

Regula también su *ámbito de aplicación territorial y objetivo*, siendo de aplicación tanto a los contratos sometidos a la legislación española como a aquellos contratos que aun sometidos a la legislación extranjera, la adhesión se ha realizado en España por quien tiene en su territorio la residencia o domicilio.

Desde el punto de vista objetivo se **excluyen** ciertos **contratos** como son los administrativos, los de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulen relaciones familiares y los sucesorios.

La Ley regula además en este capítulo los **requisitos** para que la incorporación de una **cláusula general** se considere ajustada a Derecho, según el **art. 5 LCGC** serán los siguientes:

1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.



No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

En cuanto a las **reglas para su interpretación**, hay que estar a lo establecido por el **art. 6 LCGC**: «1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.

2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el presente artículo, y en lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos».

El **capítulo II** sanciona con la **nulidad** aquellas **cláusulas generales no ajustadas a la Ley**, determina la ineficacia por no incorporación de las cláusulas que no reúnan los requisitos exigidos en el capítulo anterior para que puedan entenderse incorporadas al contrato. Esta nulidad, al igual que la contravención de cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, podrá ser invocada, en su caso, por los contratantes conforme a las reglas generales de la nulidad contractual, sin que puedan confundirse tales acciones individuales con las acciones colectivas de cesación o retractación

En el **capítulo III** la Ley crea un **Registro de Condiciones Generales de la Contratación**, se trata de un Registro, regulado por el Ministerio de Justicia, aprovechando la estructura de los Registros de la Propiedad y Mercantiles. El Real Decreto 1828/1999, de 3 diciembre Aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación

Las funciones calificadoras de los Registradores nunca se extenderán a lo que es competencia judicial, como es la apreciación de la nulidad de las cláusulas. Serán competencia del Registrador las funciones encaminadas a la práctica de las *anotaciones preventivas* reguladas en la Ley, a la *inscripción de las resoluciones judiciales* y a la *publicidad de las cláusulas* en los términos en que resulten de los correspondientes asientos.

La **inscripción en este Registro**, se configura como **voluntaria**, si bien está legitimada para solicitar su inscripción cualquier persona o entidad interesada, como fórmula para permitir la posibilidad efectiva de un conocimiento de las condiciones generales. El Gobierno a propuesta del M<sup>o</sup> de Justicia podrá imponer la inscripción obligatoria a determinados sectores específicos de la contratación.

El carácter jurídico de este Registro deriva de los **efectos «erga omnes»** que la inscripción va a atribuir a la declaración judicial de nulidad, los efectos prejudiciales que van a producir los asientos relativos a sentencias firmes en otros procedimientos referentes a cláusulas idénticas, así como del cómputo del plazo de prescripción de las acciones colectivas, además del dictamen de conciliación que tendrá que emitir su titular. El Registro de Condiciones Generales va a posibilitar el **ejercicio de las acciones colectivas** y a coordinar la actuación judicial, permitiendo que ésta sea uniforme y no se produzca una multiplicidad de procesos sobre la misma materia descoordinados y sin posibilidad de acumulación.

El **capítulo IV** regula las **acciones colectivas** encaminadas a impedir la utilización de condiciones generales que sean contrarias a la Ley, como son la **acción de cesación**, dirigida

a impedir la utilización de tales condiciones generales; la **de retractación**, dirigida a prohibir y retractarse de su recomendación, siempre que en algún momento hayan sido efectivamente utilizadas, y que permitirá actuar no sólo frente al predisponente que utilice condiciones generales nulas, sino también frente a las organizaciones que las recomiendan, y la **declarativa**, dirigida a reconocer su cualidad de condición general e instar la inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar las **acciones individuales de nulidad** conforme a las reglas comunes del Código civil o la de **no incorporación de determinadas cláusulas generales**.

La Ley parte de que el **control de la validez de las cláusulas generales** tan sólo corresponden Jueces y Tribunales, sin perjuicio de la publicidad registral de las resoluciones judiciales relativas a aquéllas a través del Registro regulado en el capítulo III y del deber de colaboración de los profesionales ejercientes de funciones públicas.

Este capítulo IV también regula la **legitimación activa** para la **interposición** de las **acciones colectivas de cesación, retractación y declarativo**, incluyendo entre las entidades legitimadas a las asociaciones de consumidores y usuarios, aunque sin ser las únicas por ser mayor el campo de actuación que tiene la Ley.

También se regula la **legitimación pasiva**, el **plazo de prescripción** (dos años desde la inscripción de las condiciones generales), las reglas de su tramitación y la eficacia de las sentencias, que podrán ser no sólo invocadas en otros procedimientos sino que directamente vincularán al Juez en otros procedimientos dirigidos a obtener la nulidad contractual de cláusulas idénticas utilizadas por el mismo predisponente.

El **capítulo V** regula la publicidad, por decisión judicial, **de las sentencias de cesación o retractación** (aunque limitando la publicidad al fallo y a las cláusulas afectadas para no encarecer el proceso) y **su necesaria inscripción** en el **Registro de Condiciones Generales de la Contratación**.

El **capítulo VI** regula la **obligación profesional de los Notarios y de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles en orden al cumplimiento de esta Ley**, así como de los Corredores de Comercio en el ámbito de sus respectivas competencias.

Finalmente, el capítulo VII regula el **régimen sancionador por el incumplimiento** de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, en particular la persistencia en la utilización o recomendación de cláusulas generales nulas.

### ***3.4 Incidencia de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación sobre la LGDCU.***

La disposición adicional primera de la Ley está dirigida a la modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La LGDCU **mantiene el concepto amplio de consumidor** hasta ahora existente, refiriéndose tanto a la **persona física** como a la **jurídica** siempre que sea **destinataria final de los bienes y servicios**, si bien debe entenderse incluida también a toda aquella persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional aunque no fuera destinataria final de los bienes o servicios objeto del contrato.

A diferencia de las condiciones generales, se estima procedente que también las Administraciones públicas queden incluidas, como estaban hasta ahora, en el régimen de protección de consumidores y usuarios frente a la utilización de cláusulas abusivas.

La Ley CGC introduce una **definición de cláusula abusiva**, añadiendo un artículo 10 bis a la Ley 26/1984, considerando como abusiva aquella que en contra de las exigencias de la buena fe cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contractuales.

Al mismo tiempo se **añade una disposición adicional primera** a la LGDCU en la que se hace una **enumeración enunciativa de las cláusulas abusivas**, extraídas en sus líneas generales de la Directiva, pero añadiendo también aquellas otras que aún sin estar previstas en ella se estima necesario que estén incluidas en el Derecho español por su carácter claramente abusivo.

Las **cláusulas contractuales** en el ámbito de los consumidores, cuando no se han negociado individualmente se regulan por la LGDCU (por tanto también los contratos de adhesión con condiciones particulares) lo cual no impide que cuando tengan el carácter de condiciones generales se rijan también por los preceptos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

### ***3.5. Diferencias entre cláusulas abusivas y generales.***

Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación.

a) Una **cláusula** es **condición general** cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. **Cláusula abusiva** es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares.

b) Las **condiciones generales** se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores. En todos los casos, se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o -en ciertos casos de contratación no escrita- exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. Pero, además, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas.

El concepto de **cláusula contractual abusiva** tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, en todos aquellos casos en los que no ha existido negociación individual de la cláusula.

c) La lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, (nueva disposición adicional 1ª de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) **sólo se aplica cuando exista un consumidor frente a un profesional, nunca se aplican en las relaciones entre profesionales.**

En el artículo 10 bis y en la disp.dic.1ª de la misma Ley, que lo desarrolla, se han recogido las **cláusulas declaradas nulas** por la Directiva y **además** las que con arreglo a nuestro

Derecho se han considerado **claramente abusivas**.

## Segunda parte:

# LA RELACIÓN OBLIGATORIA

## Tema 9: CONCEPTO Y FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

§ 1.-Concepto de obligación.

§ 2.- Fuentes de las obligaciones.

§ 3.- La voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

### § 1.- CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.

#### 1.1. *El Derecho de obligaciones.*

El Derecho de obligaciones es el que regula las relaciones jurídico-privadas y su contenido es el siguiente:

- a) La **teoría general de las obligaciones** que contempla un reducido número de efectos comunes a todas las variedades de obligaciones, tanto si son contractuales como si no lo son (CARBONNIER). El CC dedica los artículos 1.088 a 1.213 al régimen general de las obligaciones, si bien el modelo regulado responde al de una obligación nacida de un contrato (MARTÍNEZ DE AGUIRRE). El Derecho de obligaciones absorbe –si bien con la restricción ínsita en la patrimonialidad- el *régimen de los deberes jurídicos* desde la perspectiva del Derecho civil (CARBONNIER).
- b) Las **fuentes de las obligaciones** que son contempladas desde dos puntos de vista: **primero**, el estudio de cada una de las fuentes en si misma y en cuanto a su influencia en el régimen de las obligaciones procedentes de ella. **Finalmente**, se estudia el contrato (la teoría general del contrato y los distintos contratos en particular), la responsabilidad contractual y las demás fuentes legalmente admitidas.

#### 1.2. *Regulación de las obligaciones.*

El Código civil dedica el Libro IV a establecer el régimen jurídico de las obligaciones y de los contratos. Las obligaciones aparecen reguladas con carácter general en los arts. 1.088 a 1.253 CC. El **art. 1.088** establece que: «*toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*». Este precepto no suministra un concepto de obligación, sino que lo da por supuesto y se limita a enumerar sus **posibles contenidos** (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

#### 1.3. *El concepto de obligación.*

Etimológicamente obligación viene de la palabra latina *obligatio*, y ésta, de obligare (de *ob*, alrededor, y *ligare*, ligar o atar). Significa, pues, ligadura, sujeción física, y por traslación

al lenguaje jurídico, sujeción moral. (CASTÁN). En la primera etapa del Derecho romano el deudor comprometía su propio cuerpo y éste era el objeto de la obligación. El acreedor podía apoderarse de él y venderlo como esclavo. Con el tiempo la obligación recaería sobre el patrimonio y no sobre la persona del deudor, de modo que la originaria responsabilidad personal se transformaría en responsabilidad patrimonial (BORDA).

El CC no proporciona un concepto de obligación, sin embargo ésta puede definirse como el «vínculo establecido entre dos personas (o grupo de personas), por el cual una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa, o el cumplimiento de un servicio (hacer) o de una abstención (no hacer)» (BORDA). Otros estiman que puede llegarse a un concepto de obligación combinando los **arts. 1.088 y 1.911 CC**: «la obligación un derecho del acreedor dirigido a conseguir del deudor una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa garantizado con el activo patrimonial del obligado» (PUIG BRUTAU y ROCA SASTRE).

El término obligación es polivalente y puede dar lugar a equívocos. En un sentido amplio se usa para nombrar la total **relación jurídica**, como equivalente a relación jurídica, sin embargo lo incluye. En un sentido restringido designa el **deber** (la deuda) del sujeto pasivo, desde este punto de vista la obligación del deudor se contrapone al crédito del acreedor. Esta ambivalencia explica que una expresión tan usual al mismo tiempo pueda ser tan contradictoria. (LACRUZ).

Finalmente, el Derecho mercantil nos proporciona otro significado de la expresión, puesto que denominan obligaciones a los títulos emitidos por las sociedades anónimas para documentar deudas contraídas a fin de aportar capitales a la entidad (**art 282 LSA**): «1. La sociedad podrá emitir series numeradas de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen una deuda, siempre que el importe total de las emisiones no sea superior al capital social desembolsado, más las reservas que figuren en el último balance aprobado y las cuentas de regularización y actualización de balances, cuando hayan sido aceptadas por el Ministerio de Economía y Hacienda».

#### ***1.4. Caracteres de la obligación: deuda y responsabilidad.***

Toda obligación presenta un **aspecto activo**: un poder o facultad de exigir algo; y uno **pasivo**: un deber de *dar, hacer o no hacer* (art. 1.088 CC). No se trata de conceptos distintos sino de aspectos diferentes de un concepto unitario, que es la obligación. Son el anverso y reverso de una misma moneda, puesto que no se puede concebir un crédito sin deuda y una deuda sin crédito (BORDA). En consecuencia, cabe afirmar que la obligación es una **situación bipolar**, que se encuentra integrada 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 al deudor el cumplimiento de la prestación debida. 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 (responsabilidad-garantía), así como investido también de una serie de facultades para la defensa de sus intereses. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El **deudor está sujeto al cumplimiento de un deber jurídico (deuda)**, que le impone la observancia del comportamiento debido –la prestación– y le sitúa en el trance de soportar, en otro caso, las consecuencias de su falta (la responsabilidad). (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Toda obligación comprende, como fenómenos separados, la *deuda* y la *responsabilidad*. La **deuda** indica el deber de realizar una prestación, el deber de cumplimiento que nace junto con la obligación. La **responsabilidad** es la sumisión o sujeción del patrimonio del deudor al

poder coactivo del acreedor **ante el incumplimiento de aquel**.

El acreedor ante el incumplimiento del deudor puede hacer efectiva esa responsabilidad del deudor y para ello goza de un poder de agresión sobre el patrimonio del aquel, lo que permite la satisfacción forzosa de su interés. Así se desprende, del **principio de responsabilidad universal** contenido en el **art. 1.911 CC**: «*Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*».

La doctrina es mayoritaria al admitir que la deuda o débito y la responsabilidad son elementos integrantes de un concepto unitario que es la obligación. 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 (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

### **1.6 Elementos de la relación obligacional.**

La estructura de la relación obligacional, de crédito u obligatoria, se compone de los siguientes elementos: *sujetos, objeto, vínculo y causa*

**a) Sujetos.-** La relación obligatoria se compone de dos partes (activa y pasiva) integradas por dos sujetos. En la parte **activa** está el **acreedor**, el titular del crédito que tiene poder jurídico de exigir el cumplimiento de la prestación. En la parte **pasiva** se encuentra el **sujeto pasivo, obligado o deudor**; es aquél sobre quien recae el deber de prestación y la responsabilidad en caso de incumplimiento. En toda obligación ha de haber como mínimo dos partes, activa y pasiva pero cada una de ella puede estar integrada por una pluralidad de personas lo que da lugar a los fenómenos de la *solidaridad* o de la *mancomunidad*.

*Personas que pueden ser sujetos de la obligación.-* En general, todo sujeto de derecho está en condiciones de ser *titular* de un crédito, si bien los incapacitados no pueden ejercitarlo. También puede cualquier persona ser sujeto pasivo de la obligación, incluso cuando le afecte alguna incapacidad (en el supuesto contemplado por el artículo 200). Las personas jurídicas, al igual que las físicas, pueden ser titulares -activos y pasivos- de las obligaciones (art. 38 Código civil )

*Modos de determinación de los sujetos.-* Aunque los sujetos de la obligación deben ser determinados, se permite que la determinación se haga, no al tiempo del nacimiento de la obligación, sino en un momento posterior, siempre que estén previstas las circunstancias que hayan de servir para que aquella determinación se realice.

### **b) Objeto.-**

*Concepto.-* En opinión de CASTÁN la doctrina discrepa respecto a cuál sea ese objeto: para algunos autores objeto de la obligación son las **cosas o los servicios** sobre que recae el deber del deudor; si bien la opinión que hoy tiende a imperar, es la que considera como objeto de la obligación **la prestación**, o sea, el comportamiento a que el vínculo obligatorio sujeta al deudor, y que tiene derecho a exigirle el acreedor. Y como este comportamiento, a su vez, se refiere a cosas, servicios o abstenciones que vienen a ser el objeto de la prestación, no parece incorrecto el distinguir un **objeto inmediato** de la obligación, constituido por la prestación, y un **objeto mediato**, constituido por la cosa, el hecho del deudor o su abstención (en otros términos, un dar, un hacer o un no hacer).

El objeto de la obligación aparece regulado por el Código de forma dispersa en los

artículos 1.132-2º; 1.135- 1º; 1.137, 1.150, 1.157; el legislador no utiliza en este aspecto una terminología precisa, unas veces señala las **cosas o servicios como objeto** de la obligación (arts. 1.135-1º, 1.137, 1.150, 1.157, etc); otras veces designa la **prestación como objeto de la obligación** (art. 1.132-2º), y en ocasiones reserva el término de **prestación para designar las obligaciones de hacer o no hacer**, en contraposición a las de dar cosas (artículos 1.147, 1.151) (CASTÁN).

*Condiciones que ha de reunir la prestación.*- No regula nuestro Código expresamente y de un modo general los requisitos que ha de reunir el objeto de la obligación, pero si establece los que ha de llenar el objeto del contrato en los artículos 1.271 y siguientes. La doctrina científica, unánime en este punto, exige como requisitos de la **prestación** que ésta sea **posible, lícita y determinada o determinable**.

1) Posibilidad. Es doctrina clásica que nadie puede obligarse a una prestación imposible. Obligarse a lo imposible equivale a obligarse a nada (ALBALADEJO). El Código civil sanciona con la nulidad las obligaciones referentes a prestaciones imposibles (art. 1.271, en relación con el 1.261 y el 1.460-1º ).

La imposibilidad puede ser de hecho o de Derecho (ALBALADEJO).Ej. Imposibilidad de hecho es la del que se obliga a proporcionar a otro la Luna: imposibilidad de Derecho es la de quien quiera vender la Alambra de Granada por ser un bien público que esta fuera del comercio.

2) Licitud. Se exige este requisito de la prestación por el artículo 1.271, si bien referido a los contratos. La prestación se reputa ilícita cuando viola un precepto legal o está en oposición con la moral o las buenas costumbres (arts. 1.255, 1.271-3º, 1.275 CC).

2) Determinación. La prestación ha de ser determinada, en caso contrario se determinará la nulidad de la obligación (art. 1.273). El Código no exige que la determinación sea inicial, puesto que admite la determinabilidad, es decir que pueda ser hecha a *posteriori*, siempre que en el momento del nacimiento de la obligación queden establecidos los elementos o bases que permitan llevar a cabo esa determinación sin necesidad de un nuevo convenio entre los interesados (arts. 1.273, 1.447 y siguientes, 1.690). Ej.- No cabe un contrato de compraventa en el que por 13 € se venda lo que el vendedor crea conveniente el día fijado para el pago.

Esta determinación a posteriori puede ser hecha por diversos modos, tales como la referencia a una cosa o circunstancia cierta (véanse arts. 1.447 y 1.448, a propósito del contrato de compraventa) o la decisión que haga una persona distinta de los contratantes (vid. art. 1.447, con relación a la compraventa, y 1.690, para la sociedad). El Código no permite que la determinación de la prestación se deje al arbitrio de una de las partes (arts. 1.449 y 1.690-2º).

4) La patrimonialidad de la prestación.- No todo deber de hacer u omitir es una obligación en sentido técnico, puesto que hay deberes, que no son jurídicos (LACRUZ). Ej. El deber social de hacer un regalo de boda a un amigo, el deber moral de dar limosna a un pobre, etc. Incluso dentro de aquellas conductas exigibles por el Ordenamiento jurídico las hay que no son obligaciones en un sentido técnico, aún a pesar de recibir esa denominación por la propia Ley, sino **deberes jurídicos** (LASARTE). Ej. La obligación que tienen los padres de velar por los hijos y prestarles alimentos. (Art. 110 cc).

La presencia o ausencia de patrimonialidad en una relación entre personas será el dato que diferenciará a la obligación de los otros deberes jurídicos: El **deber jurídico** será una conducta no patrimonial, exigible por el Ordenamiento a quienes se encuentre en una



determinada situación. La **obligación**, que constituirá una subespecie de la noción de deber jurídico, estará caracterizada por la **patrimonialidad** de la **prestación** o conducta exigible al deudor. (LASARTE), de modo que la **obligación** posee **siempre** un **carácter** objetivamente **patrimonial** (DIEZ-PICAZO).

Para CASTÁN el contenido económico de la obligación, si bien en sentido indirecto, puede inferirse del artículo 1.101 del Código: «Quedan sujetos a la **indemnización de los daños y perjuicios** causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas»; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN señalan que si bien la prestación en si misma puede no tener valor patrimonial, se requiere al menos vaya acompañada de medios o instrumentos a través de los cuales se logre una satisfacción económica por su incumplimiento.

Concluye CASTÁN que si bien el interés del acreedor a la prestación puede tener carácter no económico (moral o religioso, humanitario o científico, etc.), la prestación en si misma debe **ser susceptible -por vía directa o indirecta- de valoración económica**.

### **C) Vínculo.**

El vínculo, según ALBALADEJO, es el nexo que liga a una persona con otra y que engloba el **débito** (deuda o deber de prestación) y el **crédito** o derecho del acreedor a exigir el cumplimiento. Asimismo incluye la responsabilidad del deudor, frente a la que existe el poder del acreedor de dirigirse contra el patrimonio de aquel.

### **D) Causa.**

Es la razón de la obligación, del poder exigir y del deber realizar la prestación-ponderada por el ordenamiento.

## **§ 2.- FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.**

Las fuentes de las obligaciones son aquellos hechos jurídicos que tienen como efecto el nacimiento de éstas (ALBALADEJO).

El CC contempla las fuentes de las obligaciones en el **art. 1.089**: «*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*». Son complemento de esta disposición las reglas, contenidas en los artículos 1.090 y 1.093, que ofrecen, en opinión de CASTÁN, escaso interés, ni son congruentes entre si (*el primero* de ellos se dedica principalmente a precisar el concepto de las obligaciones *ex lege*; *el segundo*, a indicar algunos de los efectos que producen los contratos, y *el tercero y cuarto*, sin definir ni marcar consecuencias, a señalar el lugar en que se encuentran en el Cc las obligaciones procedentes de los delitos y cuasidelitos; quedando en el olvido los cuasicontratos ya que ninguno de estos artículos menciona ni sus efectos ni su ubicación sistemática en el Cc).

**a) Obligaciones procedentes de la Ley.-** Estas obligaciones no se presumen, sólo son exigibles las expresamente determinadas en el Código o en leyes especiales, y han de regirse por los preceptos de la ley que las hubiere establecido, y en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del libro IV del Código (art. 1.090).

**b) Obligaciones procedentes de los contratos.-**La principal fuente de relaciones obligatorias está constituida por el **negocio jurídico**, como cauce de expresión de la autonomía privada.

El contrato es el más típico de los negocios jurídicos. Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor del contrato (art. 1.091). A falta de pacto expreso de las partes se rigen por las disposiciones del Código (art. 1258 CC).

**c) Los cuasicontratos.** El Código los define, en el artículo 1.887 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». Sitúa el Código bajo esta rúbrica la llamada **gestión de negocios ajenos**, 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 el **cobro de lo indebido**, que no es sino la obligación de restituir que tiene quien ha cobrado algo que no se le debía (arts. 1.895 y ss.).

Ej. Es el supuesto de aquella persona a la que por error se le ha ingresado una determinada cantidad de dinero en su cuenta corriente bancaria. Un caso de la gestión de negocios ajenos, es cuando un vecino por decisión propia y para evitar males mayores, encarga la reparación de la puerta de un chalet de su vecino (al que no tiene localizado por vivir en otra ciudad) que ha sido destruida por un rayo.

**d) Obligaciones procedentes de hechos ilícitos de carácter penal.**-Las que nacen de los delitos o faltas se rigen por las disposiciones del Código penal (art. 1.092 del civil).

**e) Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penados por la ley** quedan sometidas a las disposiciones del capítulo correspondiente (que es el II, tít. XVI, libro IV) del Código civil (art. 1.093 de este último). El Código los regula en los arts 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 cuasidelitos civiles**, en los que falta la tipicidad del delito o falta penal y que integran la denominada responsabilidad civil extracontractual. No se enuncian por ello taxativamente en el Código civil.

**Las cinco fuentes que menciona el artículo 1.089 en realidad se podrían reducir a dos grandes fuentes o grupos de fuentes:** el primero es el de **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 (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

### § 3.- La voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

Es cuestión debatida en la doctrina si una persona puede quedar obligada a realizar una prestación que prometa por su sola declaración de voluntad. O si por el contrario es necesaria la previa aceptación del favorecido, para adquirir lo que se le ha prometido (por eso se llama también a la figura en examen «promesa unilateral»).

La doctrina, ante el silencio que el art. 1.089 guarda sobre ella no es partidaria de reconocer, en principio, fuerza obligatoria a la voluntad unilateral, admitiéndola en supuestos muy excepcionales (ALBALADEJO).

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).

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.

En realidad, el único supuesto claro de declaración de voluntad creadora de obligaciones es el de la denominada «**pública promesa de recompensa**». Ej. El Sr. X promete una recompensa de 500 € a quien encuentre a su perrito extraviado, o a quien proporcione pistas para encontrar el paradero de una persona..

Algunos Códigos como 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. 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.

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.

# TEMA 10

## CLASES DE OBLIGACIONES

- § 1. - Unilaterales y bilaterales
- § 2.- Parciarias, mancomunadas y solidarias
- § 3.- Dar, hacer y no hacer.
- § 4. Instantáneas, duraderas y periódicas.
- § 5. Divisibles e indivisibles.
- § 6. Específicas y genéricas.
- §7. Alternativas y facultativas.
- § 8. Principales y accesorias.
- § 9. Pecuniarias.
- § 10. Puras, condicionales y a término.

### § 1.- UNILATERALES Y BILATERALES.

#### 1.1. Concepto.

Por razón de la unidad o pluralidad de vínculos, las obligaciones se dividen en unilaterales y bilaterales. Son **unilaterales** (o simples) aquellas en las que hay un sólo vínculo obligatorio, puesto que una persona se obliga respecto de otra, sin que ésta asuma ningún tipo de obligación. Este es el caso de las obligaciones que surgen de los contratos gratuitos (donación, depósito, mandato, comodato, etc) puesto que no constituyen contrapartida del derecho de crédito que nace de una convención sino que nacen luego, como es en el caso de del depósito la obligación de abonar los gastos que ha originado la conservación de la cosa.

Son **bilaterales o recíprocas**, aquellas en las que existe una pluralidad de vínculos, puesto que las partes se obligan recíprocamente una respecto de otra. (CASTÁN). En este tipo de obligaciones ambas partes son a la vez deudoras y acreedoras la una de la otra. (R.BERCOVITZ). En la obligación recíproca cada una de las partes tiene frente a la otra un *derecho de crédito* y un *deber de prestación* de carácter correlativo. Son sinalagmáticas las obligaciones que nacen de los contratos onerosos (compraventa, arrendamiento, etc.).

En ellas cada una de las partes ha querido la prestación a cargo de la otra como equivalente de la suya, por lo que ambas partes se presentan, en su intención y en la estructura propia de la relación, como recíprocamente condicionales (DE PABLO CONTRERAS).

En el caso de las recíprocas los deberes de prestación se encuentran ligados entre sí por un nexo de interdependencia puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone la prestación que le incumbe, puesto que su finalidad es lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar. Este nexo que existe entre la obligación recíproca se denomina *sinalagma*, de aquí que a esta obligación también se le conozca con el nombre de **sinalagmática**.

Esta terminología es utilizada por el CC en diversas ocasiones, la expresión recíprocas se utiliza en los arts.1100 (obligaciones recíprocas), 1120 y 1124.

#### 2.2- Efectos.

Las obligaciones bilaterales se caracterizan por producir una serie de efectos que les son propios (CASTÁN):

**a) Cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas. Excepción «non adimpleti contractus».**

Ninguna de las partes está obligada a cumplir si la otra no cumple simultáneamente, salvo que otra cosa se haya establecido en el contrato –por haberse pactado el pago o cumplimiento aplazado- o así se deduzca de la ley. En este caso las obligaciones serían sucesivas pero no simultáneas (STS 21 noviembre 1988)

Si alguna de las partes pretende exigir (judicialmente o extrajudicialmente) de la otra el cumplimiento de su prestación, sin ofrecer el cumplimiento de la suya, el demandado podrá oponer a su pretensión la **excepción de contrato no cumplido** (*exceptio non adimpleti contractus*). Este principio no aparece expresamente recogido en el Código pero se desprende de los arts. 1.124 y 1.100 según ha reconocido el TS en numerosas sentencias (CASTÁN).

**b) «Compensatio morae».** El retraso en el cumplimiento de una de las partes no es jurídicamente relevante mientras la otra no ha cumplido; la doctrina se refiere a este fenómeno como el “principio de compensación de la mora” que se deriva de la regla de simultaneidad en este tipo de obligaciones; este principio aparece recogido en el Código en el art. 1.100: «[...] en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe»; pero «desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

**c) Resolución del contrato en caso de incumplimiento de una de las partes.**

El art. 1124 establece «La **facultad de resolver** las obligaciones se entiende **implícita en las recíprocas**, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. 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 [...]».

La doctrina entiende que en este precepto se conceden dos acciones a la parte que ha cumplido sus obligaciones contractuales. A su libre elección podrá optar entre el ejercicio [ante el Juzgado] de la **acción de cumplimiento** de la obligación incumplida por la contrapartes o la **acción resolutoria** en cuya virtud podrá solicitar la resolución del contrato del que deriva la obligación incumplida. Además, independientemente de la opción efectuada, podrá ejercitar de modo acumulado una **acción de indemnización** por los daños y perjuicios sufridos.

El art. 1124 aparece ubicado en el Código dentro el epígrafe «De las obligaciones puras y de las condicionales» (Libro IV, Título I, Cap III, Sección primera), de ahí que se haya dicho que su formulación responde a la idea de que el incumplimiento funciona, en las obligaciones sinalagmáticas, como una condición resolutoria implícita (DE PABLO CONTRERAS). No obstante, en los contratos literales las partes pueden insertar condiciones resolutorias expresas.

## § 2. PARCIARIAS, MANCOMUNADAS Y SOLIDARIAS

En atención a la forma de organizarse los sujetos en las obligaciones, estas pueden ser de la obligación éstas pueden ser parciarias, mancomunadas y solidarias.

La relación obligatoria requiere la existencia de **dos sujetos, dos posiciones subjetivas**; si bien cada una de ellas puede estar integrada por una pluralidad de personas. En la obligación los sujetos pueden concurrir de acuerdo con las siguientes combinaciones: un acreedor y un sólo deudor, varios deudores y varios acreedores, un acreedor y varios deudores (pluralidad pasiva) y un deudor y varios acreedores

(pluralidad pasiva).

El fenómeno de la **concurrencia de varias personas** en cualquiera de las posiciones, activa o pasiva, de la obligación y su diferente forma de organizarse permite distinguir entre obligaciones: **mancomunadas, parciarias y solidarias**. El que una obligación pertenezca a cualquiera de estos supuestos dependerá de varios **factores**: de la manifestación expresa de la ley, de la voluntad de las partes y de la naturaleza divisible o indivisible de la obligación. (BERCOVITZ).

### **1.- La mancomunidad simple o parciariedad.**

Las **obligaciones parciarias** son contempladas en el art. 1138 CC, según el cual: «*Si del texto de las obligaciones... 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*». Cuando la **obligación** es **divisible** la **mancomunidad** se denomina **simple** o **parciaria** y en ese caso tendremos tantos créditos o deudas independientes como acreedores o deudores (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La **mancomunidad simple** puede ser:

- a) **activa** (responde al esquema de varios acreedores y un deudor), en esta caso cada uno de los acreedores sólo puede exigir o reclamar del deudor la parte que le corresponde en el crédito. Ej. Si A debe con carácter mancomunado 6.000 € a B, C y D, cada uno de los acreedores sólo podrá reclamar a A (deudor) 3.000 €.
- b) **pasiva** (un acreedor y varios deudores), cada uno de los deudores cumple pagando la parte de deuda que le corresponde. Ej. Si B, C y D, deben a A con carácter mancomunado 9.000 €, cada uno de los deudores sólo podrá ser obligado a pagar al acreedor 3.000 €.

Los créditos o deudas mancomunados (parciarios) son, a pesar de su origen común, **autónomos** en cuanto a los avatares de su existencia y a su extinción. Cada acreedor puede reclamar su deuda y cada deudor pagar la suya separadamente. En la obligación parciaria la insolvencia de un codeudor no obliga al resto a suplir su falta (art. 1.139).

El supuesto de la mancomunidad del art. 1138 constituye una **excepción al principio de indivisibilidad** de pago del art. 1.169 CC.

### **2.- La mancomunidad en sentido estricto o conjunta.**

Las **obligaciones mancomunadas** en sentido estricto, también denominadas por la doctrina *conjuntivas, unitarias, indivisible o en mano común*, presentan una integración homogénea de todos los sujetos, de modo que **no hay titularidad ni ejercicio de la obligación sin la concurrencia o actuación de todos ellos**, jurídicamente es como si se tratase de una sola persona y no aparece la noción de cuota (LACRUZ).

Este caso tiene lugar (vid. art. 1139 CC) cuando la **prestación es indivisible** y la misma ha de ser exigida conjuntamente por la pluralidad de acreedores o cumplido por la pluralidad de deudores (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN). El art. 1139 dice que: «*Si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta*».

Ej. Si A vende un caballo a B y C, sólo quedará liberado de su obligación si entrega el

animal a ambos. A su vez los dos acreedores tendrán que entregar conjuntamente el precio de la compraventa para cumplir con la obligación.

La **mancomunidad en mano común**, no sólo tiene lugar con ocasión de las obligaciones **indivisibles** (art. 1.119), puesto que también puede establecerla **la ley**, como sucede en la responsabilidad mancomunada de las obligaciones de la herencia mientras subsista la comunidad hereditaria., o la **voluntad de las partes** cuando decidan aplicar este régimen a las obligaciones que surjan entre ellos. Ej. El sistema de firmas mancomunadas entre socios de una pequeña empresa, o entre el Presidente y Secretario de una comunidad de vecinos.

### 3.- *La solidaridad.*

La expresión solidaridad tiene su origen en la expresión latina *solidum* que expresa idea de totalidad, cosa entera no divisible. (CASTÁN).

La organización solidaria de la obligación, también puede darse en la posición de acreedor como de deudor. (arts. 1.137, 1.144 y 1.145) En el supuesto de varios acreedores (**solidaridad activa**) cada uno de ellos puede exigir al deudor o a cualquiera de los deudores (si son varios) el cumplimiento íntegro de la prestación. En el caso de varios deudores, (**solidaridad pasiva**), cada uno de ellos puede ser compelido por el acreedor al cumplimiento íntegro de la prestación (LASARTE).

Ej. Si A, B y C son deudores solidarios de D por un importe de 9.000 €, éste podrá exigir a cualquiera de los tres deudores (o a dos de ellos o a todos al mismo tiempo) que le abone el total de la deuda.

El pago realizado por cualquiera de ellos extinguirá la deuda y liberará al resto frente al acreedor. El deudor que haya pagado el total de la deuda tendrá un derecho de repetición o de reembolso contra el resto de deudores por las cantidades por él pagadas. Lo anterior supone que en las obligaciones solidarias, nos encontramos con **dos tipos de relaciones**, una de carácter **externo**, entre acreedores y deudores, el pago efectuado a uno de los acreedores extingue la obligación (art. 1.145). Y otra de **carácter interno (acción de repetición)** entre el conjunto de acreedores o deudores, que variarán según se trate de :

a) **solidaridad activa**, en cuyo caso el acreedor que cobre la deuda responderá frente a los demás de la parte que les corresponde en la obligación. (art. 1.143 CC) . Ej. En el caso de dos acreedores solidarios, aquel que haya cobrado la deuda tendrá que repartir su importe con el otro acreedor.

b) **solidaridad pasiva**, en este supuesto el deudor que ha pagado por los demás la totalidad de la deuda, ve nacer un crédito a su favor, pudiendo reclamar del resto de deudores solidarios la parte que a cada uno les corresponda de la deuda, así como los intereses del anticipo (art. 1.145-1 CC)

El deudor que haya pagado los 9.000 € a D, podrá exigir a los otros deudores que paguen la parte que les corresponda, es decir 3.000 €. cada uno de ellos.

La solidaridad pasiva actúa como una **garantía o seguridad** para el acreedor puesto que ve ampliado el número de sujetos obligados y responsables (BLASCO GASCÓ).

### 4.- *Reglas aplicables a las obligaciones con pluralidad de sujetos.*

El Código civil, en el supuesto de obligaciones con varios sujetos, establece como **regla general** la presunción de **mancomunidad** (presunción de no solidaridad prefieren denominar algunos autores) y la **solidaridad** como **excepción**. Así se desprende del art. 1.137 (*in fine*).

Entre la **parciaredad** y la mancomunidad se establece una **presunción *iusuris tantum*** a favor de la primera, que no tendrá vigencia, **según el art. 1.138 CC** cuando del texto de la obligación se deduzca

lo contrario o cuando la prestación fuese indivisible (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El Código, no obstante contempla algunos supuestos en los se aplica directamente la regla de la solidaridad (CASTÁN). Los supuestos de **solidaridad legal** contemplados en el Código civil son: El art. 145 (cuando la obligación de alimentos recae sobre varias personas), 1.084 (de los herederos sin beneficio de inventario frente a los acreedores del causante), 1.731 (varios mandantes en relación al mandatario), 1.748 (pluralidad de comodatarios) y 1.890 (varios gestores en la gestión de negocios).

En materia de responsabilidad extracontractual (ex art. 1.902 CC) por daños ocasionados por varias personas, el TS ha establecido la regla de presunción de solidaridad como garantía del resarcimiento (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Las obligaciones también podrán tener carácter solidario cuando las partes así lo pacten en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC).

### § 3.- OBLIGACIONES DE DAR, HACER O NO HACER.

Por razón del contenido de la prestación podemos hablar de obligaciones de dar, hacer o no hacer. El **objeto de la prestación** es lo debido por el deudor y lo que el acreedor está facultado a reclamar; el contenido de la prestación consiste en un dar, hacer o no hacer alguna cosa, así se desprende del art. 1.088 CC que establece que: «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa».

#### 3. 1. *Obligaciones de dar*

La prestación de dar es el comportamiento dirigido a la entrega de una cosa. La entrega es un **traspaso posesorio** y consiste en la realización de los actos necesarios para que el acreedor tome posesión de la cosa (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). La finalidad de la obligación de dar puede ser la de **transmitir la mera posesión** o bien puede tener la finalidad de **transmitir la propiedad u otro derecho real** sobre la cosa (PÉREZ ÁLVAREZ), siempre que la entrega o «traditio» se complete con «título» hábil (CARBONNIER) según el art. 609 CC. La obligación de dar también puede tener una finalidad restitutoria como sucede en el caso del comodato y del depósito (BLASCO GASCÓ).

La obligación de dar también comprende, de modo implícito, las siguientes obligaciones (BERCOVITZ): La de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia. (Art.1094) y la de entregar todos los accesorios (art. 1.097); además si se trata de la obligación de entregar una cosa concreta, el acreedor tiene derecho a que le sean entregados los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entrega (art.1095).

Las obligaciones de dar pueden ser **genéricas o específicas**. El CC se refiere a las obligaciones de dar en los arts. 1094 a 1097.

#### 3.2. *Obligaciones de hacer y no hacer:*

a) La **prestación de hacer** impone al deudor el desarrollo de una actividad que permite al acreedor la satisfacción de un interés (ej. ejecutar alguna obra o gestionar algún asunto). La doctrina distingue dos tipos diversos de obligaciones de hacer según que lo comprometido por el deudor sea una **mera actividad** o consista además en la obtención de un determinado **resultado** (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

En el primer supuesto hablamos de una **obligación de medios** y en el segundo **de resultado**. En el primero el deudor cumple desplegando diligentemente la actividad, aunque no se consiga el resultado. Ej. el abogado que se compromete a actuar diligentemente defendiendo a su cliente pero no se obliga a ganar el pleito ni el médico a sanar al enfermo. En ambos casos se entiende que han cumplido si han actuado de acuerdo con la «lex artis» que rige en su profesión.



En las **obligaciones de resultado** no hay cumplimiento si no se cumple el objetivo. Ej. El constructor incumple si no construye y termina un edificio de acuerdo a lo pactado.

b) **La obligación de no hacer** es un comportamiento desempeñado por el deudor consistente en una **omisión o una abstención**. Es un comportamiento meramente negativo. La omisión, puede tener dos manifestaciones: la simple y mera inactividad (Ej. La obligación de no instalar un bar en un local que se ha arrendado). La segunda consiste en que el deudor permita al acreedor realizar una actividad sin poner obstáculos a la misma. (Ej. Permitir que el dueño del solar que hemos arrendado aparque en el mismo).

En caso de incumplimiento de la obligación de **no hacer**, el acreedor tiene derecho a que se deshaga lo indebidamente realizado (art. 1.099) y si ello no fuera posible a que se le indemnice de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (art. 1101) (CASTÁN)

#### § 4.- OBLIGACIONES INSTANTÁNEAS, DURADERAS Y PERIÓDICAS.

La idea del tiempo influye en la configuración de la relación obligatoria, así pues, se distinguen los siguientes supuestos de obligaciones (LACRUZ):

A) **Obligaciones instantáneas, transitorias o de tracto único**, en ellas la prestación se realiza en un solo acto, lo que supone que su ejecución extingue inmediatamente la obligación. Ej. Este sería el caso de la compraventa manual con pago inmediato y entrega simultánea de la cosa, como sucede en la compraventa de un periódico o del billete de autobús.

B) **Obligaciones periódicas, a plazos, o de tracto sucesivo**, cuando la prestación que integra el objeto la obligación se fracciona en diversas prestaciones que debe realizarse en varios periodos de tiempo. Ej. El pago de la renta de un arrendamiento que necesariamente se tiene que hacer por mensualidades o los lapsos de tiempos que se pacte..

En ocasiones se trata de obligaciones, que inicialmente eran de tracto único pero que -por- por acuerdo de las partes- se transforman en periódicas como sucede con la compraventa a plazos.

C) **Obligaciones continuas, duraderas o de tracto continuo** cuando sin fraccionarse la prestación ésta se prolonga, definida o indefinidamente en el tiempo. Este es el caso de las obligaciones negativas. Ej. Obligación de no transferir a un futbolista durante un determinado tiempo.

Todas las obligaciones deben contar siempre con un límite o plazo, ya sea convencional o legal de duración y, en el supuesto de que éste no se haya establecido, haciéndose indefinida la obligación, el TS admite la posibilidad de resolución unilateral de la obligación.

#### § 5.- OBLIGACIONES DIVISIBLES E INDIVISIBLES.

Las obligaciones **indivisibles** son aquellas cuya prestación no puede realizarse de forma parcial sin que su naturaleza se altere o resulte inservible económicamente (PÉREZ ÁLVAREZ).

Los criterios de divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones aparecen recogidos en el art. 1.151 CC: Son **indivisibles** aquellas **obligaciones de dar** cuerpos ciertos y todas aquellas de **hacer** que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.

Son **divisibles** las **obligaciones de hacer** que 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.

En cuanto a las **obligaciones de no hacer**, no establece este precepto ningún requisito para conceptualizarlas como divisibles o indivisibles, limitándose a manifestar que: se decidirá por el carácter

de la prestación en cada caso particular.

Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN la divisibilidad de la obligación de dar y de hacer, depende como norma general de la **posibilidad de cumplimiento parcial**. Una obligación puede cumplirse parcialmente cuando consienta una **fragmentación** y las partes que resulten sean de la misma naturaleza, es decir que sean cualitativamente las mismas, puesto que el acreedor puede ver satisfecho su interés total a medida que se cumplan las obligaciones nacidas de la división.

No obstante, las partes, en virtud de la **autonomía de la voluntad**, pueden pactar la indivisibilidad de la obligación (**indivisibilidad convencional**). La divisibilidad o indivisibilidad de las obligaciones posee importancia cuando se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos, puesto que el régimen jurídico en el caso de las obligaciones indivisibles será el de la mancomunidad -en mano común-del art. 1.139 CC, mientras que para las divisibles se aplicará el régimen de la mancomunidad simple (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

## 6 § OBLIGACIONES ESPECÍFICAS Y GENÉRICAS.

Las obligaciones de dar, como y hemos adelantado, pueden ser específicas o genéricas. El régimen de la obligación presentará una serie de peculiaridades según se trate de una **obligación de entregar o de dar una cosa** (PÉREZ ÁLVAREZ).

Son **genéricas** aquellas **obligaciones** de dar en las que la cosa objeto de la prestación se encuentran determinadas únicamente a través o mediante su **pertenencia a un género**. Por género se entiende un conjunto más o menos amplio de objetos de los que se pueden predicar unas condiciones comunes. Son objeto de las obligaciones genéricas, las denominadas cosas fungibles, que en la vida corriente se determinan por su peso, número o medida. (CASTÁN). Ej. Entrega de una Tm. de trigo, cien ovejas, un Hl de vino etc.

Son **específicas** aquellas obligaciones de dar que recaen sobre **cosas concretas y determinadas** que suelen ser insustituibles. En estas el deudor sólo cumple entregando la cosa predeterminada. Ej. Obligación de entregar el cuadro Guernica de Picasso. Un coche matricula CS-2835-AC.

En las genéricas el deudor puede cumplir entregando uno cualquiera de los objetos o una determinada cantidad de ellos, siempre que pertenezcan al género estipulado. Ej. Entregar 100 kgs de trigo o la entrega de una motocicleta marca Yamaha modelo X.

### *a).-Régimen jurídico de las obligaciones genéricas y específicas:*

Las **obligaciones específicas** se rigen por las siguientes reglas (CASTÁN)

1º.- El deudor debe conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.094). Lo que supone que quien tiene que conservarla ha de desplegar una diligencia media que es lo que significa el que el concepto jurídico indeterminado “buen padre de familia” (PÉREZ ÁLVAREZ)

2º.- El deudor ha de entregar la cosa determinada objeto de la obligación, con todos sus accesorios, sin poderla sustituir por otra. (1.096, 1.097 y 1.166)

3º.-Si la prestación de la cosa determinada llega a hacerse imposible por caso fortuito, antes de haberse constituido en mora el deudor, queda éste liberado (art. 1.182).

4º.- Si la cosa es fructífera, el acreedor tiene derecho a la entrega de los frutos desde que nace la

obligación de entrega (art. 1.095 CC)

5º.- Si el deudor no cumple con la obligación de entregar la cosa determinada el acreedor puede compelerle coactivamente a que entregue la cosa (art. 1.096)

- Las **obligaciones genéricas**, según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, producen los siguientes efectos:

1º.- El deudor está obligado a la entrega de una cosa del género convenido.

2º.- Si el deudor no cumple voluntariamente, el acreedor puede solicitar que se cumpla a expensas del deudor (1.096-2º)

2º.- Si la calidad y circunstancias no se han expresado, el acreedor no podrá exigir una cosa de calidad superior, ni el deudor entregarla de calidad inferior (art. 1.167)

3º.- Se entiende que el género nunca perece (*genus nunquam perit*), por lo tanto como siempre hay cosas del mismo género, la pérdida o destrucción de la cosa debida no libera al deudor de cumplir la prestación como sucede con las obligaciones específicas (Art. 1.182 *a contrario*).

#### **b).-La concentración o especificación.**

La obligación genérica se convierte en específica y sigue el régimen propio de este tipo de obligaciones, mediante la individualización, concentración o especificación de la prestación. Esta se produce por la separación de la cosa o cosas del conjunto homogéneo o género que el deudor debe entregar al acreedor (BLASCO GASCÓ). El Código civil no contiene ninguna norma relativa a la especificación, si bien algún sector de la doctrina ha querido encontrar su admisión en el art. 1.452.3º (CASTÁN)

#### **c).- Obligaciones de género limitado.**

Estas obligaciones 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 delimitarlas, como la procedencia. Ej. Un Hl. de vino de la cosecha de 1994; mil kgs. de naranjas de tu finca de la partida X.

En las obligaciones de género limitado, la pérdida fortuita de las cosas libera al deudor de su obligación, puesto que no rige la máxima *genus nunquam perit* (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

### **§ 7.- OBLIGACIONES ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS.**

Las **obligaciones alternativas** son aquellas que tienen como objeto varias prestaciones, Según el **art. 1131** «*El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra*». De lo que se deduce que el deudor (salvo pacto, ex art. 1132) ha de elegir una para cumplir con ella. (R.BERCOVITZ). Ej. Cuando el deudor tiene que elegir entre pagar 6.000.€ o entregar un determinado cuadro o cuando un restaurante ofrece varios platos en el menú a sus clientes.

La obligación alternativa se caracteriza por su **contenido disyuntivo**, sólo habrá que efectuar una prestación de entre las varias prevista (PÉREZ ÁLVAREZ). Efectuada la elección, la obligación deja de ser alternativa y se concreta o especifica en la prestación elegida. Si tras la notificación de la elección al acreedor, la cosa perece o fuera imposible el servicio por caso fortuito, el deudor queda liberado.

(BLASCO GASCÓ)

**Obligaciones facultativas**, son aquellas en la que el deudor tiene una sólo prestación (entregar un cuadro) pero puede liberarse pagando otra distinta (6.000 €) (R.BERCOVITZ). A diferencia de las alternativas donde hay un abanico de prestaciones, en la facultativa sólo existe una prestación, si bien se concede al deudor una facultad de liberarse cumpliendo en el momento del pago una prestación diferente (PÉREZ ÁLVAREZ).

En este caso si desaparece la obligación debida (primera prestación), el deudor ya no está obligado a cumplir la prestación (segunda) con la que se puede liberar. Este tipo de obligaciones no aparecen reguladas en el Código civil y se tratan de una creación jurisprudencial. SSTS 23 marzo 1957 y 13 de marzo de 1990 (RJ 1990\1691).

## § 8. OBLIGACIONES PRINCIPALES Y ACCESORIAS.

Son obligaciones **principales** las que existen por sí mismas y tienen un fin propio y, **accesorias** las subordinadas y agregadas a un principal (CASTÁN). Son accesorias las obligaciones de garantía como la prenda, la hipoteca y la anticresis.

La extinción de la obligación principal supone la correlativa extinción las accesorias, como lo es el caso de la hipoteca que garantiza el pago de un préstamo, una vez que éste se ha verificado se extingue la hipoteca aun cuando todavía continúe inscrita en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, la extinción de la obligación accesoria, sin embargo, no afecta a la existencia de la obligación principal.

## § 9. OBLIGACIONES PECUNIARIAS

### 1. *Concepto.*

Son obligaciones pecuniarias o dinerarias las que consisten en la entrega de una cantidad de dinero (LACRUZ). Las deudas pecuniarias tiene dos características: En primer lugar, su cumplimiento no puede devenir nunca imposible porque el dinero siempre existe como tal, de ahí que la deuda de dinero sea una **obligación genérica**. Finalmente, el dinero es un bien productivo, de ahí que el **incumplimiento** por parte del deudor origine un perjuicio para el acreedor que se traducirá –salvo pacto en contrario- en el **pago** de unos **intereses convenidos** o, en su defecto, en el pago del **interés legal** (art. 1.108) (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La doctrina, según la función que desempeñe el dinero, distingue dos clases de deuda pecuniaria, como **deuda de dinero** o como **deuda de valor** (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La **deuda de dinero**, o «**deuda dineraria especificada**» o «**deuda de especie monetaria**», tiene lugar cuando se pacta que el pago se realice en una especie monetaria concreta -euros, dólares, etc.-, en este caso funciona como medio de cambio de cosas y servicios. Este es el caso precio de la venta de un coche, de un arrendamiento de servicios, etc.

En la **deuda de valor** la suma a pagar por el deudor se determina en relación con el valor monetario de otra cosa (BERCOVITZ). Ej. El valor que tenga el barril Brendt de petróleo el 1 de enero de 2010, el valor de una onza de plata en el mercado de Amberes, etc. El Código se refiere en varios supuestos a la obligación de abonar un valor. El art. 360, al referirse al abono del valor de la construcción o plantación con materiales ajenos y los arts. 365, 564, 645, 1.106, 1.307, 1.478 etc.

## 2. El nominalismo.

El problema que presentan las obligaciones pecuniarias es la **pérdida del valor adquisitivo del dinero** como consecuencia de la inflación o de la devaluación monetaria, o incluso de su apreciación. No tenían el mismo poder adquisitivo un peseta después de finalizada la guerra civil española (1939) que una de 1.998, aunque ambas tuviesen el mismo valor nominal o facial.

A título de ejemplo, el valor adquisitivo del dinero, desde enero de 1985 a enero de 2006 ha sufrido una merma del 147 %. según el Instituto Nacional de Estadística (<http://www.ine.es>)

Nuestro ordenamiento jurídico se inclina por el llamado *Principio del Nominalismo*, según el cual el deudor deberá entregar la misma suma pactada en la obligación, es decir el mismo valor nominal, cualquiera que sea la alteración del poder adquisitivo del dinero como consecuencia de las apreciaciones o depreciaciones de la moneda. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El **principio nominalista** tiene su reflejo en el **art. 1.170** del CC (LACRUZ), que establece que: «*El pago de las deudas de dinero deberán hacerse en la especie pactada, no siendo posible entregar la especie en la moneda de plata u oro que no tenga curso legal en España.*

*La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados [cuando se hayan hecho efectivos], o cuando por culpa del deudor se hubiesen perjudicado»*

En la actualidad solamente los billetes del Banco de España (o del de cualquier otro país de la Unión Europea) son los que poseen curso legal y forzoso. Dentro del concepto de especie pactada cabe la posibilidad de que se pacte un contrato en moneda extranjera. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Para evitar las consecuencias del nominalismo las partes pueden acudir a las llamadas **cláusulas de estabilización**. Este tipo de cláusulas se insertan en los contratos de tracto sucesivo, y consisten en un índice corrector (que puede ser el Índice de Precios al Consumo del Instituto nacional de estadística o cualquier otro) que sirven para fijar la relación entre la suma objeto del contrato y el índice. De modo que la suma variará en idéntico sentido al **índice**. De este modo se corrige la pérdida o aumento del valor adquisitivo de la moneda.

Los **índices más utilizados** son los siguientes (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN):

- a) **Cláusulas de valor oro o plata** por las que se acuerda que el deudor ha de entregar la suma de dinero que permita adquirir teóricamente la misma cantidad de oro o de plata que se podía adquirir con la suma fijada en el contrato.
- b) **Cláusulas valor-moneda extranjera**. El deudor ha de pagar la suma de dinero con la que puede adquirirse una determinada suma de moneda extranjera.
- c) Tomando como referencia el **precio de determinados productos**, como el trigo o el pan.
- d) El **Índice de Precios al Consumo** (IPC), señalado por el Insituto Nacional de Estadística. Esta es la cláusula utilizada con más habitualidad en nuestro país. La cantidad a pagar variará según lo haya hecho este índice.

El juez también puede corregir el nominalismo mediante la aplicación de la «cláusula *rebus sic stantibus*», en aquellos supuestos en los que la doctrina del TS lo autorice.

En algunas ocasiones es la **ley** la que impone de forma imperativa o dispositiva, determinadas cláusulas de estabilización (BLASCO GASCÓ). Ej. El art. 13 de la Ley 49/2003 de Arrendamientos Rústicos y el art. 18 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

#### **4. La prestación de intereses.**

La deuda de intereses es una deuda dineraria derivada a su vez de una deuda pecuniaria. Jurídicamente el interés es un fruto, un fruto civil (arts. 354 y 355) que se configura como una remuneración por la disposición de una suma de dinero. El dinero se considera como un bien productivo y sus frutos son los intereses. (BLASCO GASCÓ)

Los intereses pueden desarrollar varias funciones: **remuneratoria**, como fruto por la utilización de un capital, **sancionatoria o indemnizatoria**, como sucede en el caso de los intereses moratorios (art. 1108), como función **revalorizatoria** para compensar el nominalismo y como función **compensatoria** si la obligación es sinalagmática y la cosa produce frutos. (Arts. 1120, 1303 y 1501) (BLASCO GASCÓ)

La obligación del pago de intereses es una obligación de **naturaleza accesoría** respecto de la obligación de restituir o entregar el capital y por lo tanto sigue sus vicisitudes. Sin embargo la obligación de pagar los intereses ya vencidos, tiene sustantividad propia y tiene una existencia independiente de la obligación pecuniaria que la produjo (LACRUZ).

#### **5. Clases de intereses.**

La deuda de intereses, por su origen, puede ser legal o convencional. La obligación de pago del **interés legal** se encuentra establecida por la Ley. Su cuantía es también la que determina la ley (Ley de Presupuestos del Estado). Ley Presupuestos Generales del Estado para el año 2007 lo ha establecido en un 5%.

Dentro de los intereses legales la doctrina distingue entre: **intereses moratorios**, que representan el resarcimiento del daño causado por el deudor al acreedor *pecuniario* por el retraso culposo en la entrega de la cantidad debida (art. 1.108). La ley de presupuestos también ha previsto para el año 2007 un curso interés de demora del 6,25% que aplicará Hacienda a quienes se retrasen en el pago de sus obligaciones tributarias.

Son **intereses compensatorios**, los que cumplen una función equitativa por la apropiación de los frutos y rentas a cargo del vendedor que todavía no ha recibido el precio de cosa vendida (Arts. 1120, 1303 y 1.501-2º) (LACRUZ)

El **interés convencional** es aquel cuyo origen está en el pacto de las partes de la misma forma que lo está su cuantía. Sin embargo la Ley de 23 de Junio de 1908 (De prevención de la Usura o Ley Azcárate) determina la nulidad de un contrato cuando los intereses pueden ser calificados de usurarios.

Si se ha pactado el pago de intereses pero no se ha fijado su cuantía, se entiende por la jurisprudencia que debe aplicarse el interés legal.

#### **6. El anatocismo.**

La figura del **anatocismo** consiste en los intereses de los intereses ya vencidos. La acumulación de intereses al capital ya devengado genera a su vez nuevos intereses. El art. 1.108 prevé el **anatocismo** de carácter **legal** al señalar que los intereses vencidos generan el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio al respecto. El anatocismo puede tener también un origen **convencional** (BLASCO GASCÓ).

Ej. Juan se obliga a devolver un préstamo 6.000 € ptas, en su día pactó pagar un 5% anual (interés remuneratorio). El día del vencimiento deberá entregar el capital y los intereses devengados. Si no lo

hace así, tendrá que pagar unos intereses en concepto de mora, que se aplicarán sobre el capital y sobre los intereses remuneratorios desde el momento en que su acreedor le demande.

## § 10.- OBLIGACIONES, PURAS, CONDICIONALES Y A TÉRMINO.

### 10.1. Concepto de obligación condicional.

Se denomina **condición** al *acontecimiento futuro e incierto* al que queda sometida, total o parcialmente la eficacia de un contrato. Como quiera que lo sometido a condición son las obligaciones que se derivan del contrato, el CC utiliza la expresión **obligaciones condicionales** (PÉREZ ÁLVAREZ). En el CC las obligaciones condicionales aparecen reguladas en los arts. 1.113 a 1.124 CC.

La regla general establecida por el Código civil es que las **obligaciones** son **puras**, es decir que no estén sometidas ni a condición ni a plazo, lo que supone que han de cumplirse de forma inmediata una vez nacidas. El art. 1.113CC establece que la obligación [pura] «será exigible *desde luego*». (LASARTE).

Una característica de la condición es su voluntariedad: el contrato se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto porque las partes así lo han acordado. De ahí que la jurisprudencia haya establecido que «las condiciones no se presuponen sino hay que probarlas». (STS 16 junio 195 y 24 julio 1997) (PÉREZ ÁLVAREZ).

### 10.2. Clases.

Las obligaciones condicionales pueden ser **suspensivas y resolutorias**. Las primeras son aquellas en las que el contrato o la obligación sólo empiezan a producir efectos desde que la condición se cumple. Ej. Te daré un piso cuando te cases. La obligación de entrega no produce efectos –esta en suspenso– hasta que se cumpla la condición, el casarse.

En las **obligaciones resolutorias** el contrato o la obligación dejan de producir efectos, se resuelven cuando la condición tiene lugar. Ej. Te pagaré 500 € mensuales mientras estudies Derecho. Lo que supone que terminada la carrera finaliza –queda resuelta– la obligación de pagar los estudios.

La STS 19 julio 2002 (RJA 9097) al referirse a la necesidad de obtener la licencia de construcción, en un contrato de permuta de solar a cambio de obra establece que...«esta cláusula transcrita tiene naturaleza jurídica de condición resolutoria: **si se cumple la condición -denegación o retraso de seis meses de la licencia de edificación (siempre respecto al proyecto consensuado)- se resuelven el contrato y las obligaciones derivadas del mismo y las partes deben restituirse aquello que hubiesen percibido**, como dice el artículo 1123 del Código Civil volviendo al «statu quo» anterior».

Estos dos tipos de obligaciones aparecen contempladas en el **art. 1114 CC**: «*En las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos [suspensiva], así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos [resolutoria], dependerán del acontecimiento que constituya la condición*».

### 10.3. Límites.

De acuerdo con el art. 1.116 del CC: «Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta.»

Respecto a este tipo de condiciones la STS 21 febrero 2003 (RJA 2132) establece que: «la condición impuesta [...] resulta de imposible cumplimiento y la aplicación al respecto de lo consignado en el art. 1116 del Código civil que anula la obligación que de ellos dependa, por consiguiente la cláusula de obtener la declaración de invalidez en el plazo de un año, anula la obligación impuesta, como se deduce de las **sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6598), 14 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1252) y 30 de mayo de 1991**».

#### **10.4. Concepto de obligación a término.**

El CC regula las obligaciones a plazo en los arts. 1.125 a 1.130. La eficacia de un contrato o de una obligación también puede hacerse depender del transcurso de un período de tiempo. Se habla entonces de un contrato u obligación a sometida a **término o a plazo**. En el plazo, a diferencia de la condición, existe la certidumbre de que este va a tener lugar en que una fecha exacta y que por tanto la obligación necesariamente deberá ser cumplida.

El término puede ser inicial o final. Es *inicial* cuando el comienzo de la eficacia de un contrato queda supeditado al transcurso del plazo, llegado este el contrato despliega todos sus efectos. El término *final* supone que un contrato que era válido deja de producir efectos desde el advenimiento del plazo (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

En el contrato de arrendamiento firmado el 7 julio de 2002, pero que empezará a tener validez el 1 de enero de 2003, el contrato existe desde la fecha en que presta el consentimiento, pero sus efectos obligatorios no surgirán hasta el día en que se cumple el término inicial, el 1 de enero de 2003.

*El vencimiento anticipado de las obligaciones aplazadas.*- Aun cuando la obligación haya sido objeto de aplazamiento (o término final), el hecho de que la situación patrimonial o la actitud del deudor haga peligrar la satisfacción del interés del acreedor puede conllevar la **anticipación del vencimiento** de la obligación aplazada (LASARTE).

Establece, en efecto, el **artículo 1.129** del Código civil que «perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

- 1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda.
- 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.
- 3º. Cuando por actos propios hubiere disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.»



## Tema 11

# LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (I). LOS SUBROGADOS DEL PAGO

- § 1. Modos de extinción de las obligaciones.
- § 2. El pago o cumplimiento.
- § 3. Imputación de pagos
- § 4. Los subrogados del pago
- § 5. Ofrecimiento de pago y consignación
- § 6. Dación en pago
- § 5. Pago por cesión de bienes.
- § 8. La condonación.
- § 9. La compensación
- § 10. Imposibilidad sobrevenida de la prestación
- § 11. Confusión

### § 1.- MODOS DE EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.

Los derechos de crédito tienden a su consumación, a diferencia de los derechos reales que tienden, por lo general, a una duración ilimitada. Los derechos de crédito son de naturaleza transitoria, puesto que sólo persiguen satisfacer el interés del acreedor mediante la **prestación** del deudor o su **equivalente económico** (CASTÁN).

Los **modos o causas de extinción** son los distintos hechos o negocios jurídicos en virtud de los cuales la obligación deja de existir (PUIG BRUTAU). El CC dedica el **artículo 1.156** a la **extinción de las obligaciones**: «*Las obligaciones se extinguen:*

- Por el pago o cumplimiento.*
- Por la pérdida de la cosa debida.*
- Por la condonación de la deuda.*
- Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.*
- Por la compensación.*
- Por la novación»*

Es reiterada la jurisprudencia que establece que la **enumeración** del artículo 1.156 es **incompleta** y por lo tanto **no es exhaustiva** sino meramente enunciativa.

Un mapa más completo de los modos de extinguirse la obligación, es el siguiente:

- a) Por la realización de la prestación debida por el deudor, es decir por el **pago o cumplimiento**.
- b) Por quedar **satisfecho el interés del acreedor por otros medios** diferentes al pago o cumplimiento denominados subrogados del pago: *pérdida de la cosa debida, condonación de la deuda., confusión de los derechos de acreedor y deudor, compensación y novación.*
- c) Por incumplimiento de la obligación por causas no imputables al deudor (**fuerza mayor o**

- caso fortuito).**
- d) Por utilizar acreedor aquellos medios de los que dispone para defender sus intereses ante el incumplimiento del deudor (**resolución por incumplimiento**).
  - e) Cuando se atribuye a una de las partes la facultad de dar por terminada la relación obligatoria: la **decisión unilateral**. Si bien en algunos casos es la propia ley la que contempla este supuesto. Ej. Este es el caso del derecho de revocación del art. 5 de la Ley 26/1991 de «contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles» y del desistimiento del art. 10 Ley 42/1998, sobre «Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias» (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).
  - f) Cuando las partes celebran un negocio jurídico de extinción de la relación obligatoria: el **mutuo disenso**.
  - g) Cuando se produce la circunstancia expresamente prevista como momento final de la relación (**término final, condición resolutoria**) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).
  - h) Otras vías de extinción como la prescripción o caducidad de la acción, la muerte de las personas (en las obligaciones de carácter personalísimo) (PUIG BRUTAU).

## § 2.-EL PAGO O CUMPLIMIENTO.

### 2.1.-Concepto.

La palabra **pago** se relaciona con el cumplimiento de las obligaciones dinerarias. Sin embargo, jurídicamente pago y cumplimiento son términos equivalentes que se refieren a la realización por el deudor del cumplimiento previsto en la obligación. (R.BERCOVITZ). El pago presupone una obligación anterior puesto que en otro caso, el pago sin una obligación previa, nos encontraríamos ante un supuesto de cobro de lo indebido (*ex art. 1.895 CC*) (PÉREZ ÁLVAREZ).

El propio Código utiliza en numerosas ocasiones las expresiones pago y cumplimiento como equivalentes. El término incumplimiento es el reverso de la expresión cumplimiento.

El cumplimiento o pago es la realización de la prestación debida que trae como consecuencia (PÉREZ ÁLVAREZ):

- a) la extinción de las obligaciones. Si bien las obligaciones también se extinguen por otras causas
- b) la liberación del deudor. Lo que supone que desaparece el deber jurídico de llevar a cabo la prestación.
- c) la satisfacción del interés del acreedor. Puesto que el cumplimiento supone la consecución de la prestación que se le podía exigir al deudor.

El cumplimiento puede ser «voluntario» y «forzoso», en este último caso hace referencia al cumplimiento que se impone de forma coactiva al deudor cuando no cumple de forma voluntaria (PÉREZ ÁLVAREZ). El cumplimiento forzoso supone que previamente el acreedor ante el incumplimiento del deudor se ha visto obligado a acudir a la vía judicial, obteniendo una sentencia en la que se condena a aquél a cumplir forzosamente.

Se denomina **régimen jurídico del pago** al **programa de prestación** previsto al constituirse la obligación (STS 2 de noviembre 1994). Ese programa estará integrado por la voluntad de las partes y en lo no previsto por ellas por lo dispuesto en el Código (art. 1258 CC). La ejecución de la prestación de acuerdo con el *programa* producirá la extinción de la obligación y la liberación del deudor (PÉREZ ÁLVAREZ).

### 2.2.- Sujetos del pago.

## A.- Pago efectuado por el deudor.

El **deudor** es la persona obligada al pago cuyo destinatario es el acreedor. El pago puede realizarlo el deudor por sí mismo o por representante legal o voluntarios. Sin embargo, el Código civil –salvo que se trate de prestaciones personalísimas (art 1.161 CC) **también denominadas *intuitu personae*** - permite que pague un tercero distinto del deudor o incluso que se haga el pago a persona distinta del acreedor (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

El pago puede ser realizado por una persona o por varias, tal como se vio en los casos de obligaciones con pluralidad de deudores, originándose el fenómeno de las obligaciones mancomunadas o solidarias.

## B.- El pago efectuado por tercero.

En principio, corresponde el pago al deudor, sin embargo, puede pagar un tercero cualquiera (ALBALADEJO). **Lo que supone que una persona de modo voluntario paga una deuda ajena** (PÉREZ ÁLVAREZ). Esta posibilidad aparece reflejada en el **artículo.1158: «Puede hacer el pago cualquiera persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. [...]»**. **De un modo castizo podríamos decir que «para pagar todo el mundo es bueno»**.

**Esta legitimación del pago por tercer es independiente de cuál sea la voluntad del deudor y de los motivos que impulsan al tercero a asumir una obligación ajena** (PÉREZ ÁLVAREZ).

La **excepción** a esta regla del pago por tercero la constituyen las obligaciones personales (*intuitu personae*) de hacer. Según el **art. 1161**: «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.»

El **fundamento** de que sea válido el pago por una persona que sea totalmente ajena a la relación jurídica, tenga o no interés en su cumplimiento, se encuentra en que al tener por finalidad la prestación la satisfacción de un interés del acreedor, a éste no debe importarle, en principio, quién la realice, con tal de que aquél quede satisfecho. El tercero, según el art. 1158 CC, puede pagar incluso cuando se opongan el deudor y el acreedor (ALBALADEJO).

**Efectos del pago por tercero.** El pago efectuado por el tercero **libera al deudor frente al acreedor**, que ha visto satisfecho su interés al cumplirse la prestación debida. A su vez el tercero puede reclamar al deudor por el que ha pagado; si bien las posibilidades de reclamación del tercero al obligado varían según las circunstancias de conocimiento del deudor (PÉREZ ÁLVAREZ):

a) **El pago por tercero con conocimiento y sin oposición del obligado al cumplimiento**, le permite reclamar al deudor lo que hubiese pagado (**acción de reembolso** ex art. 1.158-2º), pero además podrá subrogarse en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor por quien se ha pagado (**acción subrogatoria** ex art. 1.159, a *sensu contrario*).

Según el art. 1158-2, «El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese 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.»

El art. 1159 establece que: «El que pague en nombre del deudor, ignorándolo éste, no podrá compeler al acreedor a **subrogarle** en sus derechos.»

b) **El pago por tercero ignorándolo el obligado al cumplimiento**, sólo le permite reclamar al

**deudor lo que hubiese pagado (acción de reembolso ex art. 1158-2) pero carecerá de derecho a la subrogación del art. 1159.**

c) **El pago por tercero con oposición del obligado al cumplimiento** sólo permite repetir contra el obligado aquello en que le hubiera sido útil el pago (**acción de enriquecimiento** ex art. 1.158-3º).

### **2.3.- Capacidad para efectuar el pago**

El presupuesto de **capacidad** para efectuar el **pago** viene establecido por el **artículo 1.160 CC** con referencia a las **obligaciones de dar**: «...no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, 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».

En el caso de que el pago fuese realizado por un incapaz se aplicaría la regla de la anulabilidad (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

El Código guarda **silencio** cuando la prestación consiste en una obligación de **hacer o no hacer**. Solamente en el caso de la obligación previa fuese anulable cabría la posibilidad de restitución del valor de la prestación ejecutada. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

### **2.4.- Capacidad para recibir el pago**

**El pago en principio debe de efectuarse al acreedor que pueda recibirlo, siéndolo todo sujeto capaz para administrar sus bienes. No obstante, también puede efectuarse el pago al representante (legal o voluntario) o cualquiera otra autorizada a recibir el pago, tal como establece el art. 1162: «El pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación [deudor], o a otra autorizada para recibirla en su nombre».**

El Código civil prevé **dos supuestos** en los que el **pago es válido** y libera al deudor aunque no se hubiera efectuado a ninguna de las anteriores personas (ALBALADEJO):

**1.- El pago al acreedor aparente.** El art. 1164 CC establece que «el pago efectuado de **buena fe** al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor».

Sería cuando en el caso de fallecimiento del acreedor se paga a quien aparentemente es su heredero, aunque en realidad luego se averigua que no lo es. Siempre que el pago se realice de **Buena Fe**.

**2.- El pago efectuado a tercero.** El CC admite la validez del pago, efectuado al acreedor, a la persona autorizada, al acreedor aparente e incluso a un tercero siempre que reporte alguna **utilidad** al acreedor (art. 1163 CC).

Nos dice ALBALADEJO que el pago al tercero sería útil al deudor cuando aquel a quien por error se le entregó el dinero, lo hiciera llegar a manos del verdadero acreedor, lo que conllevaría a la liberación del deudor y en consecuencia el pago habría sido útil. Es decir la utilidad supone que el dinero al final entre en el patrimonio del acreedor (PÉREZ ÁLVAREZ).

### **2.5.- Requisitos objetivos del pago: la exactitud de la prestación.**

Son requisitos del **exacto cumplimiento de la prestación**: su identidad, integridad e indivisibilidad. Ello significa que: la prestación ha de ser exactamente la debida (art. 1.166), que el acreedor tiene derecho a recibirla de íntegramente (art. 1157) y además, por norma general de una sola vez (art. 1169) (PUIG BRUTAU). **La falta de cualquiera de estos requisitos, supone un incumplimiento contractual**, faculta al acreedor para negarse a aceptar el cumplimiento que el

deudor le ofrece (PÉREZ ÁLVAREZ).

- a) El requisito de la **identidad** de la prestación, consiste en que **se ha de realizar la prestación prevista**, no se puede pagar mediante otra prestación distinta a la pactada. Esta exigencia aparece recogida en el art. **1166** que establece que: «*El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor.*».

Se viola este requisito cuando se entrega un cuadro distinto al comprado, aunque sea de superior valor.

- b) El principio de la **integridad** significa que la prestación ha de cumplirse en su totalidad; aparece recogido en el artículo 1157 que establece que: «*No se entenderá pagada una deuda sino cuando **completamente** se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía.*».

Este sería el caso en el no se entrega la cosa vendida junto con sus accesorios, o frutos (art. 1.095 y 1.097); cuando sólo se entrega el 95 % de la cantidad adeudada, etc.

- c) El requisito de la **indivisibilidad** se opone al fraccionamiento de la obligación y está contemplado en el artículo 1169 CC que dice que: «*A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.[...]*». **La indivisibilidad supone que la prestación ha de efectuarse de forma unitaria en el tiempo en que ha de realizarse la prestación (PÉREZ ÁLVAREZ).**

Una excepción a este requisito es la que recoge el 2º párrafo del art. 1169: «*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.*».

## 2.6. Circunstancias y lugar del pago.

**El pago o la prestación ha de realizarse en un determinado lugar, de modo que el acreedor puede negarse a la recepción del pago en un lugar al pactado (PÉREZ ÁLVAREZ).**

A) **El lugar del pago.** El **art.1171** establece con carácter general el lugar del pago: «*El pago deberá ejecutarse en el **lugar que hubiese designado la obligación.***».

*No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación.*

*En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor.*».

El Código también establece el lugar el pago para algunos supuestos de contratos en particular. El artículo 1500 en la compraventa, el 1574 para el arrendamiento de fincas, el 1559 para el contrato de ejecución de obra, el 1.615 para el pago de los censos y el 1774 para el pago del depósito.

B) **El tiempo del pago.** El pago o cumplimiento ha de ser realizado en el momento pactado por las partes. En defecto de pacto al respecto, el vencimiento de la deuda dependerá de la clase de obligación. Así si esta es **pura** o está sometida a **condición resolutoria** será exigible desde luego - vgr. inmediatamente-(art. 1.113). Si está sometida a **condición suspensiva**, será exigible cuando la condición se cumpla (art. 1.114) y si se halla sometida a **plazo** cuando el día llegue (art. 1.125) (PUIG BRUTAU).

La inobservancia del tiempo del cumplimiento, permite distinguir entre un mero **retraso** en el cumplimiento de la obligación, sin consecuencias jurídicas y el cumplimiento **moroso** (art. 1.100)

con las consecuencias que señala el art. 1.101 CC.

Los **Tribunales** pueden fijar el **plazo de pago** en dos supuestos (art. 1128): 1º.- Si la obligación no señalara plazo pero de su naturaleza y circunstancias se dedujera que ha querido concederse al deudor. 2º. Si la duración del plazo ha quedado a voluntad del deudor.

Ej. Los Tribunales tendrán que fijar el plazo de pago cuando, por ejemplo se presta a alguien un barco para que lo utilice durante el tiempo que esté en Mallorca, o se utiliza en un contrato una cláusula del estilo “ya me pagarás cuando puedas”.

### 2.7.- Prueba del pago: el recibo.

En virtud de la regla del **artículo 217** de la vigente **LEC**, incumbe al deudor la prueba del pago de la obligación, como causa de extinción de la misma. El deudor puede acudir a cualquier medio de prueba, sin embargo, el medio más extendido de prueba del pago de las obligaciones es el **recibo**. Éste aún a pesar de aparecer mencionado en varios preceptos (arts. 1110, 1172.2, 1616, 1684 y 1685), sin embargo, no aparece regulado en ninguno de ellos (LACRUZ ).

El recibo normalmente consiste en un simple documento privado firmado por el acreedor acreditativo de la recepción de la prestación debida, con su conformidad o disconformidad en su caso (LACRUZ).

El TS en numerosas ocasiones ha establecido la obligatoriedad de la entrega del recibo por el acreedor, justificando incluso la negativa del deudor a efectuar el pago si aquél se niega a la entrega del recibo (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

El **deber de entregar recibo** si que aparece recogido en algunas leyes especiales: el art. 164-3º de la Ley de 2 de Agosto de 1985 reguladora del IVA, establece la obligación de emitir la correspondiente factura. Asimismo el art. 10.1º.b de la LGDCU ha establecido la obligación de entrega a los consumidores de «recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación o el art. 11 LOCM, el art. 17.4 de la Lau/1994 y el art. 817 Lec/2000.

## § 3.-LA IMPUTACIÓN DE PAGOS.

### 3.1.- Concepto.

Esta figura jurídica viene a solucionar el problema que se plantea cuando un deudor tiene varias deudas de una misma especie con un mismo acreedor; e interesa saber cuál de ellas es la que se paga con la prestación realizada (ORDUÑA MORENO). La imputación de pagos designa la deuda a la que debe aplicarse el pago realizado por el deudor.

### 3.2.- Requisitos.

Doctrina y jurisprudencia señalan los siguientes requisitos para que tenga lugar la imputación de pagos (ORDUÑA MORENO):

- a) La existencia de **varias deudas** de las que sean titulares activos y pasivos las mismas personas.
- b) Las **deudas** han de ser de la **misma especie**, de modo que sea indiferente pagar una u otra. Ej. Deudas de dinero, no cabe la imputación de deudas si estas son de diferente especie como deber dinero y la entrega de una cosa.
- c) Las **deudas**, en principio, han de estar **vencidas y ser exigibles**. (art. 1174-1 CC)

### 3.3.- Régimen.

La imputación de pagos viene **regulada** en los **arts. 1172 a 1174 del CC**, y puede efectuarse

de acuerdo a los siguientes criterios:

1º) **Imputación por el deudor.**- Según el art.1172-1º:«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».

En este supuesto el deudor ha de dirigirse al acreedor para que éste muestre su conformidad al respecto (ORDUÑA MORENO).

2º) **Imputación por el acreedor.**- En caso de no haberse manifestado el deudor, la imputación puede efectuarse por el acreedor de acuerdo con el art. 1172-2º: «Si aceptare [el deudor] del acreedor un recibo en que se hiciese la aplicación del pago, no podrá reclamar contra ésta, a menos que hubiera mediado causa que invalide el contrato».

Este supuesto contempla la posibilidad de que el acreedor se hubiese adelantado a la iniciativa del deudor.

3º) **Criterios legales de imputación.**- En el supuesto de que la imputación no se resuelva de acuerdo con las reglas anteriores, será de aplicación lo previsto en art.1174 CC: «Cuando no pueda imputarse el pago según las reglas anteriores, 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».**

4 º) En el supuesto de que una de las **deudas produzca intereses**, se aplicará el art.1173: «Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses». Este precepto supone una limitación de la facultad de imputación del deudor.

#### §4. LOS SUBROGADOS DEL PAGO

El pago o cumplimiento consiste en la exacta y puntual ejecución de la prestación convenida, pero no es la única vía para conseguir la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor. En ocasiones, la satisfacción del interés del acreedor puede producirse de un modo diferente al cumplimiento inicialmente pactado o programado a través de una serie de medios denominados «**subrogados del cumplimiento**» puesto que sustituyen o suplen al cumplimiento en sentido genuino. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Los **subrogados del pago son:** *el ofrecimiento de pago y la consignación, la dación en pago, el pago por cesión de bienes, la condonación y la compensación.*

#### § 5.- EL OFRECIMIENTO DE PAGO Y LA CONSIGNACIÓN

##### 5.1. Naturaleza y función.-

La ley protege el interés del deudor que ha cumplido diligentemente liberándole de la obligación. Sin embargo, a veces el deudor que actúa diligentemente no encuentra la necesaria colaboración del acreedor, que se niega injustificadamente a recibir la prestación realizada. Como no es justo que el deudor continúe vinculado indefinidamente con el acreedor, la ley ha dispuesto de un mecanismo para liberar al deudor, el **ofrecimiento de pago** seguido de la **consignación** o depósito de las cosas debidas ante la autoridad judicial (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

En los supuestos en los que se han pactado arrendamientos muy largos, el arrendador llega un momento en que se niega a recibir más pagos del arrendatario, para a continuación iniciar un proceso de desahucio por falta de pago contra aquél.

La consignación tiene una función liberatoria del vínculo obligacional. Su aplicación se restringe a las **obligaciones de dar**, que son las únicas que pueden ser objeto de una puesta a disposición. La consignación, en sentido amplio, consta de dos fases sucesivas: el **ofrecimiento del**

**pago y la consignación judicial de la cosa debida.** (ORDUÑA MORENO)

En ese sentido el art. 1176-1º CC establece que: «si el acreedor a quien se hiciera el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el **deudor** quedará **libre** de responsabilidad **mediante la consignación de la cosa debida...**».

## **5.2. Procedimiento.**

El CC establece en los arts. 1.176 a 1.181 el procedimiento a seguir para que el deudor se libere de la obligación mediante el ofrecimiento de pago seguido de la consignación.

1º.- El **ofrecimiento del pago** hecho al acreedor no requiere ninguna forma especial, por lo que será válido por cualquier medio que pruebe fehacientemente que aquel se ha efectuado. Requerimiento notarial, telegrama, burofax... (art. 1177- 2º). El **pago** ofrecido debe de ser **exacto** tanto en sus requisitos objetivos como en las circunstancias de tiempo y lugar.

2º.-El deudor tiene el **deber de comunicar previamente la consignación** a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación (art. 1177-2º). Están interesados en la obligación todos aquellos que ostenten un derecho, o asuman alguna responsabilidad: acreedores y deudores solidarios, fiadores, etc. (ORDUÑA MORENO).

Tanto el ofrecimiento de pago como el anuncio previo de la consignación deberán ser acreditados posteriormente ante la autoridad judicial. A este respecto el art 1172 dice que «Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación»

3.- La **consignación** propiamente dicha se efectuará, según establece el art. 1178 CC «...**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. Hecha la consignación, deberá notificarse también a los interesados». (ORDUÑA MORENO).

La **consignación de bienes inmuebles** plantea el problema de su admisión, puesto que el art. 1761 CC los excluye como objeto del depósito. No obstante debe resolverse a favor de su admisión, ya que la *puesta a disposición resulta viable*, no sólo a través del nombramiento judicial de personas encargadas de su conservación y custodia sino también por medio de la entrega espiritualizada o simbólica del bien inmueble, como las llaves, escrituras, etc. (ORDUÑA MORENO).

## **5.3. Efectos.-**

El **principal efecto** de la **consignación** es la **liberación del deudor**. Según el **art. 1180 CC** Este efecto se produce **cuando el acreedor acepta la consignación o recae una declaración judicial confirmando** que la **consignación** se ha **realizado conforme a derecho**. (ORDUÑA MORENO). La consignación estará validamente efectuada cuando se hayan seguido los trámites previstos, siendo lo consignado lo adeudado y no aceptado sin razón por el acreedor (PÉREZ ÁLVAREZ).

En la **fase anterior a la aceptación** o la **declaración judicial**, el deudor puede, si lo considera conveniente, proceder a la retirada de las cosas depositadas, pero, en tal caso, deja subsistente la obligación (art. 1180-22). Si la retirada de las cosas se realiza con la autorización del acreedor, entonces se produce una modificación de la relación obligatoria, pues el acreedor pierde la preferencia que tuviere sobre las cosas frente a sus acreedores y los codeudores y fiadores quedan liberados (art. 1181 CC). Por su parte, el art. 1179 CC señala que: «los **gastos de la consignación**, cuando fuera procedente, serán de cuenta del acreedor».

El deudor, efectuada válidamente la consignación, puede solicitar del juez que mande cancelar la obligación, esto es, que expida el correspondiente documento acreditativo de la extinción de la obligación.(ORDUÑA MORENO)

## **5.4. Consignación no precedida de ofrecimiento de pago.**



El art. 1176 CC, enumera los supuestos en los que es válida la consignación realizada directamente, sin ofrecimiento de pago:

1)«Cuando el acreedor está ausente». No es necesaria la declaración de ausencia legal, pues en tal caso, el ofrecimiento debería hacerse a su representante legítimo. Se trata, por tanto, de la falta de presencia del acreedor en su domicilio o residencia o del desconocimiento de éstos cuando el pago deba realizarse en alguno de ellos.(ORDUÑAMORENO)

2)«Cuando el acreedor esté incapacitado para recibir el pago». No es necesaria una incapacitación legal , puesto que en ese caso sería su representante legal quien recibiese el pago. Se refiere el precepto a una incapacidad puramente material y transitoria o a una incapacidad no declarada judicialmente.(ORDUÑAMORENO)

3)«La existencia de litigio sobre la titularidad del crédito». El verdadero acreedor verdadero se determinará en la correspondiente sentencia y hasta que ello no se produzca carece de fundamento el realizar múltiples ofrecimientos de pago. (ORDUÑAMORENO)

4)«Cuando se produzca el extravío del título de la obligación». El supuesto parece referido a aquellos casos en los que la presentación del título sea una condición necesaria para el pago, tanto porque acredite la legitimación del acreedor, como porque la liberación del deudor sólo se produce con la recuperación o rescate del título.(ORDUÑAMORENO)

En todo estos supuestos contemplados, la **consignación** sigue el **mismo procedimiento judicial, con la salvedad de que no necesitará ser anunciada y notificada.**

#### **5.5. Ofrecimiento de pago no seguido de consignación.**

En este caso no puede producirse la liberación del deudor, pues ésta sólo tiene lugar con la aceptación del pago o la declaración judicial. No obstante, la jurisprudencia del TS ha reconocido **ciertos efectos a dicho ofrecimiento**, como constituir en estado de mora al acreedor y el evitar la posible prescripción, caducidad o resolución de la relación obligatoria (STS 9 julio 1941 y 5 junio 1944).(ORDUÑAMORENO)

## **§ 6.- LA DACIÓN EN PAGO**

### **6.1. Naturaleza y función.**

El art. 1.166 CC al consagrar el principio de la identidad de la prestación, no permite que el deudor de una cosa entregue a su acreedor otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

La dación en pago (*datio pro soluto*) tiene lugar cuando el acreedor acepta que el deudor le entregue una cosa distinta de la convenida. Es decir que con el consentimiento del acreedor se realiza una prestación distinta a la inicialmente prevista. Ej. El deudor A no pudiendo entregar al acreedor B una pareja de vacas, tal como pactaron, le ofrece la entrega de diez ovejas, B acepta ofrecimiento de A.

El Código civil no regula esta figura jurídica, si bien la menciona en en los arts. 1521. 1636 y 1849 CC, en este último se establece que: «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».

Este precepto resalta su función como subrogado del cumplimiento. La dación en pago se presenta, ante todo, como una modificación objetiva de la obligación consistente en el cambio de la prestación programada por otra distinta que la sustituye. Desde este punto de vista la dación en pago

implica un negocio jurídico en el cual las partes acuerdan una nueva reglamentación acerca de la prestación a ejecutar. (ORDUÑA MORENO)

La dación en pago también viene caracterizada por su efecto extintivo o solutorio de la obligación. La realización de la nueva prestación cumple la misma función satisfactiva del pago y produce la liberación del deudor. (ORDUÑA MORENO)

La dación en pago plantea el problema de su **naturaleza jurídica**: la doctrina tradicional (conforme a los antecedentes históricos) entiende que se trata de un contrato asimilado a la venta, otro sector estima que ésta supone una novación por cambio de objeto que determina la extinción de la primitiva obligación y el nacimiento de otra nueva; finalmente otro sector entiende que se trata de un negocio jurídico complejo y atípico que participa de las características del pago o cumplimiento, de la compraventa y de la novación por cambio de objeto (PÉREZ ÁLVAREZ).

## § 7.-EL PAGO POR CESIÓN DE BIENES.

### 7.1. Naturaleza y función

La cesión de bienes consiste en una transmisión de bienes del deudor a los acreedores, atribuyéndose a éstos la facultad de someterlos a un proceso de liquidación, y con el precio obtenido pagar el importe de la deuda.

La figura del pago por cesión de bienes (*datio pro solvendo*) aparece recogida en el art. 1175 CC que dispone que: «El **deudor** puede **ceder sus bienes** a los **acreedores** en **pago de sus deudas**. Esta cesión, salvo pacto en contrario, sólo libera a aquél de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos...».

La cesión de bienes, no comporta un efecto solutorio inmediato de la deuda, tal como sucede con la dación en pago cuyos efectos *son pro soluto* (de pago), la cesión tiene efectos *pro solvendo* (para pago), y la extinción total o parcial de la deuda no se producirá hasta que tenga lugar la liquidación y aplicación del importe obtenido a la satisfacción de los acreedores. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Ej. A no teniendo con que pagar la deuda de 10.000 € a B, le entrega un coche, para que lo venda y con el producto de la venta se cobre el importe de la deuda. Si sólo obtiene 9000 € pts la deuda no se habrá extinguido totalmente y continuará debiéndole 1000 €.

Por el contrario, si el coche se hubiese entregado, como dación en pago, la deuda se hubiera extinguido totalmente, puesto que el deudor quedaría liberado en el momento de la entrega del coche.

Para llevar a la práctica el convenio de la cesión el deudor lleva a cabo un **negocio jurídico de apoderamiento** por virtud del cual se concede a los acreedores una especial autorización para realizar en su propio interés actos dispositivos sobre los bienes del deudor. (ORDUÑA MORENO)

En la práctica la cesión de bienes, suele realizarse de dos formas:

a) Mediante **otorgamiento**, por el deudor **de un poder irrevocable** a favor de sus acreedores que **les faculta** para la **enajenación y administración de los bienes** que sean **objeto de la cesión**. (ORDUÑA MORENO)

b) A través de la **transmisión directa de los bienes** objeto de la cesión, aunque con la inclusión de un pacto fiduciario relativo al encargo de los cesionarios de administrar y enajenar los bienes para el pago de las deudas. (ORDUÑA MORENO)

## 7.2. Clases

La cesión de bienes puede realizarse **judicial o extrajudicialmente**. La primera se realiza con intervención de los órganos judiciales y conforme a las disposiciones establecidas en la L.E.C. Este tipo de cesión se presenta, dentro de los convenios que se celebran en el **concurso de acreedores**. (Situación en la que se encuentra el deudor no comerciante cuyo pasivo exigible es superior al activo realizable, art. 1913 CC). (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La **cesión de bienes extrajudicial** se realiza directamente entre el deudor y sus acreedores sin el encauzamiento judicial. La celebración de estos convenios supone una renuncia a solicitar judicialmente la declaración de concurso o quiebra del deudor. Los convenios deben celebrarse con todos los acreedores, puesto que los bienes cedidos actúan como garantía común de todos ellos (ex art. 1911) y para que no exista modificación del principio de igualdad de todos los acreedores de modo que si se deja fuera conscientemente a alguno o algunos de los acreedores para menoscabar sus derechos éstos podrán ejercitar la correspondiente acción de rescisión por fraude de acreedores (arts. 1111 y 1291 CC). (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

## 7.3. Efectos.

La cesión de bienes, salvo pacto en contrario, libera al deudor de sus responsabilidades en la medida del importe líquido de los bienes cedidos (art. 1175 CC). Como señala el art. 1920 CC, de no mediar acuerdo, los acreedores conservarán su derecho para cobrar la parte del crédito no satisfecho con los bienes que pueda adquirir en el futuro el deudor. Y en consecuencia también el exceso, si lo hubiere, correspondería al deudor. (ÁLVAREZ PÉREZ).

## §8.- LA CONDONACIÓN DE LA DEUDA

### 8.1. Concepto y naturaleza.

La **condonación o remisión** de la deuda es una **declaración del acreedor** mediante la que manifiesta su voluntad de extinguir total o parcialmente su derecho de crédito, sin recibir a cambio prestación alguna.

El fundamento de la condonación está en el ánimo liberal del acreedor. Sin embargo, como señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, este fundamento de mera liberalidad del acreedor puede darse en estado puro, como en el caso de la condonación por *causa donandi*, pero también puede darse en aras de un interés patrimonial del acreedor que instrumentalice la condonación de la deuda, caso de la quita parcial (art. 1912 CC), o también, de la condonación surgida de un acuerdo transaccional de las partes (art. 1809 CC).(ORDUÑA MORENO)

Algún autor estima que la condonación tiene **carácter bilateral**, ya que para tener una eficacia plena necesita de la **aceptación del deudor**, de ahí que el deudor que quiera cumplir con su obligación y vea rechazada su pretensión, puede llevar a cabo la consignación, extinguiendo la obligación por pago y no por condonación (LASARTE).

### 8.2. Clases.

Según el art. 1187 CC la condonación puede ser **expresa o tácita**. La condonación tácita debe resultar de un comportamiento inequívoco del acreedor, y no se limita a los casos de presunciones legales de condonación (arts. 1188 y 1191 CC). (ORDUÑA MORENO)

### 8.3. Régimen.

Ambas clases de condonación están sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas (art. 1187-2), de modo que nadie podrá condonar «más de lo que pueda dar o recibir por testamento» (art. 636). Además, la condonación expresa deberá ajustarse a las formas de la donación (art. 1187-2º CC). (ORDUÑA MORENO)

Una cuestión distinta a la condonación tácita la encontramos en las llamadas **presunciones de condonación**. En éstas, pese a no existir unos hechos concluyentes o una conducta indubitada en pro de la condonación de la deuda, el Código dispone su aplicación presuntiva con base a circunstancias de diferente índole (ORDUÑA MORENO) :

*A) La condonación presunta por entrega del documento privado justificativo del crédito.* Se encuentra contemplada en el **art. 1,188 CC** que establece: «la entrega del **documento privado** justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo». Por su parte el art. 1189 CC puntualiza que "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".

*B) La condonación presunta por la devolución de la cosa dada en prenda.* El art. 1191 CC dispone que «se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorado, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor». Como señalan DIEZ-PICAZO y GULLÓN, no se trata propiamente de una presunción de remisión o condonación de la deuda, sino más bien de las garantías pignoraticias que la aseguran.

## § 9.- LA COMPENSACIÓN.

### 9.1. Concepto y fundamento.-

La compensación viene configurada como una de las causas de extinción de las obligaciones según dispone el **art. 1156 CC** Su configuración responde a los llamados subrogados del cumplimiento en la medida que provoca la extinción de las obligaciones sin un cumplimiento, propiamente dicho, de la prestación debida. Su función es, por tanto, claramente liberatoria. La compensación tiene como presupuesto material la situación jurídica de dos personas, que por derecho propio, son recíprocamente acreedores y deudores la una de la otra. (Art 1195C.C) . A su vez, el **art. 1202 CC** establece que el efecto de la compensación consiste en extinguir ambas deudas en la cantidad concurrente de los respectivos créditos. (ORDUÑA MORENO)

La compensación se presenta inicialmente como un mecanismo de simplificación y de economía del cumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, al lado de este aspecto, hay que añadir un fundamento jurídico derivado de la buena fe que impone un comportamiento ajustado y ordenado en el cobro y pago de los créditos recíprocos.(ORDUÑA MORENO)

### 9.2. Clases.

La compensación puede ser **voluntaria** o **legal**. La primera surge del convenio celebrado por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad ( art. 1255 C.C). Este convenio puede celebrarse con anterioridad al nacimiento de las recíprocas obligaciones (contrato de cuenta corriente), o bien, una vez producido su respectivo nacimiento. En cualquier caso, esta clase de compensación no tiene porqué ajustarse a los requisitos de la compensación legal. Esta se produce *ipso jure* en atención a los supuestos normativos y con relación a los efectos en ellas previstos. También se admite doctrinalmente la llamada compensación judicial, que es la que viene ordenada por el juez a instancia de parte interesada. Esta compensación no es retroactiva y opera desde la firmeza de la sentencia.(ORDUÑA MORENO)

### 9.3. Régimen.

La compensación es legal cuando se produce de acuerdo con lo dispuesto en el CC. Sus presupuestos se exigen en el art. 1196 CC:

1º.- Que cada uno de los obligados lo esté principalmente y sea, a su vez, acreedor principal del otro (por «derecho propio», dice el art. 1195). El artículo 1197 CC contempla una excepción al permitir que el fiador pueda oponer la compensación de lo que el acreedor debiere al deudor principal cuando le reclama el cumplimiento.

2º.-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 esta se hubiese designado.

3º.- Que las deudas estén vencidas. Sólo cuando ha llegado el momento del cumplimiento de la obligación se puede operar la compensación legal (SSTS 16 abril 1957 y 25 junio 1962). (ORDUÑA MORENO)

4º.- Que sean líquidas y exigibles. Una deuda es ilíquida si se ignora qué se debe o cuánto se debe. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN). La jurisprudencia del TS ha mostrado cierta flexibilidad al apreciar la liquidez de las deudas, entendiendo que son líquidas aquellas prestaciones cuyo montante se puede determinar con sencillas operaciones aritméticas (STS 3 julio 1978), no así cuando su liquidación depende de la apreciación de algunos comportamientos (dolo o culpa), o de la valoración de bienes y daños como ocurre con las deudas indemnizatorias. (ORDUÑA MORENO)

5º.- Que sobre ninguna de ellas haya retención judicial o contienda promovida por terceras personas y notificadas oportunamente al deudor.

La compensación legal, por otra parte, puede venir excluida cuando así lo hayan convenido los interesados, y también cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario (art 1200 CC).

#### **9.4. Efectos.**

La compensación extingue las obligaciones en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores (artículo 1202 CC). La compensación opera de un manera automática desde el momento en que se producen los requisitos legalmente exigidos. No obstante, su realidad no puede apreciarse de oficio, y deben ser los propios interesados quienes ejerciten dicha facultad. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

#### **9.5. La compensación judicial y voluntaria.**

La **compensación judicial**, es la ordenada por el juez al establecer en la sentencia que los créditos de las partes se compensen, cuando hasta ese momento no concurrían las circunstancias exigidas por la ley, puesto que por ejemplo un crédito no había podido determinarse. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La **compensación voluntaria** extinguirá los créditos y las deudas cuando las partes lo hayan dispuesto, aunque no se den los requisitos exigidos por la ley.

### **§ 10.-IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA DE LA PRESTACIÓN**

Según el **artículo 1156** y la propia rúbrica de los artículos 1.182 y siguientes, entre otras causas, las obligaciones se extinguen por la *«pérdida de la cosa debida»*.

Establece el **art. 1.182** que: *«quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere **sin culpa del deudor** y **antes de haberse***

*constituido en mora».*

Este supuesto no se refiere única y exclusivamente a las obligaciones de dar, puesto que de acuerdo con el **artículo 1.184 CC** «*también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible*».

Por tanto, dado que la imposibilidad de cumplimiento puede afectar tanto a las obligaciones de dar como a las de hacer (y de no hacer) la doctrina jurídica ha acabado por imponer la expresión **imposibilidad sobrevenida de la prestación** por ser más precisa y correcta que la **pérdida de la cosa debida** (LASARTE).

### **2.1. El carácter sobrevenido y otras notas de la imposibilidad del cumplimiento.**

Para la doctrina que la imposibilidad sea sobrevenida significa que el incumplimiento sea posterior al momento de constitución de la obligación, puesto que en el caso de que la prestación fuera inicialmente imposible, de acuerdo con el art. 1.272, viciaría la relación obligatoria por falta de objeto (LASARTE).

Las circunstancias imposibilitadoras, según el art. 1182 CC, pueden ser de origen fáctico o jurídico (...resultare legal o físicamente imposible»). La imposibilidad se refiere al objeto de la prestación. El CC en los arts. 1182 y ss. sólo regula la imposibilidad sobrevenida de carácter **total** (LASARTE).

### **2.2 Los presupuestos de su eficacia extintiva.**

La imposibilidad sobrevenida sólo tendrá eficacia extintiva cuando el **incumplimiento no sea imputable al deudor**, conforme a las reglas generales del incumplimiento:

- a) Que la imposibilidad sobrevenida no sea imputable al deudor, es decir que no exista culpa de éste (arts. 1.101 y 1182).
- b) Que la imposibilidad sobrevenida se produzca antes de la constitución en mora del deudor (art. 1.182).
- c) Que en el caso de las obligaciones de dar:
  - la cosa sea específica o determinada, pues en el caso de las cosas genéricas se aplica el principio de que el género nunca desaparece (*genus numquam perit*)
  - la cosa específica no ha de proceder ni delito ni de falta ya que en ese caso se aplicaría el art. 1185.

## **§ 11.- CONFUSIÓN**

### **3.1. Concepto.-**

La confusión de derechos consiste en la coincidencia de sujeto activo y pasivo de una obligación en una misma persona (LASARTE). Esta figura aparece recogida en el **art. 1.192 CC** que establece que: «*quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor*». El fundamento de la confusión de derechos como causa extintiva de la obligación obedece a un claro presupuesto de lógica jurídica, puesto que nadie puede ostentar un derecho de crédito contra sí mismo (ORDUÑA MORENO).

Un supuesto de confusión sería el de una empresa azulejera que compra una red de tiendas con las que mantenía relaciones comerciales desde hace años y que le adeudaba varios envíos de mercancía.

### **3.2. Régimen jurídico.**

A la hora de aplicar la confusión tienen lugar una serie de situaciones particulares para las cuales el CC prevé soluciones que se apartan de su régimen general:

- a) El párrafo segundo del **art. 1192 CC** exceptúa la aplicación de la figura de la confusión

cuando: *«tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario»*. Se trata, más bien de un caso de tutela del interés del heredero. (ORDUÑA MORENO)

B) En ocasiones dentro de una obligación con pluralidad de sujetos, sólo uno de ellos se beneficia de esta figura. Este es el caso del **art. 1194 CC** dispone que: *«la confusión no extingue la deuda mancomunada sino en la proporción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurren los dos conceptos»*. En el caso de que las obligaciones fueran solidarias habría que aplicar el régimen relativo a la confusión en las obligaciones solidarias se encuentra contemplado en el art. 1143 CC (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN)

Art. 1143 CC:«La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1146. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación».

C) En el caso de existir obligaciones accesorias, la extinción de la obligación principal por confusión conlleva la extinción de aquellas (art. 1.193)

## **TEMA 12:**

### **LA EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES (II). NOVACIÓN Y MODIFICACIÓN**

**§ 1.- Los diferentes tipos de modificación de las obligaciones**

**§ 2.- La novación.**

**§ 2.- El cambio de acreedor: la transmisión del crédito**

**§ 3.- La cesión del crédito.**

**§ 4.- La subrogación del crédito y el pago con subrogación.**

**§ 5.- El cambio de deudor: la asunción de deudas.**

**§ 6.- La cesión del contrato.**

#### **§ 1.- LA MODIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES.**

##### ***1.1. Concepto de modificación.***

La obligación nace para ser cumplida, para extinguirse a través del cumplimiento. Lo que supone, en palabra de Lacruz Sancho, que la vida de la obligación sea caduca, pero además ha de ser inmutable, lo que supone que la obligación se cumple o extingue de igual modo en que ha sido constituida (idéntica, íntegra e indivisible).

No obstante, en ocasiones entre el nacimiento y la extinción de la obligación se pueden producir vicisitudes que implican cambios o modificaciones en la misma. Estas modificaciones de la obligación pueden establecerse por voluntad de las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad o por derivarse de la ley (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

##### ***2.2.- Clases de modificación.***

La doctrina contempla dos supuestos de modificación de las obligaciones (LASARTE):

1.- La **modificación subjetiva** por el cambio de alguno de los sujetos de la relación obligatoria. No sólo se refiere a la sustitución de los sujetos por otros diferentes sino también: la agregación o supresión de sujetos, la alteración de su régimen jurídico, pasando de solidarios a mancomunados o viceversa.

Los supuestos más frecuentes de modificación son los siguientes:

A) **Cambio de deudor o transmisión de deuda**, ya que el deudor ocupa el lado pasivo de la relación obligatoria.

B) **Cambio de acreedor o transmisión del crédito.**

La **transmisión de deuda** o sustitución del deudor es admitida con mayores recelos que la transmisión del crédito, ya que el interés del acreedor podría verse burlado con facilidad si el cambio de deudor (sustitución por un insolvente) se pudiese realizar sin su consentimiento. Por el contrario, la **transmisión del crédito**, como regla general, puede llevarse a cabo sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor (porque éste habrá de cumplir cuanto debe, independientemente de quien



sea el acreedor); en cualquiera de sus formas: **cesión del crédito o subrogación en el crédito** (LASARTE).

2.- A las restantes modificaciones por exclusión, se les denomina **modificaciones objetivas**. Estas a su vez, según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN pueden ser:

- a) *Objetivas*, en el sentido de afectar al objeto de la obligación (se acuerda extender la compra a tres mil mesas, en vez de cien).
- b) *Circunstanciales* por afectar sólo a las prestaciones accesorias de la obligación o de su ejecución como el tiempo, lugar, etc. (v. gr. se concede al deudor un mes más de plazo para cumplir la obligación).
- c) *Funcionales*, el cambio altera la función económica de la obligación tal como fue programada por las partes. (Las partes pactan que la cantidad adeudada como precio pase a ser considerada como préstamo).
- d) *Del contenido de la obligación*, mediante la supresión, agregación o alteración de las reglas que la rigen.

Por lo general, las **modificaciones objetivas** no suelen presentar problemas prácticos de importancia, ya que requieren el consentimiento de los sujetos de la obligación (recuérdese el requisito de la exactitud de la prestación). Por el contrario, las **modificaciones de carácter subjetivo** suscitan numerosos problemas.

### **2.3. – Diferencia entre extinción y modificación.**

Si bien el Derecho objetivo admite la posibilidad de introducir alteraciones y modificaciones en la relación obligatoria. La cuestión está en determinar si la alteración de una relación obligatoria implica la creación de una **nueva obligación** que sustituya a la anterior (extinción) o si por el contrario es posible la supervivencia de la obligación antigua, con su mismo régimen jurídico (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). La doctrina se refiere a los supuestos anteriores como supuestos de novación extintiva (o simplemente novación) o novación modificativa (o simplemente modificación).

La cuestión tiene gran importancia práctica. En el caso de la **modificación** (o novación modificativa) subsiste el régimen jurídico de la obligación inicial, subsistiendo las garantías que aseguraban su cumplimiento, y además sigue corriendo la prescripción del crédito (MARTÍNEZ DE AGUIRRE). En el supuesto de la **novación** (o novación extintiva) la obligación primitiva es sustituida por una nueva obligación, de modo que las garantías desaparecerán junto con la obligación inicial y, además, empezará un nuevo plazo de prescripción puesto que estamos ante una nueva obligación (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

### **2.4.- Fuentes legales de la modificación.**

El CC regula la modificación y extinción de las obligaciones de modo incompleto y desordenado, en los siguientes apartados (MARTÍNEZ DE AGUIRRE):

- a) El capítulo IV del Título I del Libro IV del CC se ocupa de la extinción de las obligaciones, pero al tratar la novación (arts. 1.203 y ss) mezcla constantemente los conceptos de modificación y extinción de las obligaciones.
- b) El CC trata la modificación por cambio de acreedor en dos ámbitos diferentes: al regular la **cesión de créditos** (arts. 1.526 y ss) dentro del contrato de compraventa y al referirse al cambio de acreedor (arts. 1.209 a 1.213) en sede de novación de las obligaciones.
- c) La mayoría de modificaciones de las obligaciones tienen su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255).

## § 2.-LA NOVACIÓN DE LAS OBLIGACIONES

### 2.1. Concepto y clases.

La novación tiene su origen en el Derecho romano y consistía en la sustitución de una obligación antigua, que se extingue, por otra nueva. El Código regula la novación en el **art. 1156 CC** al configurarla como una de las causas de extinción de las obligaciones; asimismo se vuelve a contemplar esta figura en los arts. 1.204 y 1.207 CC (MARTÍNEZ DE AGUIRRE). Si bien, como ya hemos referido, estos preceptos aparecen entremezclados con otros (1.203 a 1.213) que se refieren al modificación de las obligaciones (o novación modificativa).

**A) La novación propia o extintiva** tiene lugar cuando la modificación de alguno de los elementos de la obligación determina la extinción de la relación obligatoria preexistente y su sustitución por la nueva (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

A la **novación extintiva** se refiere el art. 1.156, cuando considera que la obligación se extingue a causa de la novación y los arts. 1204 y 1207.

El **artículo 1204 CC** establece que: *«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».*

Este precepto es **la clave para determinar si una alteración de la obligación tiene efectos extintivos**, puesto que en él se establecen como criterios para la determinación del carácter extintivo: a) la voluntad de las partes, manifestada expresamente, y b) la total incompatibilidad objetiva entre la antigua y la nueva obligación. En caso de duda, deberá estarse por la conservación de la antigua relación obligatoria, pero modificada. (ORDUÑA MORENO)

En sentido contrario, cuando no se producen los efectos del art. 1204 la novación será modificativa

A la novación extintiva también se refiere el **art. 1207 CC** al matizar el alcance del efecto extintivo de la novación en los siguientes términos: *«cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento».* El precepto, por tanto, no afecta a los derechos de garantía que se extinguen con la obligación principal, sólo a los derechos accesorios. (ORDUÑA MORENO)

**B) La novación impropia o modificativa** tiene lugar cuando la alteración de alguno de los elementos de la obligación no la extingue, de modo que la obligación primitiva subsiste, pero modificada (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

A la novación modificativa se refieren el art. 1.203 y los arts. 1209 y ss cuando regulan la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor.

El **art. 1203** Establece que: *«Las obligaciones puede modificarse: 1º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2º Sustituyendo la persona del deudor. 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor».*

Los **arts. 1209 y ss**, regulan en sede de novación, la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor. En este caso hay que entender que la obligación subsiste y no se ha extinguido, puesto que el nuevo acreedor ostenta la titularidad de los mismos derechos que

correspondían al acreedor inicial (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

El que la **modificación** de una obligación se refiera a los **sujetos (modificación subjetiva)** o al contenido de la obligación (**modificación objetiva**) no presupone que la modificación sea extintiva o meramente modificativa. Para establecer si la novación es modificativa o no, habrá que estar a lo establecido en el art. 1.204 y a los criterios jurisprudenciales (MARTÍNEZ DE AGUIRRE)..

## **2.2. La novación en la jurisprudencia.**

La doctrina del TS respecto a la novación puede concretarse en los siguientes términos (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

- 1) La novación no se presume nunca, sino que debe de constar inequívocamente la voluntad de novar.
- 2) Para distinguir entre novación extintiva o modificativa habrá que estar a la voluntad de las partes, como a la significación económica de la novación.

La **novación extintiva** se configura como **excepcional** respecto de la modificativa prevista en los arts. 1.203, 1.204 y 1.207 CC (STS 23 julio 1.991), ya que **la novación no se presume nunca y debe constar de forma expresa**; debiendo existir y demostrarse la existencia del "animus novandi", como requisito esencial para la novación, si bien el mismo puede **manifestarse de forma tácita**, cuando la obligación que sustituya a la antigua sea de todo punto incompatible con ella, contrariándola abiertamente (STS 3 marzo 1.976).

La **STS 9 marzo 2005 (RJA 2223)** establece que: «la novación no siempre ha de producir un efecto extintivo de las obligaciones a que afecta, pudiendo tener carácter o eficacia simplemente modificativa. La distinción entre una y otra especie ha de hacerse teniendo en cuenta la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación; constituyendo tal decisión una cuestión que compete a los Tribunales de instancia (sentencias de 14 de mayo de 2002 [ RJ 2002, 4440] y 23 de mayo de 2000 [ RJ 2000, 3917], entre otras).

La SAP Madrid (**Sección 9ª de 12 febrero 2001 (JUR 2001\207049)**), en un caso de duda sobre si un nuevo contrato suscrito entre las partes en 1994, sustituía al anterior que estaba sujeto al TRLAU/64 mucho más beneficioso para el actor. La extinción del antiguo hubiera supuesto que al nuevo se le aplicase la nueva Lau /94 y en consecuencia no se le aplicase la «prórroga forzosa» del primer texto legal.

La Audiencia desestima esta posibilidad, y siguiendo otras sentencias dictadas por esa misma sección –de fecha 22 de febrero, 26 de abril de 1.993 y seis de febrero de 1998- señala que: «...la regla general será la novación modificativa, salvo que en la redacción del nuevo contrato se advierta una alteración sustancial de las circunstancias que presidieron el primero, que favoreciendo a la parte arrendataria, justifique por esta nueva limitación temporal, o cuando tal renuncia consta de una manera clara, expresa y terminante en el nuevo convenio».

## **§ 3.- LA TRANSMISIÓN DEL CRÉDITO. EL CAMBIO DE ACREEDOR.**

La regla de la transmisibilidad de los derechos de crédito constituye un principio fundamental del Derecho patrimonial que está formulado legalmente en el **artículo 1.112 del Código civil** (LASARTE): «*todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con*

*sujeción a las Leyes, si no se hubiese pactado lo contrario».*

Este principio instala como regla general la posibilidad de **modificar** (novación modificativa) la obligación por cambio de acreedor sin necesitar el consentimiento del deudor. Este cambio de acreedor también puede producir efectos extintivos, pero únicamente si concurre el consentimiento de los acreedores, el nuevo y el antiguo, así como el consentimiento del deudor (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

En el Derecho privado la transmisión del crédito, de la titularidad activa de la relación obligatoria, tiene una extraordinaria importancia práctica: por ejemplo, habitualmente se realizan múltiples operaciones de descuento bancario de letras de cambio.

La **regla general** de transmisibilidad del crédito, sin embargo, presenta las siguientes **excepciones**:

1. En primer lugar, el artículo 1.112 es una **norma de carácter dispositivo** y, por tanto, las partes pueden pactar la intransmisibilidad de un crédito.
2. De forma general y por principio, son **intransmisibles los derechos personalísimos** derivados de una relación obligatoria cualquiera (precisamente por el hecho de que ésta se estableció con particular atención a los sujetos de la misma: derecho a cobrar una pensión de viudedad; derecho a una actuación artística, etc.).
3. Determinados créditos no pueden transmitirse por **prohibición legal**, este es el caso del derecho de alimentos (art. 151 CC), o el de las personas que ocupan ciertas funciones públicas en relación con el crédito de que se trate, este sería el caso de las personas mencionadas en el art. 1.459.

La transmisión del crédito puede ser a **título universal** (todos los créditos de una persona), este es el caso de la sucesión hereditaria (art. 659) o a **título particular**.

En el CC la transmisión del crédito a título particular, lo que conlleva al cambio de acreedor, se produce a través de dos figuras estrechamente relacionadas: la *cesión de créditos* (arts. 1.526 y ss) la *subrogación en el crédito* (arts. 1.203.3 y 1209 y ss) (MARTÍNEZ DE AGUIRRE)

## § 4.- LA CESIÓN DEL CRÉDITO.

### 4.1. Concepto.

La **cesión del crédito** es la transmisión por el acreedor de la titularidad de su derecho de crédito a otra persona (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). Este es el caso en el que una empresa (A) transmite su derecho de crédito frente a un cliente (B), que tiene su origen en el impago de mercancías, a una compañía de cobro de créditos a morosos (C). De modo que la primitiva obligación que respondía al esquema A-B ha sido modificada, desapareciendo A que es sustituido por C. Esquema C-B.

La cesión consiste en la **transmisión de un derecho de crédito** que es consecuencia de un **negocio jurídico precedente**, el convenio causal, del que aquella no puede ser separado (MARTÍNEZ DE AGUIRRE). La cesión del crédito puede producirse a través de los siguientes negocios jurídicos: compraventa, permuta, actos de liberalidad típicos (un legado o una donación), créditos con finalidad solutoria, es decir, en pago de una obligación preexistente, de modo parecido a lo que sucede con la dación en pago y el pago por cesión de bienes (LASARTE).

La cesión del crédito produce la subrogación del acreedor cesionario (C) en la posición jurídica del acreedor cedente (A), ostentando en adelante la titularidad del crédito en las mismas condiciones que

tenía el acreedor originario (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

La cesión puede realizarse a **título oneroso o gratuito**, dependiendo del negocio causal que de lugar a la misma. En las obligaciones divisibles cabe la cesión parcial del crédito (MARTÍNEZ DE AGUIRRE)

#### **4.2. Fuentes legales.**

El Código civil, según Díez-PICAZO y GULLÓN, regula la cesión de créditos como un apéndice del **contrato de compraventa** en los artículos 1.526 y siguientes, bajo la rúbrica «*De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales*». Según MARTÍNEZ DE AGUIRRE, las reglas allí comprendidas son aplicables, con carácter general, a cualquier tipo de cesión con independencia de causa justificativa o negocio causal (compraventa, donación, etc). Se exceptúan las reglas de responsabilidad del cedente que sólo se aplicarán a las cesiones onerosas (arts. 1529 y 1539) ya que en el caso de las cesiones a título gratuito se aplicará lo previsto en el art. 638 CC

#### **4.3. Sujetos.**

Los sujetos de la cesión del crédito son el **cedente** (el acreedor originario) y el **cesionario** (el nuevo acreedor). El deudor **cedido no es parte del negocio de cesión** por no ser necesario su consentimiento para la transmisión del crédito (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). Es decir, que la cesión del crédito es una facultad del acreedor que puede ejercitar por sí mismo y por propia iniciativa, con independencia de la voluntad del deudor. El acreedor puede disponer de su crédito aun cuando el deudor no lo sepa o no lo consienta (LASARTE).

En las empresas que se dedican a cobrar créditos a morosos tenemos un buen ejemplo, cuando un acreedor ve difícil el cobro de un crédito lo cede (vende) a estos “cobradores” a un precio muy inferior al real sin contar con la autorización del deudor (incluso a pesar de su oposición)

#### **4.4. Objeto de la cesión.**

El objeto de la cesión es **todo derecho que sea transmisible** (art. 1112 CC), salvo que la ley o las partes dispusieren lo contrario. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN)

El art.1529 CC establece que la «venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio». Como quiera que esta norma es de derecho dispositivo, las partes pueden excluir la cesión de alguna garantía o las prestaciones accesorias.

#### **4.5. Régimen jurídico de la cesión del crédito.**

La cesión de créditos plantea las siguientes **cuestiones**:

**1.- La forma de la cesión.-** En general, el contrato o negocio de cesión puede realizarse eficazmente conforme al **principio de libertad de forma** contractual. No obstante, conviene observar que dicha regla encuentra numerosas excepciones de gran importancia práctica (cesión de títulos valores, que tienen especiales requisitos de forma; cesión del crédito hipotecario, que ha de constar en escritura pública y ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad etc.), como cabe deducir del contenido del **artículo 1.280.6º**:«Deberán constar en documento público...la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública». (LASARTE)

**2.- Relación entre cedente y cesionario:** Salvo en los supuestos de intransmisibilidad, el acreedor puede libremente disponer de su derecho en favor del cesionario (a título de compraventa, donación, pago por cesión, etc.). Por tanto, la validez de la cesión depende únicamente de que cedente y cesionario (el que libremente elija el cedente) lleven a cabo un negocio jurídico cualquiera.

(LASARTE).

**3.- Conocimiento de la cesión por el deudor: relación entre deudor cedido y cesionario:** Aunque la cesión del crédito sea válida y eficaz por el mero consentimiento entre cedente y cesionario, es lógico que el deudor no pueda considerarse vinculado a este último sino a partir de que llegue a tener conocimiento de la cesión del crédito. Por ello dispone el **artículo 1.527** que «*el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor (cedente), quedará libre de la obligación.*»

Dicha regla, no supone que la perfección del negocio de cesión requiera la **notificación al deudor en términos técnicos**. Pero es evidente que al cesionario le conviene poner en conocimiento del deudor la cesión realizada a la mayor brevedad posible. De hecho, en la práctica, se documenta la cesión con intervención del deudor, el cual, en adelante, queda vinculado en exclusiva con el cesionario. (LASARTE).

Una excepción al régimen de la cesión la encontramos en los créditos hipotecarios, ya que el art. 149 LH sí que exige que se de conocimiento de la cesión al deudor (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

#### **4.- La responsabilidad del cedente frente al cesionario.**

En los **artículos 1529 y 1.530** establece el Código el particular régimen de responsabilidad del acreedor cedente frente al cesionario, el contenido de aquellos preceptos sólo es aplicable a los supuestos de **cesión de carácter oneroso** (LASARTE).

Por el contrario, en los **casos de cesión gratuita**, por aplicación del artículo 638, hay que entender que el donante-cedente (y, en general, cualquier cedente a título gratuito), aun en el caso de que el crédito fuera incobrable, no incurriría en responsabilidad alguna (LASARTE).

Para determinar la **responsabilidad del cedente a título oneroso** distingue el **artículo 1.529** entre «**vendedor**» de **buena y de mala fe**. Sería cedente de mala fe, por ejemplo, quien cede conscientemente un crédito que sabe prescrito; o quien, por informes comerciales o de Abogados, conoce la próxima suspensión de pagos del deudor y se apresura a enajenar los créditos que tiene contra él (LASARTE).

**El cedente de mala fe** «responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios» (art. 1.529.3.). Es decir que responde tanto de la existencia y legitimidad del crédito, como de la solvencia del deudor (MARTÍNEZ DE AGUIRRE)

El **cedente de buena fe** sólo responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta o cesión, pero no de la solvencia del deudor (cfr. 1.529.1.).

No obstante, según LASARTE la responsabilidad del cedente de buena fe puede verse.

A) Atenuada. Cuando cede el crédito como dudoso (o de dudoso cobro). En tal caso, al haber advertido al cesionario, no habrá de responder ni siquiera de la existencia y legitimidad del crédito.

B) Agravada. Respondiendo incluso de la solvencia del deudor cuando se haya pactado que el cedente se haga responsable de la solvencia del deudor (durante un plazo que en caso de haberse omitido el art. 1530 CC establece en un año)

#### **4.6. Excepciones del deudor contra el cesionario.**

El deudor puede oponer al cesionario todas las **excepciones objetivas**, es decir aquellas que se derivan del propio derecho de crédito (prescripción, pago, etc) que pudiera oponer al primitivo acreedor. De modo que el deudor ante la reclamación del actual titular del crédito, podría oponer incluso las excepciones que se derivan del contrato bilateral como el incumplimiento del cedente, o cumplimiento defectuoso, etc. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN)

En el caso de las **excepciones subjetivas o personales**, es decir que están ligadas a la

personas del deudor y el acreedor originario, sólo podrán oponerse al cesionario, si el deudor desconocía o se opuso a la cesión. En el caso de la compensación, el deudor pueda oponer al cesionario, llegado el momento del cumplimiento, la compensación que le correspondería contra el cedente. Así se desprende del art. 1198 CC, integrado en sede de compensación, según el cual el deudor puede enfrentarse a la cesión en muy diferente situación, según que:

A) **No** la haya **conocido**, podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos que tuviera frente al cedente (o acreedor primitivo) con anterioridad a la cesión e incluso de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la misma (art. 1.198.3.0).

B) La haya **conocido**, pero se haya **opuesto a ella**. sólo podrá oponer al cesionario la compensación de los créditos que tuviera frente al cedente con anterioridad al conocimiento de la cesión (art. 1.198.V).

C) La haya **consentido**, no podrá oponer al cesionario compensación de crédito alguno que tuviera frente al cedente (art. 1.198.1º).

#### **4.7. Efectos de la cesión**

Como regla general el acuerdo de cesión produce la inmediata transmisión del crédito cedido, sin que sea preciso completarlo con un acto especial de entrega (MARTÍNEZ DE AGUIRRE). No hay que olvidar para la transmisión de la propiedad nuestro sistema exige un doble requisito: la concurrencia del título y el modo.

La cesión del crédito es una simple **novación modificativa** de la obligación preexistente, ni que decir tiene que ésta continúa subsistiendo conforme a su estado anterior: el derecho de crédito pervive o sobrevive de forma exactamente igual a la que tenía antes del cambio de acreedor. El cesionario se encuentra en la misma posición en que se encontraba el cedente y contará con las mismas garantías y derechos accesorios inherentes al crédito originario.

El Código civil formula dicha regla en el artículo 1.528: «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio».

Como vemos, el Código no se refiere para nada al valor o importe nominal del crédito pero el cesionario puede reclamar al deudor el importe íntegro del crédito, aunque lo haya adquirido a título oneroso por un precio menor (arg. *Ex.* Art. 1.535, que establece una regla diferente para el caso de cesión de crédito litigioso). (LASARTE).

### **§ 5.- LA SUBROGACIÓN EN EL CRÉDITO. EL PAGO CON SUBROGACIÓN.**

#### **5.1. Concepto.**

La **subrogación** en el crédito supone la entrada de un nuevo acreedor en lugar del antiguo, el efecto de la subrogación –en principio- es modificativo, por lo que la obligación permanecerá invariada (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

La subrogación es la denominación genérico de un efecto jurídico (la sustitución de un acreedor por otro) que puede tener varios orígenes: **voluntario**, como sucede en el caso de la cesión de créditos y **legal** en el supuesto del **pago por tercero**.

La expresión subrogarse significa **suceder a otra persona en una determinada situación**

**jurídica;** el CC también utiliza la expresión subrogación real, cuando un bien sucede a otro, tal como sucede en el régimen económico del matrimonio: el dinero procedente de la venta de un bien privativo sigue aquella condición de privativo (LASARTE).

La subrogación, al igual que la cesión de crédito, supone una modificación en la relación obligatoria, ya que según el art. 1.212, transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

### **5.3.- Regulación legal.**

El CC se refiere a la subrogación con **carácter general** en el **art. 1.203.3º** («Las obligaciones pueden modificarse:...3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor»).

La regulación de esta figura se efectúa en los **arts. 1209 y ss.**, dentro de los cuales hay que distinguir:

a) Preceptos aplicables a **todos los supuestos de subrogación (arts. 1.209 y 1.212)**

b) Artículos destinados a regular un caso concreto de subrogación: la **subrogación por pago** (arts. 1.210. 1211. y 1.213), que ha de ser integrados por las previsiones de los arts. 1.158 y 1.1159 sobre el pago por tercero (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

### **5.4.-Clases de subrogación**

La **subrogación legal** es la que se produce de forma automática (*ope legis*) al producirse el supuesto de hecho previsto en la norma. Es **convencional** cuando procede de un acuerdo entre acreedor y subrogado (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN)

**La existencia de ambas clases de subrogación se deduce del art. 1.209 CC: «La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código [subrogación legal]. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto [subrogación convencional]».**

#### **a) La subrogación legal.**

La subrogación legal tiene lugar en los supuestos expresamente mencionados en el CC, tal como señala el art. 1.209 y en lo contemplados por las leyes especiales.

En el CC se regulan expresamente varios supuestos de subrogación legal. Así en sede de **fianza**, los casos de los arts. 1839 y 1852. La subrogación del **donatario** (art. 638), la del **legatario** (art. 867) la del **coheredero** (art. 1.067), o el caso de la **acción subrogatoria** (art. 1111 CC).

También es una subrogación legal el caso La «presunción de subrogación» del art. 1.210 CC, si bien en ese caso no se establece directamente la subrogación sino que se presume.

Fuera del CC, podemos encontrarnos con el caso del art. 43 LCS.

#### **b) La subrogación convencional.**

Este es el caso de la subrogación cuyo origen está en el pacto, como sucede con la «cesión de créditos» o en los casos de «pago por tercero» no incluidos en el art. 1.210 CC.

### **5.5.- La subrogación por pago.**

#### **a) Subrogación por pago de origen legal**

La **subrogación por pago**, es una modalidad de subrogación consistente en que quien paga una



deuda ajena, queda subrogado en los derechos que tenía el acreedor satisfecho frente al deudor, sin necesidad del consentimiento ni del deudor ni del acreedor que recibe el pago. Todo ello siempre que concurren los requisitos del art. 1.210 (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

El **artículo 1.210 CC**, presume que existe subrogación en los supuestos siguientes:

1. «Cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente»: así, por ejemplo, para evitar que la finca se saque a subasta, el segundo acreedor hipotecario paga al primero.
2. «Cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con aprobación expresa o tácita del deudor»: el tercero interviene en el cumplimiento consintiendo el deudor.
3. «Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación (vgr. el fiador subsidiario), salvo los efectos de la confusión en cuanto a la porción que le corresponda» (art. 1.210.3º).

Ej. El subarrendatario que paga al propietario la renta debida por el arrendatario para evitar el desahucio. El tercero poseedor de la finca hipotecada que paga la obligación garantizada con la hipoteca.

En la subrogación legal no se exige la **notificación** de la subrogación al acreedor, pero para que surta efectos frente a éste debe ser conocida. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). El art. 1210 CC debe ser complementado por los arts. 1.158 y 1.159 que regulan el pago por tercero (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

Un **supuesto particular** de subrogación legal se contempla en el artículo 1.211 CC: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

Una aplicación práctica de este precepto la tenemos en la Ley 2/1994, de 30 de marzo de subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, que permite a los deudores hipotecarios beneficiarse de las progresivas rebajas que han experimentado las hipotecas en nuestro país. Es posible cancelar la hipoteca con el dinero procedente de un nuevo crédito hipotecario procedente de otro banco, sin necesidad del consentimiento del primero y sin generar nuevos gastos (honorarios notariales de cancelación de hipoteca, comisiones bancarias de cancelación anticipada, etc.)

## **b) La subrogación por pago de origen voluntario o convencional.**

Hay **subrogación convencional** en aquellos supuestos en que un tercero paga una deuda ajena, pero no concurre ninguna de las circunstancias de la subrogación legal por pago *ex art.* 1.210 CC (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

En la subrogación por pago de origen voluntario son el *solvens* y el acreedor quienes llegan a tal acuerdo. Para que la subrogación convencional tenga lugar, según LASARTE se requiere:

1. Que se establezca con **claridad** (art. 1.209.2º) y ha de ser anterior al pago, nunca posterior.
2. Que el *solvens* haya realizado el **pago** o cumplimiento de la obligación con conocimiento del deudor (cfr. arts. 1.158 y 1.159). Esta es una de las diferencias entre la subrogación convencional y la cesión.

En este caso el único efecto a favor del tercero es la **acción de reembolso ex art. 1.158 CC**.

## **5.6. Efectos del pago con subrogación**

Las consecuencias inherentes a la subrogación (en cualquiera de sus modalidades) son las mismas de la cesión de créditos: el mantenimiento del crédito tal y como se encontraba en el

patrimonio del acreedor (LASARTE). Tales efectos los establece el **artículo 1.212 CC**: «*La subrogación transfiere 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*».

### **5.7. Diferencias entre subrogación y cesión.**

Las **diferencias entre subrogación y cesión**, según MARTÍNEZ DE (MARTÍNEZ DE AGUIRRE), son las siguientes:

- a) Por su **distinta función**, la cesión es el cauce idóneo para facilitar la circulación del crédito, como un bien susceptible de tráfico jurídico; la subrogación por pago realiza la función de recuperar por vía de regreso lo pagado por un tercero al acreedor satisfecho.
- b) Por sus **distintos presupuestos**, la cesión requiere un convenio causal previo- compraventa, donación, permuta, etc.; la subrogación requiere únicamente del pago al acreedor primitivo.

## **§ 6.- LOS CAMBIOS DE DEUDOR: LA ASUNCIÓN DE DEUDAS.**

El fenómeno contrapuesto a la transmisión del crédito (cesión y subrogación), es la **transmisión de deuda**, en la que sin necesidad de extinguir la relación obligatoria originaria: el nuevo deudor ocupará la posición o situación detentada por el deudor primitivo (LASARTE).

La asunción de deudas no aparece regulada de modo genérico en el CC, si bien algunas de sus manifestaciones aparecen recogidas en algunos preceptos del mismo (MARTÍNEZ DE AGUIRRE). Este es el caso de los **arts. 1.203.2** («*Las obligaciones pueden modificarse: [...] 2. Sustituyendo la persona del deudor*»); **1.205** («*La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*») y **1.206 CC** («*La insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda*»).

Las modificaciones en el **lado pasivo de la obligación** son extraordinariamente más complejas que la correlativa (y contrapuesta) transmisión del crédito. Además, la sustitución de un deudor por otro incumbe fundamentalmente al acreedor.

En efecto, en cualquier tipo o clase de relación obligatoria (no sólo en las denominadas de hacer o, en general, en las personalísimas), la **identificación** o identidad de la **persona del deudor** es de **fundamental importancia** para el acreedor, a quien **no será indiferente la capacidad de cumplimiento o solvencia del hipotético nuevo deudor** (supongamos que una persona pretende transmitir una deuda a otra para eximirse del cumplimiento, ya que éste es insolvente, parado y sin bienes).

Por tanto, en materia de transmisión de deudas, es **fundamental** que la **sustitución del deudor originario** se lleve a cabo con **consentimiento del acreedor**, para que aquél pueda decirse liberado del cumplimiento de la obligación (que, a partir de ahora, corresponderá al nuevo deudor). En tal sentido, expresa el **artículo 1.205** que la sustitución de «*un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*».

El Código civil parte de la base de que la verdadera transmisión de deudas (**o asunción de**

**deudas)** consiste en la **liberación del deudor primitivo** y la **aparición de un nuevo deudor**. Por ello afirma el artículo **1.206-1º** que «*la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo*».

Una figura muy cercana a la asunción de deudas es el pago de deuda ajena por tercero sin asunción del vínculo obligacional, pero en este caso como quiera que éste no asume el vínculo ni frente al acreedor ni frente al primitivo acreedor resulta que nos encontramos ante un caso de pago por terceros que está sometido a sus propias reglas ([MARTÍNEZ DE AGUIRRE](#)).

### **6.1. Formas de la transmisión de deuda.**

La modificación del lado pasivo de la obligación puede producirse:

a) Por **asunción cumulativa**. En este caso, sin quedar liberado el primitivo deudor, un nuevo deudor asume -también y juntamente con el primitivo- la deuda (supuesto denominado, por lo general, **asunción cumulativa** de deuda, puesto que el nuevo deudor se acumula al antiguo que no queda liberado de su responsabilidad) ([MARTÍNEZ DE AGUIRRE](#)).

Para algún autor en la asunción cumulativa, al no desaparecer el primitivo deudor de la obligación, no se produce una verdadera asunción de deuda puesto que aquella presupone necesariamente el cambio de deudor (LASARTE).

b) Por **asunción liberatoria**. En este caso el primitivo deudor es sustituido por uno nuevo, de modo que el primero queda desligado de la obligación siendo relevado por el nuevo. La denominación liberatoria proviene del hecho de que el originario deudor queda liberado de la obligación. En este caso sí que existe una verdadera transmisión de deuda ([MARTÍNEZ DE AGUIRRE](#)).

### **6.2. La expromisión y la delegación de deuda.**

Aunque el Código civil no se refiere de forma expresa a tales figuras, la doctrina estima que el cambio de deudor propiamente dicho puede llevarse a cabo mediante **expromisión y delegación**. Ambas formas de transmisión de las deudas son esquemas conceptuales inspirados en el Derecho romano y recreados por la doctrina alemana del pasado siglo (LASARTE).

a) La **expromisión** consistiría en un **pacto o acuerdo** entre el **acreedor y un tercero**, el nuevo deudor, que se sitúa como sujeto pasivo de la relación obligatoria. No hay intervención del deudor primitivo. La expromisión puede ser cumulativa o liberatoria (liberando o no según el caso de la obligación correspondiente al deudor primitivo) ([MARTÍNEZ DE AGUIRRE](#)).

La expromisión presupone por principio el consentimiento del acreedor; siendo, por el contrario, intrascendente el conocimiento (y, con mayor razón, el consentimiento) del deudor primitivo: cfr. artículo 1.205. Un ejemplo sería el del padre que pacta directamente con el acreedor hacerse cargo de la deuda contraída por su hijo, sin haberse enterado este último. El acuerdo ha sido sólo a dos bandas.

b) La **delegación** («...al delegar su deuda», dice el art. 1.206 *in fine*), consiste en el cambio de deudor tiene lugar a consecuencia de un **acuerdo entre el deudor primitivo y el nuevo deudor**, que se coloca en posición de sujeto pasivo de la relación obligatoria, liberando de la misma al deudor originario. La delegación requiere también, de forma inexcusable, el **consentimiento del acreedor**, si bien éste puede prestarse *a posteriori*, de forma expresa o tácita, etc. (LASARTE). En este caso la negociación es a tres bandas, padre e hijo pactan directamente con el acreedor que el primero de ellos asume las deudas contraídas por su hijo.

### **6.2. Efectos de la transmisión de deuda.**

La doctrina admite que pese a la inspiración romanista del Código civil español, no son extraños a nuestro sistema jurídico los supuestos de cambio de deudor sin consecuencias extintivas

(modificando solamente) sobre la relación obligatoria preexistente (LASARTE).

En consecuencia, el cambio de deudor puede plantearse como una **novación modificativa** (lo que no excluye que, en otros casos, se realice una verdadera novación extintiva: sustitución de una obligación por otra nueva o causa del cambio de deudor). Sin embargo, la peculiar complejidad de la transmisión de deudas arroja el resultado de que, aun en el caso de novación modificativa por cambio de deudor, la conservación de las garantías y obligaciones accesorias de la obligación principal originaria no constituya la regla general.

En efecto, del **artículo 1.207** cabe deducir que las garantías y accesorios de la obligación principal -pese a la continuidad de la relación obligatoria-, se extinguirán a consecuencia del cambio de deudor, en contra de cuanto ocurre en el supuesto de cesión de créditos: «... *sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento*» a la transmisión de la deuda.

## § 7.- LA CESIÓN DEL CONTRATO.

Además del crédito aisladamente considerado (y, con mayor dificultad, la deuda) también puede ser objeto de transmisión la posición contractual que una persona ocupe en un determinado contrato. Piénsese, por ejemplo, en el caso del comprador de un piso en construcción que cede su posición contractual, como comprador, a otra persona; o en el supuesto de un contrato de suministro, etc.

La cesión del contrato es sumamente frecuente en la práctica comercial de nuestros días. El Código civil, sin embargo, no dedica norma alguna a la cuestión que, no obstante, resulta plenamente admisible a la luz de la jurisprudencia y conforme al principio general del artículo 1.255 del Código civil (LASARTE). Un ejemplo es el traspaso de local de negocio previsto en la LAU/1964, en la que el arrendatario antes de expirar su contrato cedia su posición contractual a otra persona hasta la expiración de su contrato.

Para que pueda darse la **cesión del contrato** se requiere fundamentalmente:

1. Que se trate de **contratos bilaterales**, cuyas recíprocas **prestaciones no** hayan sido **totalmente ejecutadas** (si el comprador del piso ya es dueño de él, no podrá «ceder» el contrato de compraventa porque estará consumado, sino que tendrá que ceder el piso).
2. Que la **otra parte del contrato** (contratante cedido) **acceda o consienta la cesión**. Exigencia lógica, incluso en el caso de que no se trate de contratos que generen obligaciones de hacer o personalísimas, ya que nadie está obligado a contratar con persona diferente a aquella con quien lo hizo.

Como regla general, la cesión del contrato conlleva la liberación o desvinculación del cedente, que en adelante no queda obligado respecto del contratante cedido (la otra parte). No obstante, cabe el pacto en contrario y, en la práctica, no es extraño que, en forma subsidiaria, el cedente quede obligado durante un cierto tiempo a responder en caso de que el cesionario incumpla las obligaciones que le incumban.

## Tema 13

### EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION

- § 1.- El incumplimiento de la obligación.
- § 2.- El incumplimiento definitivo.
- § 3.- El incumplimiento defectuoso o inexacto.
- § 4.- La mora.
- § 5.- Los criterios de imputabilidad: la culpa y el dolo.
- § 6.- La exoneración del deudor: el caso fortuito y la fuerza mayor.
- § 7. - La acción de cumplimiento.
- § 8. - La acción de resarcimiento de los daños y perjuicios.

#### §1.- EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.

##### *1.1 Efectos de la obligación.*

Toda obligación se propone el sometimiento del deudor al **cumplimiento** de la **prestación** que constituye su objeto. La obligación habrá de cumplirse de acuerdo a lo programado por las partes. En consecuencia, el efecto cardinal de la obligación es su **ejecución** o **cumplimiento** que puede ser **voluntario o normal**, cuando se realiza por el de deudor en la exacta forma establecida o **forzoso, involuntario o anormal** cuando por resultar incumplida la obligación se impone la **ejecución forzosa** de la misma (CASTÁN). La ejecución forzosa presupone que la parte que ha sufrido el incumplimiento se ha dirigido ante los tribunales y ha obtenido una sentencia favorable a sus pretensiones.

##### *1.2 Incumplimiento de las obligaciones.*

El **cumplimiento** de la **obligación** supone la exacta y completa ejecución de la prestación por parte del deudor, (**pago o solutio**) que comporta la extinción de la relación obligatoria (vid. art. 1.156 c.c) (CASTÁN). El incumplimiento si se contempla desde la óptica del interés del acreedor supone una lesión del derecho de crédito (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, DE PABLO CONTRERAS).

La obligación comporta la ineludible necesidad de su cumplimiento, de tal forma que si el deudor no cumple por causas que le sean imputables el Derecho procurará la efectividad de la obligación mediante su **cumplimiento forzoso o anormal**. Las consecuencias del incumplimiento serán distintas según sean las clases y causas del mismo.

##### *1.3. Clases y causas del incumplimiento de la obligación.*

La doctrina jurídica distingue dos supuestos de incumplimiento:

**A).- Incumplimiento total o falta de cumplimiento** (también denominado *incumplimiento propio o absoluto* o situación de «no-prestación»). En este primer grupo se integran todos los supuestos en los que el deudor no ha realizado **ningún acto dirigido a ejecutar la prestación prometida**. Es decir que vencida la deuda y devenida exigible no se ha ejecutado ninguna prestación. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). **Este incumplimiento imposibilita el cumplimiento futuro de la prestación** (LASARTE).

**B).- Incumplimiento defectuoso o inexacto** (también denominado *impropio o relativo*). En este caso aunque hay prestación ésta **no se ajusta al programa de la obligación**, lo que puede ocurrir por **falta de identidad de la cosa o del servicio o por no realizarse en su integridad** (MONTÉS PENADÉS) o fuera de tiempo. **Este incumplimiento, aun a pesar de no imposibilitar el cumplimiento futuro de la prestación**, supone un defecto o mal cumplimiento de lo convenido (se cumple parcialmente o de forma extemporánea). El supuesto más importante de incumplimiento inexacto, es la **mora**.

El **incumplimiento**, independientemente de su carácter **total o parcial** puede tener su origen en: a) causas independientes de la voluntad del deudor (*caso fortuito o fuerza mayor*) o b) causas voluntarias que pueden tener una doble significación, según lleven consigo plena voluntad y conciencia (*dolo*) o mera negligencia (*culpa*) (CASTÁN).

Esta distinción doctrinal entre cumplimiento propio e impropio, sin embargo, no ha sido recogida por el Código que se limita a establecer un único régimen en el art. 1.101. De modo que cualquier contravención de la obligación, bien sea total o parcial, será considerada como incumplimiento lo que dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios (LASARTE)

Todo **incumplimiento** (total o parcial) **imputable** al deudor por culpa o dolo sujeta a éste a las consecuencias y a la responsabilidad derivadas de aquél. Por el contrario, el incumplimiento dependiente de circunstancias ajenas a su voluntad (caso fortuito) no lleva consigo responsabilidad. Se exceptúa el caso de que el deudor estuviese constituido en mora (CASTÁN).

El Código civil recoge esta doctrina, de la intervención de la voluntad en el incumplimiento de las obligaciones en el artículo **1.101**, al sujetar a la indemnización de daños y perjuicios a los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y al excluir de aquélla en el **artículo 1.105** a los que incumplen por caso fortuito o fuerza mayor (CASTÁN).

## §2.- EL INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO.

### 2.1. Concepto.

El **incumplimiento total** de la prestación debida existe cuando la conducta del deudor **lesiona definitivamente** el derecho del acreedor; es decir, cuando el interés del acreedor queda definitivamente desatendido con la conducta del obligado porque ya no es posible el cumplimiento de la obligación (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

El **incumplimiento definitivo** de la prestación debida puede obedecer a cualquiera de las siguientes **causas** (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN):

- a) **La imposibilidad sobrevenida por pérdida de la cosa debida** (arts. 1.182 a 1.186 CC). La cosa perece por causa posterior al nacimiento de la obligación. El deudor queda liberado si concurren dos presupuestos: ausencia de culpa del deudor y no estar constituido en mora (art.1.182).
- b) **El retraso definitivo que ya no puede satisfacer el interés del acreedor** (STS 5 enero 1935 y 6 julio 1945). En la mora, sin embargo, el interés del acreedor todavía puede satisfacerse aun a pesar del retraso.
- c) **La manifiesta voluntad del deudor de no cumplir**. En este caso la prestación es posible e idónea, pese a que el deudor se encuentre en mora, pero hay una voluntad de no cumplir que se ha podido manifestar expresamente o bien se deduce de actos u omisiones concluyentes.

### 2.2. La excepción de contrato no cumplido.

En el marco de las obligaciones sinalagmáticas la parte que ha sido demandada podrá oponer la **excepción de contrato no cumplido** ante el actor que le exige el cumplimiento de su contraprestación, en el caso de que éste o haya cumplido con la prestación que le corresponde. Mediante esta excepción se puede obtener de los tribunales la suspensión de la obligación de cumplir el contrato mientras que la otra parte no cumpla con su contraprestación debida. A la negativa a cumplir mientras no cumpla la contraparte también se le denomina *exceptio non adimpleti contractus* (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

Ej. Si A –vendedor- debía de entregar un coche a B –comprador- el 1 de enero de 2006, y no lo hace, pero sí que le reclama el pago del dinero que aquél también debía entregar ese día, B podrá oponer a A la excepción de contrato no cumplido. No puede exigir el cumplimiento del contrato quien no ha cumplido previamente con su obligación

La existencia de esta excepción en nuestro ordenamiento jurídico, según LACRUZ, encuentra su **fundamento** en los arts 1100 y 1124 CC. En el primero de ellos cuando establece que uno no incurre en mora mientras el otro obligado no cumple, y en el art. 1.124, puesto que si permite recuperar lo entregado (acción resolutoria) con mayor razón nadie está obligado a cumplir mientras que no lo haga la contraparte.

Son numerosas las SSTs en las que se contempla esta excepción. Así **La STS 16 abril 2004** (RJ 2004\3261) establece que la *exceptio non adimpleti contractus*: «es la excepción de incumplimiento contractual, que se da en las obligaciones recíprocas, fundada en la regla de cumplimiento simultáneo de las mismas y que implica que una parte puede negarse al cumplimiento de su obligación mientras la otra no cumpla la suya»

### § 3.- EL INCUMPLIMIENTO DEFECTUOSO O INEXACTO.

#### 3.1. *Concepto.*

Un supuesto distinto al incumplimiento definitivo y diferente a la mora o retardo es el denominado **incumplimiento inexacto de la prestación**. Según DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, caben los siguientes supuestos:

- a) Falta de identidad de la cosa o servicio.
- b) Falta de integridad de la obligación (arts. 1.166 y 1.169 CC ).
- c) Prestación defectuosa por no ajustarse al programa de la obligación. Normalmente cuando afecta a las circunstancias de lugar o tiempo. El art. 1.098 utiliza la expresión: «contraviniendo el tenor de la obligación.»

El CC no regula de modo sistemático el incumplimiento defectuoso, sin embargo, en determinados supuestos sí que establece normas especiales, respecto de los vicios o defectos de las cosas o servicios: el art. 1.484 y ss. 1.553 y 1.591 (MONTÉS PENADÉS)

#### 3.2. *La frustración del fin del contrato.*

La prestación defectuosa en ocasiones puede generar una frustración del fin del contrato que puede fundamentar la resolución del mismo por insatisfacción del acreedor. Es lo que la jurisprudencia ha denominado inhabilidad del objeto (MONTÉS PENADÉS). Un ejemplo en sede de compraventa la doctrina del «aliud pro alio».

### 3.3. La excepción de contrato cumplido defectuosamente.

Junto a la *exceptio non adimpleti contractus* que operaba en caso de incumplimiento total se encuentra la *exceptio non rite adimpleti contractus* que despliega sus efectos en el caso de contratos cumplidos defectuosamente. De modo que en el marco de las obligaciones sinalagmáticas el demandado podrá oponer al demandante la **excepción de contrato cumplido defectuosamente** (*exceptio non rite adimpleti contractus*) ante quien exige el cumplimiento de la contraprestación, que permite suspender el contrato hasta hacer frente a la reparación o rectificación (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

**\*La STS 16 abril 2004 (RJ 2004\3261)** define la *exceptio non rite adimpleti contractus* como «la excepción de cumplimiento defectuoso, que es la que se opone a la parte que ha cumplido su obligación defectuosamente, a fin de obtener una **reducción correspondiente** a lo mal realizado».

#### **\*Ejemplo→**

### §4.- LA MORA.

#### 4.1. Concepto.

En sentido amplio, se entiende por **mora o demora** el retraso en el cumplimiento de la obligación que es jurídicamente relevante (CASTÁN).

Una de las consecuencias de la estructura de las obligaciones sinalagmáticas, es que como regla general, se exige su cumplimiento simultáneo (salvo que se haya pactado el cumplimiento diferido) (DE PABLO CONTRERAS). En consecuencia para que el retraso en el cumplimiento de una de las partes sea relevante es necesario que la contraparte haya cumplido con su obligación. Partiendo de este presupuesto inicial, en el que una parte ha cumplido a tiempo y la otra no, el incumplimiento tardío puede presentar tres configuraciones con distintas consecuencias.

- a) Una parte se retrasa en el pago pero éste cumplimiento no llega a tener trascendencia jurídica porque la otra parte no ha intimado a la mora.
- b) Una parte se retrasa en el pago y la contraparte intima a la mora (o se está ante un supuesto de mora automática); en este caso el retraso al convertirse en moroso si que tiene relevancia jurídica, siempre que el cumplimiento aunque tardío sea posible.
- c) Una parte se retrasa en el cumplimiento de su obligación, pero el retraso es de tal relevancia que ya no cabe el cumplimiento tardío. En este caso ya no habrá incumplimiento defectuoso moroso sino incumplimiento total. Lo que supone un incumplimiento con consecuencias más graves.

Recapitulando, se entiende por **mora o demora** el retraso en el cumplimiento de la obligación que es jurídicamente relevante. En un sentido propio y jurídico sólo es mora el **retraso culpable** que no imposibilite el cumplimiento tardío, porque si por consecuencia del retraso desaparece la posibilidad de cumplir la obligación, más que mora hay incumplimiento total (CASTÁN). Este sería el caso en que el retraso afectara al *término esencial*.

La mora aparece contemplada en el art. 1100 CC: «Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1. Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.
2. Cuando de su 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.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

## 4. 2. Clases de mora

La mora se divide en **mora solvendi o del deudor** y **accipiendi o del acreedor** y se subdivide la primera en *solvendi ex persona* y *solvendi ex re*, según que necesite o no la interpelación del acreedor para producirse (CASTÁN).

### 4.3. La mora del deudor.

La mora del deudor consiste en aquel incumplimiento, que aunque tardío, todavía satisface el interés del acreedor y que es imputable al deudor (LASARTE).

La **mora** es **compatible** con el **dolo** y la **culpa**, ya que la mora puede tener su causa en la falta de diligencia (culpa) o en la actuación dolosa del deudor. Sin embargo, en el caso de que el retraso haya sido originado por caso fortuito o fuerza mayor, éste no será imputable al deudor y por tanto este no podrá ser **constituido en mora** (LASARTE).

**4.3.1 Requisitos de la mora del deudor.** Según CASTÁN la constitución en mora del deudor exige:

1º.- *Que se trate de una obligación dirigida a una prestación positiva* (de dar o hacer), pues en las obligaciones de no hacer no cabe el cumplimiento tardío. Así se infiere a *sensu contrario* del artículo 1.100 del Código civil (CASTÁN).

2º.- *Que la obligación sea exigible* (lo que excluye de la mora las obligaciones naturales), **vencida** (ya por ser pura o ya por haber transcurrido el plazo o haberse cumplido la condición) y **determinada** (líquida).

3º.- *Que el deudor retarde culpablemente el cumplimiento de la obligación*. En cuanto a la prueba de la no culpabilidad, correrá a cargo del deudor, por la presunción de culpabilidad que establece el artículo 1.183.

4º.- *Que el acreedor requiera de pago al deudor, judicial o extrajudicialmente*, pues dice el artículo 1.100 que «incurren en mora los obligados a entregar o hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. »

**4.3.2 La constitución en mora: la intimación o interpelación.** El mero retraso en el cumplimiento para convertirse en mora necesita que el acreedor –que previamente a cumplido lo que le incumbe- exija «judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación» al deudor (art. 1.100.1º). De modo que hasta que la interpelación o intimación no se lleve a cabo, no puede hablarse técnicamente de mora, por grande o grave que sea el retraso del deudor (LASARTE).

El CC no exige ningún requisito de forma para realizar la interpelación, si bien como la carga de la prueba de haber efectuado la intimación recae sobre el acreedor, este deberá asegurarse de la fehaciencia de la notificación (por requerimiento notarial, telegrama, burofax, etc) cuando se realice extrajudicialmente.

**4.3.3. La mora automática.** La regla general de que la constitución en mora exige la previa interpelación del deudor no es absoluta. El propio art. 1.100. CC señala que no es necesario el requerimiento, por lo que puede hablarse de **mora automática**, en los siguientes casos:

1º.- Cuando medie **pacto expreso en contrario** (art. 1.100-1º). La exclusión convencional de la necesidad de interpelación es muy frecuente en la práctica contractual. Para ello, según LASARTE,

basta indicar en alguna de las cláusulas del contrato que el retraso en su ejecución dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios sin necesidad previa de reclamación.

2º.- Cuando **expresamente lo declara la ley**. Este es el caso de las obligaciones mercantiles que tengan día señalado para su cumplimiento (arts. 62 y 63 del Código de Comercio).

3º.- Cuando de la **obligación se desprenda ser motivo determinante** de ella la **época o el momento** señalado para su cumplimiento (art. 1.100-2º). Ej. Calefacción encargada para el invierno y que se termina en el verano siguiente, etc.

4º. -Cuando se trate de **obligación recíproca**, ya que el Código civil, después de decir que «*en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe*», añade que «*desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro*» (art. 1.100). Este último aspecto ha generado gran polémica, en la doctrina puesto que algunos autores estiman que de no exigirse la interpelación quedaría constituido en mora quien ignora el cumplimiento de la contraparte (ALBALADEJO).

En todos los supuestos comentados de mora automática el más simple retraso equivale a la constitución en mora del deudor.

#### 4.3.4 Efectos de la mora del deudor.

El deudor moroso, según LASARTE queda obligado a:

- a).- **Cumplir la obligación**, ya que la mora no excluye del cumplimiento de la obligación, de modo que el deudor deberá cumplir –aunque tardíamente- la misma. En el caso de que el cumplimiento tardío deviniese imposible ya no habría mora (cumplimiento defectuoso) sino incumplimiento total. Ej. Este sería el caso del modisto quien no entrega a tiempo el traje de novia para una boda.
- b).- **Indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios** que la tardanza le ocasione (art. 1.101). Si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, la indemnización, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y, a falta de convenio, en el interés legal (art. 1.108).
- c).- **Responder de los riesgos, perecimiento y deterioros de la cosa**, acontecidos tras la constitución en mora, **aunque sea por caso fortuito fuerza mayor** (art. 1.096, -3º). De modo que el deudor moroso ve agravada su responsabilidad puesto que en condiciones normales no respondería cuando el cumplimiento fuera imposible por fuerza mayor o caso fortuito. A esta agravación se le denomina *perpetuatio obligationis* (LASARTE).

Por el contrario, el **deudor** que se ha retrasado en el cumplimiento pero no ha sido **constituido en mora**: no tendrá que indemnizar por daños y perjuicios por el retraso y no verá agravada su responsabilidad por tener que responder en los supuestos de fuerza mayor y caso fortuito.

#### E) Cesación de la mora.

Los efectos de la mora desaparecen por lo que se llama purga de la misma (*purgatio morae*). Aunque el Código no la regula, puede decirse que la mora cesa: 1) Por voluntad del acreedor, como en los casos de renuncia al cobro de la indemnización debida, concesión de prórroga, novación de la

obligación, etc. 2) Por concesión de un nuevo plazo legal al deudor (moratorias). 3) Por incurrir también el acreedor en mora (*compensatio morae*). Hemos señalado como presupuesto de la mora que el acreedor haya cumplido previamente con su respectiva obligación.

#### **F) Las moratorias.**

Cuando el acreedor concede al deudor que se retrasa en el cumplimiento un nuevo plazo, la mora (bien sea común o automática) desaparece. A esta prórroga del plazo se le denomina moratoria (LASARTE). Es decir que al deudor moroso el acreedor puede concederle una moratoria para que pague

#### **4.4 La mora del acreedor.**

El Código civil, no regula la **mora del acreedor** de modo sistemático y detallado; pero, sin embargo, se hace eco de ella en varios artículos (véanse, por ejemplo, 1.185, 1.452-3º, 1.505, 1.589 y 1.590), y trata, sobre todo, como el más fundamental de sus efectos, de la posibilidad de liberarse el deudor de su obligación mediante la **consignación de la cosa debida** (artículos 1.176 y ss.) (CASTÁN).

#### **A) Requisitos.**

Para que exista la mora *accipiendi* se requiere:

- 1º.- Que se dé una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor.
- 2º.- Que el deudor realice todo lo conducente a la ejecución de la prestación, lo que supone, el ofrecimiento de pago al acreedor (véase art. 1.176 del Código civil).
- 3º.- Que el acreedor no acepte la prestación o, en general, no coopere al cumplimiento de la obligación, sin justificación legal para ello.

Un supuesto de mora *accipiendi* lo tenemos cuando el arrendador se niega a cobrar al arrendatario las rentas devengadas, para de este modo poder desahuciarlo por falta de pago. O el caso del vendedor que se niega a cobrar el precio del bien vendido para de este modo poder resolver el contrato por falta de pago. Imaginemos que se vende un piso y que entre el momento de la perfección de la compraventa y el día fijado para el pago éste ha duplicado su valor. Sería en este escenario cuando el vendedor desaprensivo intentaría por todos los medios resolver la compraventa.

#### **B) Efectos de la mora del acreedor.**

Los principales de estos efectos no regulados de modo sistemático en nuestro Código civil, y que parecen fundarse en el principio de que el deudor no debe sufrir perjuicio por la mora del acreedor son los siguientes (CASTÁN):

- 1º.- La mora del acreedor excluye la del deudor (cfr. artículo 1.185)
- 2º.- Pasa a cargo del acreedor el riesgo o caso fortuito que pesase antes sobre el deudor.
- 3º.- El deudor puede obtener su total liberación mediante la consignación de la cosa debida

### **§ 5.- LOS CRITERIOS DE IMPUTABILIDAD: LA CULPA Y EL DOLO.**

El **incumplimiento**, total o parcial, y cualquiera que sea la causa que lo origine, ha de ser **imputable al deudor** para que el acreedor pueda recurrir a las reglas que el Código le proporciona para poder dirigirse contra el obligado (PUIG-BRUTAU). Los criterios de imputabilidad son la culpa y el dolo, tal como se desprende del art. 1.101 CC: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

No hay imputabilidad, y por lo tanto no hay responsabilidad, cuando el incumplimiento tiene

su origen en una imposibilidad (o de la frustración del fin del negocio) debida a **hechos no imputables** a la culpa o al dolo del deudor –como sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor- la obligación quedará extinguida (arts. 1.182 a 1.186 C. c.) (PUIG-BRUTAU).

### 5.1. La culpa.

El primer criterio de imputabilidad de responsabilidad contractual lo constituye la culpa. El CC la define en el **art. 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 **culpa contractual** consiste en la acción u omisión voluntaria, pero realizada sin malicia, que impide el cumplimiento normal de una obligación. (CASTÁN). El comportamiento culposo puede deberse a la negligencia, descuido o impericia del deudor (BORDA).

La esencia de la culpa (que a la vez explica su ilicitud e imputabilidad al agente, a pesar de no mediar el comportamiento doloso) está en la **falta de diligencia y previsión** que supone en el autor del acto. En este sentido define la culpa el Código civil en el art. 1.104 como «*la **omisión de... diligencia...**».*

Como en la negligencia cabe una gran variedad de grados, las escuelas jurídicas, fijaron ciertos **tipos de diligencia-base** para medir la responsabilidad del agente.

Los romanistas hablan a este respecto de la **culpa lata** (negligencia excesiva, consistente en no hacer lo que todos hacen o no comprender lo que todos comprenden), la **culpa leve en abstracto** (que existe cuando no se obra con la diligencia que debiera emplear un buen padre de familia, esto es, un hombre vigilante y cuidadoso) y la **culpa leve en concreto** (que toma como tipo la diligencia que observa en sus propios negocios el mismo sujeto de cuya responsabilidad se trata), a la que todavía añadían la **culpa levísima** (consistente en omitir aquella diligencia que ponen los hombres muy cuidadosos).

El Código civil establece **dos sistemas para concretar el grado de diligencia** que en una relación obligatoria ha de prestar el deudor (CASTÁN):

a) En primer lugar habrá que actuar con la diligencia que exija **la naturaleza de la obligación**. En este caso no se establece un parámetro de referencia, sino que hay que acudir al **caso concreto**, lo que supone que el juez partiendo de lo convenido por las partes apreciará la conducta de la persona a quien se imputa la culpa y si esta se ajusta a las circunstancias de lugar y tiempo (BADOSA COLL, DE PABLO CONTRERAS)

b) Subsidiariamente, en el caso de que la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se acudirá a un patrón de referencia, constituido por la diligencia que se exigirá la que correspondería a un buen **padre de familia** (artículo 1.104-2º). Esta expresión constituye un criterio objetivo de graduación de la culpa, para ello se toma como referencia el tipo medio o normal de persona diligente en el cumplimiento de las obligaciones. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). La conducta del *bonus pater familias* se adaptará técnicamente a los casos concretos cuando el deudor asume la obligación en concepto de profesional o de experto (DE PABLO CONTRERAS)

El sistema del Código civil está influido por el sistema romano, del que toma el tipo de la culpa

leve.

Además, desde otro punto de vista, como reacción contra la exagerada complicación de las teorías romanistas acerca de la graduación de la culpa se inspira el Código en la teoría del **arbitrio judicial** al autorizar que la responsabilidad procedente de negligencia pueda moderarse por los Tribunales según los casos (art. 1.103). En conjunto significa este sistema un progreso, por la flexibilidad con que permite adaptar la idea de la culpa a cada especie concreta y sobre todo por dejar la apreciación de la culpa y la extensión de sus responsabilidades a la sana crítica de los Tribunales.

## 5.2. El dolo.

Es la **acción u omisión** que, con conciencia y voluntad de producir - un resultado antijurídico, impide el cumplimiento normal de una obligación. El dolo presupone un elemento intelectual (conciencia) y un elemento volitivo (voluntad de violar el derecho de crédito); más no requiere la intención de perjudicar o dañar al acreedor (CASTÁN).

El Código civil, a diferencia de lo que sucede con la culpa, no proporciona una noción del dolo como causa de incumplimiento de la obligación, si bien la doctrina lo equipara a la **mala fe** apoyándose en el texto del artículo 1.107. En ese precepto se contraponen el deudor de buena fe y el deudor por dolo, resultando así que este último es el **deudor de mala fe**, y para la existencia de ésta no hace falta la intención de perjudicar o de dañar, bastando infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor a sabiendas, es decir, conscientemente». DÍAZ PAIRÓ

El TS, dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, no exige en el dolo la **intención** de perjudicar o dañar, sino en la **infracción de modo voluntario del deber jurídico** que pesa sobre el deudor, a sabiendas, es decir con la conciencia de que se está realizando un acto antijurídico.

La **STS 30 marzo 2005 (RJA 2618)** en un caso de existencia de daños conscientemente realizados con la venta de cabezas de ganado porcino pertenecientes a un tercero para cobro de una deuda contraída por su poseedor inmediato. Define el dolo civil como la «conducta intencional o al menos plenamente consciente del daño ajeno -basta la coincidencia de que con un hecho propio se realiza un acto antijurídico haciendo lo que no debe hacerse: SS. 9 marzo 1962 ( RJ 1962, 1230) , 19 mayo 1973 ( RJ 1973, 2339) y 5 diciembre 1995 ( RJ 1995, 9260) -, y determinante del perjuicio sufrido por el actor, con absoluta eficacia causal»

El dolo aparece en el cumplimiento de las obligaciones como causa de agravación de la responsabilidad del deudor (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

\* \*

Las teorías modernas, modificando el criterio clásico que diferenciaba por la *intencionalidad* el dolo de la culpa, establecen en síntesis:

1º.- Que no pueden deslindarse geoméricamente las fronteras de la culpa y el dolo.

2º.- Que de querer establecer una diferencia, ésta debe buscarse no en la intención de dañar sino en la conciencia del daño que se causa.

Según este criterio las causas de incumplimiento definitivo de las obligaciones son las siguientes (CASTÁN):

a) Incumplimiento por *causa prevista* del deudor (**previsión efectiva**) (dolo).

b) Incumplimiento por *causa que el deudor pudo y debió prever* (**posibilidad de previsión**) (culpa).

c) Incumplimiento por causa que *no pudo prever o evitar* el deudor (ausencia de previsión y de

posibilidad) (caso fortuito).

### **5.3. Prueba del incumplimiento contractual.**

En materia de incumplimiento contractual existe la presunción de culpa del deudor; se parte de que si el deudor que no cumple la obligación lo hace porque quiere, y, por tanto, es responsable de la falta de cumplimiento. De modo que al acreedor le basta probar el incumplimiento y existencia de la obligación; de modo que **será el deudor al que corresponderá destruir su presunción de culpabilidad** para eximirse de responsabilidad, habiendo de probar que si dejó incumplido el contrato, no fue por culpa suya (CASTÁN).

Así se deduce del artículo 1.183, que establece que: «siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa, y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario».

La **existencia del dolo**, a diferencia de la culpa, no se presume y habrá de ser probada siempre por el acreedor (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). En la culpa extracontractual o aquiliana la carga de prueba de la culpa también recae sobre el demandante.

La **STS 19 julio 2006 (RJ 3993)** establece que: «el dolo principal o causante, que necesariamente ha de ser grave, no puede ser apreciado sin una cumplida prueba por parte de quién lo alegue (SSTS de 22 y 28 de febrero de 1961), sin que basten al efecto las meras conjeturas (STS de 25 de mayo de 1945)

## **§ 6.- LA EXONERACIÓN DEL DEUDOR: EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR.**

### **6.1. - Concepto del caso fortuito.**

El caso fortuito es una causa de exoneración en el cumplimiento de las obligaciones, y en este sentido puede definirse (con fórmula negativa) como aquel **accidente no imputable al deudor que impide de el exacto cumplimiento de la obligación**, o más concretamente (haciendo entrar en la definición aquellos elementos positivos a que hace referencia el **artículo 1.105 CC**, al decir que «*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*», como el acontecimiento no imputable al deudor, imprevisto, o previsto pero inevitable, que imposibilita el exacto cumplimiento de la obligación (CASTÁN).

Supuestos de caso fortuito o fuerza mayor serían las guerras, robos, fenómenos meteorológicos, erupciones volcánicas, terremotos, etc

La STS 16 noviembre 2006 (RJA 8130), establece la existencia de caso fortuito en el caso de muerte de ocupantes de carro tirado por animal al recibir la colisión de convoy ferroviario en paso a nivel sin barrera, al estimar que es imprevisible irrupción del animal desbocado en el momento en que el tren alcanzaba ese punto, así como la ineficacia de posibles barreras para impedir el cruce de un animal desbocado.

El caso fortuito en nuestro ordenamiento jurídico se confunde con la fuerza mayor, de modo que es posible encontrar artículos del CC en los que se conjuntamente se menciona a ambas figuras (arts. 457, 1.777, 1.748, 1.905 y 1.908.3º), en otras ocasiones se mencionan separadamente: arts. 1.136, 1.183, 1.744, 1.745, 1.575 y 1.836 CC.

Si bien el CC en el art. 1105 no distingue entre causa mayor y caso fortuito la doctrina si que diferencia ambas figuras (DE PABLO CONTRERAS). Esta distinción también se puede encontrar en la jurisprudencia en la **STS 30 septiembre 1983** establece que: «*mientras el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haber sido evitado, la fuerza mayor es el acontecimiento que, aun cuando se hubiera previsto, habría sido evitable*». El primer caso sería el de un robo, mientras que en el segundo sería el caso de un terremoto.

## 6.2. Requisitos del caso fortuito.

Para la existencia del caso fortuito se precisan los requisitos siguientes (CASTÁN):

- 1º.- Que se trate de un hecho o acontecimiento **independiente de la voluntad del deudor** y, por consiguiente, no imputable a él.
- 2º.- Que el acontecimiento sea **inevitable**, con independencia de que sea imprevisto o previsto; bastando, por consiguiente, que tenga alguno de estos dos caracteres.
- 3º.- Que dicho acontecimiento **imposibilite al deudor para el cumplimiento de su obligación** (véanse arts. 1.182 y 1.184 del Código civil).
- 4º.- Que entre el acontecimiento y la imposibilidad del cumplimiento de la obligación y el consiguiente daño exista un **vínculo de causalidad**, sin que intervenga en esta relación como factor apreciable la actividad, dolosa o culposa, del deudor.

La STS enero 2006 (RJA 129) establece que para que poder apreciarse el caso fortuito *ex art.* 1105 CC que para poder apreciarse requiere inexcusablemente que se trate de un hecho que no hubiere podido preverse o que previsto fuera inevitable ( Sentencias de 29 de abril de 1988 [ RJ 1988, 3302] , de 1 de diciembre de 1994 [ RJ 1994, 10359] , de 31 de marzo de 1995 [ RJ 1995, 2795] , 3 de marzo de 1999 [ RJ 1999, 1400] , 4 de abril de 2000 [ RJ 2000, 2506]»

La citada sentencia no apreció la existencia de caso fortuito en un caso de accidente de helicóptero provocado por una ráfaga de viento en un vuelo demasiado bajo con excesiva proximidad a paredes rocosas. Establece que la ráfaga de viento era previsible. De modo que cuando el acaecimiento dañoso fue debido al **incumplimiento de un deber relevante de previsibilidad** no puede darse la situación de caso fortuito, pues entonces falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requeridos con arreglo a las circunstancias del caso ( Sentencias 22 de diciembre de 1981 [ RJ 1981, 5350] , de 11 de noviembre de 1982 [ RJ 1982, 6538] , de 16 de febrero [ RJ 1988, 1994] y 8 de mayo de 1988, de 5 de febrero de 1991 [ RJ 1991, 992] )

La **prueba** de la existencia del **caso fortuito** corresponderá al **deudor**. A esta conclusión, según LASARTE se puede llegar por aplicación extensiva del art. 1.183:«siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito.»

La exoneración del deudor por caso fortuito no es absoluta, ya que puede mantenerse su responsabilidad en los supuestos mencionados en el art. 1.105 (LASARTE):

- a) *en los casos expresamente mencionados en la ley*. Estos supuestos son muy escasos, destacando los mencionados en los arts 1.744 y 1.745 CC. El art. 1744 dice que: «Si el comodatario destina la cosa a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido, será responsable de su pérdida, aunque ésta sobrevenga por caso fortuito» y el art. 1745: «Si la cosa prestada se entregó 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 responsabilidad».

- b) *cuando expresamente lo declare la obligación*. Es decir que las partes puede pactar expresamente que el deudor responda incluso en los supuestos de fuerza mayor.
- a) en las obligaciones de entregar cosa genérica, la vigencia del principio *genus nunquam perit* impide la aplicación de la exoneración por caso fortuito.

## § 7. LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO.

El acreedor ante la lesión de su derecho de crédito por **incumplimiento total** o el **cumplimiento defectuoso** de la prestación, dispone de una **acción para obtener la condena del deudor** a que **cumpla** lo debido o a que **cumpla en la forma en que se pactó**, si el cumplimiento fue inexacto (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

En las obligaciones bilaterales, de acuerdo con el art. 1.124 CC, el acreedor que ha cumplido con su obligación además de la **acción de cumplimiento** dispone de la **acción resolutoria** que le permite resolver la obligación. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). El acreedor independientemente de que haya optado por el cumplimiento de la obligación o por su resolución, también tendrá derecho a la correspondiente **indemnización de daños y perjuicios**.

Establece el art. 1.124 CC que: «*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.*

*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.[...]*»

La elección entre una vía u otra queda al arbitrio del acreedor. No obstante hay que señalar que ambas acciones son incompatibles por lo que el acreedor ha de escoger entre una vía u otra (LACRUZ).

Una vez que la sentencia estimatoria de sus pretensiones sea firme, pueden ocurrir dos cosas (LASARTE):

- A) Que el deudor se decida a cumplir conforme a lo ordenado por el Juez en el fallo. En este caso estamos ante una **ejecución voluntaria**.
- B) Que pese a existir sentencia firme de condena, se niegue a cumplir y, por tanto, el acreedor se vea forzado a reclamar de nuevo la intervención judicial para lograr que *se ejecute* la sentencia de condena previamente obtenida. Se habla entonces de **ejecución forzosa** de la obligación.

La **ejecución forzosa** constituye, pues, el último paso a seguir por el acreedor para ver satisfecho su interés, y para ello, ha de dirigirse al Juez competente reclamando su intervención, a efectos de que se lleve a cabo el cumplimiento de lo declarado en la sentencia (LASARTE).

La **ejecución forzosa** puede cumplirse de dos maneras (LASARTE):

- A) En **forma específica**, o sea, mediante el denominado **cumplimiento in natura**. Este sería el caso en el que una empresa constructora condenada a demoler un edificio procediese a ello utilizando los medios materiales de que dispone.
- B) En **forma genérica** o mediante el **cumplimiento por equivalente pecuniario**. En este caso se sustituye la actividad de demolición por lo que su coste en dinero

### 7.1. Ejecución forzosa en forma específica: cumplimiento« in natura».



La denominada ejecución forzosa en forma específica o cumplimiento *in natura*, consiste en obtener judicialmente la prestación tal y como quedó prefijada en el título constitutivo o programa de la obligación (LASARTE). Es decir, consiste, en **restablecer la situación que existía con anterioridad a la producción del daño**, lo que se consigue normalmente reparando o enmendando el bien dañado, pero también, cuando lo anterior no es posible, sustituyéndolo por otro igual al destruido. Por este motivo, la reparación en forma específica no se concreta necesariamente en una **obligación de hacer** sino que también puede consistir en **obligaciones de dar** (Naveira Zarra).

La expresión cumplimiento *in natura* proviene del hecho de que, finalmente, el acreedor consigue en tal caso el cumplimiento o ejecución de la prestación de idéntico modo en que se previó en la obligación (LASARTE).

El Código civil contiene una doble regulación de la ejecución específica, en atención a la diferente naturaleza de la prestación:

**a) Ejecución forzosa de la obligación de dar:** *«Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101 [resolver la obligación], 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» (art. 1.096 CC).*

El artículo 701 de la LEC para el caso de la entrega de **cosa mueble determinada** establece que el: «Tribuna pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos, ordenando la entrada en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario». Ej. Si el deudor no entrega un cuadro de Dalí el juez autorizará la entrada en su casa y la aprehensión del mismo por la fuerza pública.

**En el caso de cosas genéricas, el art. 702 LEC**, autoriza a que se pongan en poder el ejecutante o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando al mismo tiempo el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición.

**b) Ejecución forzosa de la obligación de hacer:** Según el **art. 1.098 CC** *«Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar [por un tercero] a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho».*

Es decir, que en las obligaciones de hacer el cumplimiento defectuoso se sanciona 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 (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). Si la obligación de hacer fuera personalísima *ex art.* 1.161 cc (artista que tiene que pintar un cuadro) determinará la imposibilidad de cumplimiento forzoso por un tercero.

Según el artículo 706 de la vigente Lec, si la **obligación de hacer no es personalísima** se podrá solicitar por el ejecutante que la realice un tercero a costa del deudor o reclamar la indemnización daños y perjuicios.

Si la **obligación de hacer es personalísima, el art. 707 de la Lec**, autoriza se podrá solicitar por la entrega por el ejecutado de un equivalente económico o que se apremia al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo que se le otorgó para la ejecución.

**c) Ejecución forzosa de la obligación de no hacer:** En este caso el principio es el mismo que en la ejecución forzosa de obligaciones de hacer (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN) Por ello, también podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho «cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido» (arts. 1.099 y 1.098.2 °).

El **art. 710 de la Lec** en el caso de que el deudor no cumpla con la sentencia en la que se le condena a «no hacer», se le pueda intimar con una multa por cada mes que transcurra sin deshacer lo

mal hecho, y si no fuera posible «deshacer lo mal hecho» se procederá al resarcimiento por daños y perjuicios.

En caso de que no pueda deshacerse lo indebidamente hecho por el deudor (el cantante ya ha grabado un CD con la discográfica de la competencia), es evidente que a éste sólo puede reclamársele la indemnización pecuniaria.

**d) Ejecución forzosa de la obligación dineraria.** Si la obligación establece que el deudor ha de pagar una suma de dinero y éste no cumple con la sentencia que le condena a ello, ante su incumplimiento se procederá al embargo y venta en pública subasta de bienes suficientes según los arts. 571 y ss de la Lec.

## 7.2. Ejecución forzosa en forma genérica: (cumplimiento por equivalente)

La **reparación por equivalente** consiste en la **entrega al perjudicado de una suma de dinero**. Esa suma, en el caso de perjuicios patrimoniales, debe ser equivalente al valor o entidad económica del daño sufrido, mientras que tratándose de perjuicios extrapatrimoniales ha de resultar suficiente o apta para compensar el daño soportado por el perjudicado.

Este tipo de reparación tiene carácter subsidiario para el caso de que ni siquiera el Juez pueda obtener el cumplimiento *in natura*, lo que supondrá que éste habrá de reconvertirse a un puro resarcimiento pecuniario una vez que el Juez determine la cuantía del mismo. Se habla en tal caso de **cumplimiento por equivalente (pecuniario)**, en razón de que la suma de dinero fijada en sustitución de la prestación debida propiamente dicha, equivale -al menos idealmente- al valor patrimonial de la prestación no ejecutada. (LASARTE)

El cumplimiento por equivalente tiene **carácter subsidiario**, según Díez-PICAZO y GULLÓN: de modo que al acreedor siempre se le debe exigir en primer lugar el cumplimiento específico y, sólo cuando éste no sea posible podrá solicitar el cumplimiento por equivalente. La explicación se encuentra en que el acreedor no puede tener total libertad de elegir entre el cumplimiento en forma específica o por equivalente ya que esto **supondría introducir en todas las obligaciones un carácter facultativo**, lo que supondría una **modificación del programa de la obligación**.

La STS 13 julio 2005 (RJA 5098) –entre otras- establece para un supuesto ruina *ex art.* 1.591 CC que : « una ya larga jurisprudencia considera que el derecho del perjudicado a obtener la reparación *in natura* es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera ( sentencias de 2 diciembre 1994 [ RJ 1994, 9394] y 13 mayo 1996 [ RJ 1996, 3876] )»

El Código civil no contempla expresamente en ninguno de sus artículos la modalidad de ejecución forzosa por equivalente, sólo se impone al deudor que incumple que responda por los daños y perjuicios (art. 1.101 CC). El art. 717 LEC contempla la vía para la determinación del equivalente económico, remitiéndose a los arts. 714 a 716 que resuelven la liquidación de daños y perjuicios.

## § 8.- LA ACCIÓN DE RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.

### 8.1. Concepto y ámbito de aplicación.

El acreedor además de las **acciones de cumplimiento**, tanto de forma específica como por equivalente, dispone de una **acción para ser resarcido de los daños y perjuicios** que el incumplimiento le haya causado (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

El fundamento de la acción de resarcimiento está en el artículo 1.101 CC que establece que: «quedan sujetos a la indemnización de los **daños y perjuicios causados** los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravienen al tenor de aquéllas». Lo anterior supone que cualquier contravención de la obligación, cualquier falta a la exactitud de la prestación puede generar una indemnización daños y perjuicios a favor del acreedor (LASARTE) .

Pese a que el Código civil no lo indica de forma expresa, la indemnización de daños y perjuicios causados por cualquier tipo de incumplimiento contractual es siempre de carácter pecuniario (LASARTE).

En las **obligaciones recíprocas** la indemnización de daños y perjuicios es compatible con las **acciones de cumplimiento y resolutoria**. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). En este sentido el art. 1.124-2<sup>o</sup> establece que: «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**».

La indemnización daños y perjuicios también tiene aplicación, si bien de forma autónoma o independiente en un gran número de supuestos de responsabilidad extracontractual; esto es no por consecuencia del incumplimiento de un obligación previamente establecida, sino a causa del *daño* inferido a un tercero (art. 1.902 CC). En el ámbito extracontractual también puede haber lugar a una reparación específica o a una reparación pecuniaria (LASARTE) .

## **8.2. Los componentes de la indemnización: daño emergente y lucro cesante.**

La **indemnización de daños y perjuicios** tiene por objeto la **reparación de las consecuencias perjudiciales** causadas por el incumplimiento de la obligación contractual o por la realización de un ilícito extracontractual (LASARTE).

El **artículo 1.106** contempla los aspectos que han de tenerse en cuenta para establecer el **alcance de la acción de daños y perjuicios**: «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».

Es decir que para el establecimiento de la cuantía de la indemnización hay que valorar dos aspectos o componentes:

- a) El **daño emergente**, es decir el daño o pérdida sufridos por el acreedor, lo que supone valorar la prestación no realizada. La anterior cantidad puede verse incrementada con los gastos que le ha originado al acreedor la no realización de la prestación. Ej. Gastos de reparación de un techo mal construido en una clínica veterinaria.
- b) El **lucro cesante** o ganancia dejada de obtener por el acreedor a consecuencia del incumplimiento contractual o del sufrimiento de la acción u omisión generadora de la responsabilidad extracontractual. Ej. La indemnización por los días no trabajados en la clínica.

No obstante el silencio del art. 1.106 también cabría incluir el **daño moral**, que según LACRUZ, se trata del inferido a la salud, a la libertad, el honor, y en general, los bienes de la personalidad, con independencia de las consecuencias patrimoniales (daño emergente y cesante) que se deriven el mismo cumplimiento.

**La STS 10 febero 2006 (RJA 674)** establece que: «la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado...SSTS 31 de mayo de 1983 [ RJ 1986, 1145] , 25 junio de 1984 [ RJ 1984, 1145] , 28 de marzo de 2005 [ RJ 2005, 2614] y 28 de abril de 2005 [ RJ 2005, 3944] ).

La STS 4 octubre 206 (RJA 6428) condena a un Centro de Dermatología Capilar, a que indemnice a un paciente por las lesiones dermatológicas crónicas derivadas de implante capilar. La indemnización por los perjuicios morales sufridos proporciona en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento causado; procedencia: depresión y tristeza sufridas como consecuencia del frustrado tratamiento dispensado y sus secuelas.

La STS 19 julio 2006 (RJA 4731) condena a los propietarios de una parcela a que retiren de la misma unos caballos, depósito de estiércol y clausura los establos, y a que indemnicen en concepto de daños materiales y morales a los demandantes por la enfermedad que desarrolló su hijo (rinoconjuntivitis alérgica por hipersensibilidad a pólenes e hipersensibilidad a epitelio de caballo).

La STS 13 diciembre de 1984 condena a Telefónica de España a indemnizar a una mujer, en concepto de daños morales, por haber incluido en el listín telefónico su segundo apellido de forma equivocada, constando «Ramera» donde debía decir «Ranera».

La LEC en los arts. 714 a 716 ha establecido un procedimiento para la resolver la liquidación de daños y perjuicios.

### ***8.3. Los presupuestos de la indemnización.***

La indemnización de daños y perjuicios propiamente dicha no se genera automáticamente por virtud del incumplimiento contractual o del acto ilícito, sino que es necesario que se den los siguientes requisitos o presupuestos (LASARTE):

A) Que la actuación del deudor en la relación obligatoria de que se trate o las condiciones y circunstancias de la misma (contrato o responsabilidad extracontractual) lo haga responsable del incumplimiento contractual o del acto ilícito.

B) Que el acreedor pruebe o acredite la efectiva existencia de daños y perjuicios en el proceso judicial, no pudiendo dejarse su comprobación para la ejecución de sentencia donde sólo puede fijarse la cuantía pero partiendo de las bases fijadas en la sentencia (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). Quedan descartadas las meras suposiciones, previsiones o hipótesis no probadas.

La necesidad de prueba asume gran importancia en relación con el lucro cesante, ya que, por lo general, el daño emergente cabe identificarlo con el valor de la prestación debida (LASARTE).

En la práctica, la suma reclamada como indemnización de daños y perjuicios suele ser altísima y desproporcionada. En definitiva, se trata de una cuestión fundamentalmente casuística que, por tanto, depende en gran medida de la apreciación del Tribunal o Juez. En todo caso, conviene señalar que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo es notoriamente rigurosa con la exigencia de prueba del lucro cesante, de ahí que nuestros tribunales no concedan las altísimas indemnizaciones propias de los tribunales de U.S.A.

#### **8.4. Extensión del daño resarcible: deudor culposo y doloso.**

El Código para determinar la extensión del daño resarcible distingue entre el **deudor de buena fe** y el deudor doloso (art. 1.107). En el primer supuesto habrá que equiparar al deudor de buena fe con el deudor culpable, y en el caso del doloso se asimilará al deudor de mala fe. Además conforme al citado precepto los **daños y perjuicios** susceptibles de indemnización **se amplían** en el caso de que el **deudor doloso**, ya que éste consciente y deliberadamente ha hecho caso omiso de la obligación que sobre él pesa. La gravedad del dolo en el cumplimiento, en relación con la culpa, justifica sobradamente el diferente ámbito y extensión del resarcimiento en uno y otro caso (LASARTE).

Las reglas legales al respecto son, concretamente, estas:

##### **A) Deudor de buena fe o culposo:**

Responderá de los daños y perjuicios que se hubieran previsto o podido prever al tiempo de constituir la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento (art. 1.107.1º). En este caso la indemnización se circunscribe a los daños que fuesen consecuencia directa e inmediata del incumplimiento (LACRUZ).

##### **B) Deudor de mala fe o doloso:**

Habrà de responder de todos los daños y perjuicios que, conocidamente, se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (art. 1.107.2º). Se trataría del resarcimiento integral, incluyendo aquellos daños indirectos y no previsibles al tiempo de constituirse la obligación (LACRUZ).

# Tema 14

## GARANTÍAS DEL DERECHO DE CRÉDITO

- §1.-Consideración general
- §2.- La cláusula penal
- §3.- El derecho de retención
- §4.- Derechos accesorios de garantía
- §5.- Las acciones subrogatoria y revocatoria
- §6.- La concurrencia de acreedores.
- §7.- Los créditos privilegiados.
- §8.- El concurso de acreedores

### §1.-LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL UNIVERSAL.

#### *1.1.- Concepto de responsabilidad patrimonial universal.*

Al analizar los elementos que integran la obligación, se ha dicho que esta presenta dos elementos fundamentales: el **débito** y la **responsabilidad**. En el Código civil el concepto del **débito** aparece recogido en el **artículo 1.088**: «*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*», mientras que el **principio de la garantía o responsabilidad patrimonial**, por el cual el patrimonio del deudor viene a consistir la garantía del derecho de crédito, está recogido en el **artículo 1.911**: «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*» (CASTÁN).

El **débito** consiste en la prestación que el deudor tiene el deber de cumplir y el acreedor el derecho de recibir. La **responsabilidad** es una sanción por el incumplimiento –total o parcial- y el medio de realización coactiva del derecho del acreedor (PUIG BRUTAU) que le permite alcanzar una satisfacción o su equivalencia (CASTÁN). La responsabilidad actúa sujetando el patrimonio del deudor a las consecuencias que el ordenamiento señala en caso de infracción del deber de prestación (MONTÉS PENADÉS).

La responsabilidad universal no sólo actúa de modo directo cuando se produce un incumplimiento, sino que también indirectamente constituye una garantía (en sentido impropio), ya que la existencia de bienes en el patrimonio del deudor da cobertura y seguridad al crédito (MONTÉS PENADÉS). No hay que olvidar que el acreedor al contratar ha tenido en cuenta la solvencia económica del deudor, es decir la cuantía y solidez de su patrimonio (BORDA).

#### *1.2.- Características de la responsabilidad patrimonial.*

El patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores, de modo que la masa de bienes responde por las deudas del titular (BORDA). La responsabilidad universal constituye una **garantía general**, que la ley establece en beneficio del acreedor sobre todos los bienes del deudor, cuya finalidad es la de conseguir, mediante la ejecución, la obtención de lo debido (*in natura*) o su equivalente económico (CASTÁN).

Las **características** de la **garantía patrimonial universal** son las siguientes (CASTÁN):

1º.- La **garantía se extiende a todos los bienes, presentes y futuros, del deudor**; de tal modo, que éste puede dirigir la ejecución no sólo contra los bienes que se encontraban en el patrimonio del deudor cuando éste contrajo la obligación, sino también contra todos los que entren a formar parte de dicho patrimonio con posterioridad (Art. 1.911)

2º.- La **garantía** en principio **no se extiende** a aquellos **bienes** que antes del momento de la reclamación del acreedor hayan **salido del patrimonio del deudor**. Si bien se conceden al acreedor, en el artículo 1.111, acciones para hacer que vuelvan al patrimonio de su deudor los bienes que anteriormente hayan sido enajenados fraudulentamente (acción pauliana o revocatoria).

3º.- **No se extiende** tampoco la garantía a **derechos** que correspondan al deudor y **no tengan valor económico** o, teniéndolo, esté vinculado su ejercicio a la persona del deudor (**derechos personalísimos**). Así se deduce del artículo 1.111, al excluir del ámbito de la autorización que se concede al acreedor para ejercitar los derechos del deudor, aquellos que sean inherentes a su persona.

4º.- Esta garantía **no recae** sobre bienes determinados sino sobre **todo el patrimonio en general**: no existe una vinculación especial de bienes concretos a la satisfacción de determinadas deudas.

## §2.- DERECHOS ACCESORIOS DE GARANTÍA

### 2.1. *Concepto de garantía.*

La **garantía general**, representada por la responsabilidad patrimonial universal, no basta para tutelar debidamente el cumplimiento de la obligación, pues son muchas las contingencias que pueden obstaculizar la satisfacción del derecho de crédito (CASTÁN). Entre otras circunstancias están la pasividad del deudor, la enajenación fraudulenta de sus bienes, la contracción de nuevas deudas, etc.

Frente a la garantía general, se encuentran las **garantías en sentido estricto** que consisten en un **refuerzo del crédito** a efectos de seguridad, de modo que añaden un plus a la responsabilidad del deudor establecida por el artículo 1.911. De modo que constituyen una ampliación del poder de agresión del acreedor (LACRUZ).

Esta clase de garantía, en sentido propio, es técnicamente una facultad o derecho que se añade al crédito para asegurar su satisfacción (MONTÉS PENADÉS). De ahí que la responsabilidad universal sea una garantía en sentido impropio. Esta facultad o derecho queda subordinado al crédito, de modo que aquél funciona como derecho principal y la **garantía** como **derecho accesorio** (DÍEZ-PICAZO).

### 2.2. *Clases de garantías.*

Para estimular, pues, el cumplimiento voluntario de la obligación y asegurar, en su defecto, su cumplimiento forzoso, la ley establece medios especiales, muy variados, de tutela y garantía del crédito que pueden agruparse en **tres categorías de derechos de garantía** (CASTÁN).

#### 2.2.1. **Garantías personales y reales.**

Según la naturaleza del derecho que se concede al acreedor para reforzar la seguridad de su crédito. La contraposición entre ambas categorías no coincide exactamente con la de los derechos de una y otra especie (CASTÁN).

*Las garantías personales atribuyen al acreedor una facultad o derecho que se dirige hacia el patrimonio del deudor, cuya responsabilidad se ve así ampliada o hacia el patrimonio de un tercero. El patrimonio del tercero puede quedar sujeto a las consecuencias del incumplimiento del deudor principal, de modo que la posibilidad de satisfacción del interés del acreedor se ve aumentado al disponer de dos patrimonios como garantía (MONTÉS PENADÉS).*

#### **A.2.- Clases de garantías personales.**

Entre las **garantías personales** figuran:

- a) La **fianza** u obligación, subsidiaria o principal, contraída por un tercero.
- b) El **aval cambiario**.
- c) La **cláusula penal** o estipulación de una pena contra el propio deudor para el caso de incumplimiento (arts. 1.152 y ss. del Código civil).
- d) La solidaridad en función de garantía.

#### **A.3. Concepto de garantías reales.**

La garantía real otorga al acreedor un derecho subjetivo sobre una concreta bien del deudor o de un tercero. Este poder goza de la protección característica de todo derecho real como la inmediatividad y la eficacia *erga omnes* (MONTÉS PENADÉS).

#### **A.4. Clases de garantías reales.**

Las principales **garantías reales** son:

- a) Los **depósitos** constituidos como caución de determinadas obligaciones.
- b) Las **arras o señal**, que consisten en la entrega de un objeto o cantidad que pierde o devuelve dobladas el que no cumple (art. 1.454).
- c) El derecho real de **prenda**.
- d) El derecho real de **hipoteca**
- e) El derecho real de **anticresis**.
- f) El derecho de **retención**.
- g) El **embargo preventivo de bienes** y todas las medidas cautelares que establece el **arts. 727, y ss de la Ley de Enjuiciamiento civil**<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> El Art. 727 LEC establece que: «Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

1ª El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado.

2ª La intervención o la administración judiciales de bienes productivos, cuando se pretenda sentencia de condena a entregarlos a título de dueño, usufructuario o cualquier otro que comporte interés legítimo en mantener o mejorar la productividad o cuando la garantía de ésta sea de primordial interés para la efectividad de la condena que pudiese recaer.

3ª El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.

4ª La formación de inventarios de bienes, en las condiciones que el tribunal disponga.

5ª La anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos.

6ª Otras anotaciones registrales, en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución.

7ª La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.



h) La **anotación preventiva** (arts. 42 y ss. de la Ley Hipotecaria). Se citan también como una forma de garantía del crédito, en cuanto aseguran la satisfacción del mismo, **los privilegios**, o sea, el beneficio que la ley otorga a ciertos créditos para ser satisfechos, con preferencia a otros, sobre los bienes del deudor.

### 2.2.2. Medidas conservativas.

La razón de ser estas medidas se encuentra en que el deudor puede burlar el derecho de garantía legal que el art. 1.911 del Código reconoce a sus acreedores sobre todos los bienes, presentes y futuros, ya **por simple omisión**, dejando de cobrar sus créditos (dejando de ejercitar derechos y acciones), o ya **por acción**, transmitiendo fraudulentamente sus bienes a otras personas para así disminuir su patrimonio (CASTÁN).

Las medidas conservativas permiten al acreedor impedir que el patrimonio del deudor disminuya, y procura conservar íntegros los derechos y bienes de tal patrimonio. Según MONTÉS PENADÉS, estas medidas conservativas ejercen una función de **tutela preventiva: impidiendo** aquellos **actos** que tiendan bien a producir la insolvencia y **exigiendo** la realización de todos aquellos actos que tengan por objeto la desaparición o disminución de la insolvencia del deudor.

Las medidas conservativas pueden actuar de tres modos:

- a) **Produciendo el ingreso** en el patrimonio del deudor de algunos bienes o derechos (activos patrimoniales) que el deudor había descuidado u olvidado reclamar. Esta es la misión de la **acción subrogatoria** (art. 1.111).
- b) **Impidiendo que salgan del patrimonio** del deudor ciertos bienes. Esto es lo que puede conseguirse a mediante el denominado **secuestro conservativo**.
- c) Logrando que determinados **bienes que ya habían salido del patrimonio** del deudor, en perjuicio de sus acreedores, **se reintegren al mismo** y queden sujetos a la acción ejecutiva del deudor. Esta es la finalidad de la acción revocatoria o pauliana (art. 1.111).

### 2.2.3. Medidas ejecutivas.

En cuya virtud el acreedor puede conseguir la **realización de crédito**. Las vías ejecutivas tienden a hacer efectiva la responsabilidad del deudor, bien sea obligándole a cumplir su obligación en especie, bien compulsándole a pagar daños y perjuicios. Las medidas ejecutivas, según BORDA, son:

1.- **individuales**, como la acción intentada por cada acreedor por separado en defensa de sus intereses (arts. 1.101 y 1.124 CC).

2.- **colectivas**, como el «concurso» de acreedores.

**2.2.4. Garantías convencionales y legales.** Las garantías también pueden clasificarse en **convencionales y legales**, según se deriven directamente de la ley o del negocio jurídico. Algunas sólo pueden dimanar de la ley, como ocurre con los privilegios o el derecho de retención; otras pueden proceder de ambas fuentes (hipotecas legales, hipotecas convencionales); otras son siempre

---

8ª La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

9ª El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

10ª La suspensión de acuerdos sociales impugnados, cuando el demandante o demandantes representen, al menos, el 1 o el 5 por 100 del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial.

11ª Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

convencionales (arras, cláusula penal, anticresis)».

### §3.- LA CLÁUSULA PENAL.

#### 3.1. *Concepto.*

La **cláusula penal** puede definirse como la «*obligación accesoria* que las partes agregan a una obligación principal, al objeto de *asegurar el cumplimiento de ésta*, imponiendo a cargo del deudor una *prestación especial* (generalmente consiste en pagar una suma de dinero) para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de modo adecuado» (CASTÁN). La cláusula penal puede sancionar todas las clases de incumplimiento: el total, el parcial, el defectuoso o el moroso (PÉREZ ÁLVAREZ).

Se denomina **cláusula penal** cuando se incluye como estipulación de un contrato principal. Esta figura también recibe el nombre de **pena convencional** cuando se establece en un negocio separado del principal y no como una cláusula incorporada al negocio garantizado (MONTÉS PENADÉS).

El origen histórico de la cláusula penal está en la *stipulatio penae* del Derecho romano, que se ideó como medio de obligar a los deudores a cumplir con sus obligaciones (BORDA).

La **cláusula penal** también se regula en el **art. 56 CCom.** Al establecer que: «En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de Derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de esas acciones quedará extinguida la otra a no mediar pacto en contrario». Este precepto, al igual que hace el art. 1153 CC, prohíbe, salvo pacto, exigir a la vez la pena y el cumplimiento de la obligación principal.

#### 3.2. *Características.*

Las notas **características de la cláusula penal** son las siguientes:

1º.- En una **garantía** de tipo **personal** y de **origen convencional**.

2º.- Es una **obligación de carácter accesorio**, como toda garantía, agregada convencionalmente a una obligación principal para reforzarla. De la nota de accesoriedad el **artículo 1.155 CC** extrae las siguientes consecuencias: a) «la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal» (art. 1.155, apartado 2), b) En cambio la «la nulidad de la cláusula penal no supone la nulidad de la obligación principal» (art. 1.155, apartado 1)

3º.- El objeto esta cláusula es por lo general una **prestación pecuniaria** (PÉREZ ÁLVAREZ).

4º.- La cláusula penal es de carácter condicional, sólo funciona en el caso de que el **deudor no cumpla o cumpla defectuosamente** la obligación principal (BORDA). Pudiendo afectar a todas las que se deriven de un contrato o sólo a alguna de ellas (generalmente la de pagar el precio en la compraventa).

5º.- Tiene **carácter subsidiario**, puesto que el objeto principal del contrato sigue siendo siempre la obligación principal (BORDA). Lo que supone que el deudor: a) salvo pacto en contrario, no puede eximirse a cumplir la obligación pagando. b) El acreedor no puede pedir al mismo tiempo el cumplimiento de la obligación y el pago de la pena, salvo en el caso en que la cláusula penal se hubiera impuesto para el caso de mora o que se hubiera pactado que el pago

de la pena no extingue la obligación principal.

6º.- Constituye una **excepción al régimen general de la responsabilidad por incumplimiento** de las obligaciones ya que constituye un mecanismo diferente (MAS BADÍA).

7º.- Se suele utilizar en contratos cuyo cumplimiento está sometido en cierto modo al factor tiempo (MONTÉS PENADÉS).

8º.- La cláusula penal ha de ser **interpretada restrictivamente**. Según la STS 20 diciembre 2006 (RJA 2007/388) la cláusula penal dado su carácter sancionador, debe ser objeto de interpretación restrictiva y así lo ha proclamado la jurisprudencia de esta Sala (ss. 8 febrero 1993 [RJ 1993, 690], 12 diciembre 1996 [RJ 1996, 8976], 23 mayo [RJ 1997, 4322] y 25 noviembre 1997 [RJ 1997, 8400], entre otras).

### **3.3. Funciones de la cláusula penal.**

La cláusula penal con carácter general tiene una doble finalidad:

1º.- **Función coercitiva o de garantía**, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar una pena que generalmente es más alta que la que se alcanzaría mediante la indemnización por incumplimiento (MONTÉS PENADÉS). En este sentido la pena convencional refuerza el vínculo obligatorio y estimula a su cumplimiento normal.

Ej. Para el acreedor que ha calculado que los daños y perjuicios que se le pueden derivar del incumplimiento de la obligación ascienden a 1000 €, supone una ventaja el establecer una cláusula penal de 2000 € para el caso de incumplimiento, de ese modo la cantidad fijada como pena supere en realidad la cuantía de los daños.

2º.- **Fijar por anticipado la cuantía de los daños y perjuicios**, evitando las dificultades de la posterior prueba de la existencia del daño y de su cuantificación (BORDA).

### **3.4. Modalidades de cláusula penal**

La cláusula penal admite distintas variantes, de modo que las partes pueden configurarla como:

1º.-**Pena liquidatoria**, también llamada **sustitutiva o compensatoria**. En este caso la cláusula se utiliza para evaluar por anticipado los perjuicios que habría de ocasionar al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación. La cláusula penal sustituye la indemnización de daños, actuando como una liquidación previa. En este caso el acreedor no necesita probar la existencia de esos daños ni tampoco su cuantía, solo la existencia del incumplimiento.

Este tipo de **cláusula** penal no supone una mayor garantía de cumplimiento para el acreedor, ni una agravación especial de la condición del deudor incumplidor, salvo la que deriva de facilitar extremadamente el resarcimiento del acreedor, liberándose de la carga de la prueba de los extremos señalados.

El **art.1.152-1 CC** atribuye a la cláusula penal, como normal, este sentido liquidatorio al establecer que: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado», y el **1.153-2º** «Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada».

Esta función sustitutiva es la que le reconoce la STS 20 diciembre 2006 (RJA 2007/388) cuando dice « El artículo 1101 del Código Civil sujeta al deudor a la indemnización de daños y perjuicios causados no sólo cuando incurriere en dolo, negligencia o morosidad, sino también cuando de cualquier modo contraviniera al tenor de aquélla; **indemnización que**

**queda sustituida por la pena** cuando así se ha establecido al contraer la obligación si otra cosa no se hubiere pactado, según dispone el artículo 1152 del mismo código».

2º.- **Pena con función punitiva, estrictamente penal o como pena cumulativa.** En este caso el acreedor podrá pedir, en el supuesto de incumplimiento de la obligación principal, los daños y perjuicios causados y de forma acumulada la cláusula penal. Se denomina cumulativa porque cumple las dos funciones de garantía y punitiva. Para que la **cláusula** penal sea cumulativa es preciso el pacto expreso. [arts. 1152.1 y 1153, in fine].

3º.- **Pena con función de desistimiento, pena facultativa o multa penitencial.** En este supuesto la **cláusula** penal cumple la **función** de facilitar el desistimiento de la obligación principal, permitiendo al deudor eximirse del cumplimiento de dicha obligación pagando el importe de la pena (art. 1153 CC). Esta modalidad de cláusula también exige su pacto expreso.

En este caso no garantiza el cumplimiento de la obligación principal ni tampoco agrava la situación del deudor, ni siquiera penaliza, en sentido estricto, el incumplimiento; es, de algún modo, una **cláusula** penal desnaturalizada.

### **3.5. Facultad moderadora de los jueces.**

El juez puede modificar la pena convencional en algunos supuestos, según el art. 1154 del CC: «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

#### **A) Alcance de la facultad moderadora**

La jurisprudencia entiende que la moderación sólo procede en el caso de que la pena sólo se hubiese previsto para un incumplimiento total, y el incumplimiento que se ha producido ha sido parcial. Pero si la cláusula también se previó para el caso de incumplimiento parcial ya no cabe ningún tipo de moderación.

La STS 20 diciembre 2006 (RJA 2007/388) establece que «la **moderación** prevista en el artículo 1154 del CC **no procede** cuando precisamente la pena se ha establecido en contemplación a un supuesto de incumplimiento parcial o por el retraso en el cumplimiento. La S. 4 de junio de 2006 (RJA 3133) afirma que «es doctrina constante de esta Sala, recogida en las sentencias de 10 de mayo de 2001 (RJA 6191), 22 de octubre de 2002 (RJA 8777), 5 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8786) y 3 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7099), que cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la **moderación procede** cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, «la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis», porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes».

#### **B) Otros supuestos de aplicación de la facultad moderadora**

La facultad moderadora del juez no sólo se aplica en el caso de la cláusula penal, puesto que el art. 1.103 establece que «la responsabilidad que proceda de negligencia [...] podrá moderarse por los tribunales según los casos» lo que supone que como norma general es aplicable a cualquier tipo de obligaciones.

### **3.6.- Distinción con las arras.**

La cláusula penal y las arras presentan muchas coincidencias, pero la finalidad ésta no

siempre es de garantía como la de la cláusula penal, pues puede ser simplemente la de dejar una prueba o señal de la celebración del contrato; y, por otra parte, mientras la cláusula penal supone una obligación accesoria que se establece para el supuesto futuro de que no se cumpla la obligación principal, las arras implican la efectiva entrega de una cosa o cantidad al tiempo mismo de la celebración del contrato principal<sup>5</sup> (CASTÁN).

## **§4.- EL DERECHO DE RETENCIÓN**

### **4.1. Concepto.**

Se llama derecho de retención a una garantía concedida por la ley a ciertos acreedores, consiste en la facultad que éstos tienen de conservar la cosa del deudor de la que ya se encuentran en posesión, hasta que sean satisfechos de ciertos créditos relacionados con la cosa retenida (CASTÁN). La retención es una garantía especial, en tanto que constriñe al deudor a cumplir si quiere recuperar la cosa (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

Ej. El dueño de un taller de reparación de automóviles podrá retener el vehículo de un cliente hasta que éste le abone el importe de la reparación.

### **4.2. Elementos integrantes del derecho.**

Los elementos del derecho de retención son los siguientes (CASTÁN):

- a) retención de una cosa ajena.
- b) un crédito del reteniente contra el acreedor de la entrega.
- c) cierto vínculo o conexión entre los dos elementos anteriores, o sea, entre el crédito y la cosa.

### **4.3. Supuestos contemplados en el CC**

El Código no regula con carácter general el derecho de retención, es decir como una institución jurídica de perfiles propios, si bien lo contempla en varios preceptos (CASTÁN). Esto se debe a que el crédito que posibilita la retención tiene distintos orígenes (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). En el CC encontramos los siguientes supuestos de retención:

1.- El *poseedor de buena fe* vencido en juicio por el propietario el derecho de retener la cosa en su poder hasta que se le satisfagan los gastos necesarios y útiles a que tiene derecho (artículo 453).

2.- El *usufructuario* o sus herederos, tienen el mismo derecho de retener hasta reintegrarse con los productos, de los gastos hechos en reparaciones extraordinarias o por otros conceptos. (arts. 502 y 522).

3.-El *que ejecuta una obra en cosa mueble* tiene derecho a retenerla hasta que se le pague el precio para ello convenido. (Art. 1.600). Ej. Reparaciones electrodomésticos.

4.-El *mandatario* puede retener las cosas objeto del mandato hasta que el mandante le satisfaga las cantidades que deba reembolsarse o los perjuicios de que deba indemnizarle (Art.1.730)

5.-El *depositario* puede retener la cosa depositada hasta el completo pago de los que se le deba por razón del depósito. (Art.1.780)

6.- El *acreedor pignoraticio* que adquiriese un nuevo crédito contra el mismo deudor antes de haberse extinguido el primero, tiene el derecho de retener la prenda hasta que se le satisfagan ambos créditos. (Art 1.866-2º).

### **4.4. Efectos.**

---

<sup>5</sup>Vid. Tema 16. La compraventa, §9. Garantías del pago del precio: Las arras.

El derecho de retención es una simple facultad que permite a su titular la detentación de una cosa ajena por virtud de este título y no por virtud del que se tenía anteriormente (mandato, usufructo, etc) (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

Este derecho a diferencia de lo que sucede con la prenda, no autoriza a su título a realizar el valor (venta en pública subasta) de la cosa retenida, ni supone tampoco un derecho de preferencia para el cobro (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

El retentor es un poseedor de la cosa, protegido por la ley (arts. 446), que está obligado a conservarla con la diligencia de un buen padre de familia y no podrá usar ni disponer de ella. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

## § 5.- LAS ACCIONES SUBROGATORIA Y REVOCATORIA.

### 5.1.- *Su condición de medidas conservativas del patrimonio del deudor.*

Las acciones subrogatoria y revocatorias son **medidas conservativas** porque que tienden a mantener integro el patrimonio del deudor, que constituye la garantía del acreedor, impidiendo que valores integrantes de dicho patrimonio salgan del mismo o que valores a éste debidos no entren en él por negligencia o dolo del deudor (CASTÁN).

Para remediar las situaciones descritas y evitar la disminución del patrimonio del deudor, la ley concede dos acciones al acreedor: la **acción subrogatoria** (o indirecta) y la acción **revocatoria** (o pauliana). Ambas acciones están contempladas en el **artículo 1.111 CC** al establecer 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** [acción subrogatoria]; pueden también **impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho** [acción revocatoria]*».

La **acción subrogatoria** permite reaccionar contra una simple conducta pasiva por omisión del deudor que no ejercita los derechos que tiene en su haber y que habían de producir un aumento de su patrimonio (CASTÁN). Mediante su ejercicio se ejercitarán aquellos derechos y acciones que no lo fueron por el deudor.

La **acción revocatoria** está prevista para el supuesto de una actividad fraudulenta de deudor, que se desposee de sus bienes (CASTÁN). Su ejercicio permite la impugnación de los actos fraudulentos cometidos por el deudor.

Las dos acciones, a pesar de tener una finalidad coincidente, evitar la disminución de la garantía *ex art. 1911 CC*, difieren profundamente por tener diferente naturaleza jurídica así como un diferente régimen jurídico para su ejercicio. En la primera el acreedor actúa *iure proprio* (ejercitando un derecho propio), al paso que en la segunda actúa en lugar del deudor, ejercitando los derechos y acciones que son titularidad de aquél (CASTÁN). De ahí que se imponga su estudio por separado.

### 5.2. *La acción subrogatoria o indirecta.*

#### a) *Concepto.-*

La acción subrogatoria ha sido definida como «el recurso que la ley concede al acreedor que no tenga otro medio de hacer efectivo su crédito, para ejercitar los derechos y acciones no utilizados por el deudor, cuando no sean de carácter personalísimo» (CASTÁN). Ej. Acciones de reclamación, créditos contra terceros, facultades de cobro, etc.

Ej. Si A tiene a su favor una deuda de 10.000 € (crédito 1) contra B y éste carece en la actualidad de cualquier tipo de bien, salvo una deuda no cobrada contra C por un importe de

15.000 € (crédito 2). Es evidente que si B no le reclama a C el acreedor A no va a poder cobrar porque en el patrimonio de su deudor no existen bienes contra los que dirigirse.

Se le llama también **acción indirecta u oblicua**, porque el acreedor cuando se dirige contra los terceros, deudores de su deudor, no lo hace directamente, utilizando un derecho propio, sino que lo hace de modo indirecto por tener que utilizar un derecho del que es titular su deudor inmediato.

Ej. Cuando A se dirige contra C, no está ejercitando su propio derecho (crédito 1), sino el derecho de B (crédito 2), de modo que los 15.000 € entrarían primero en el patrimonio de B, y posteriormente transitarían al patrimonio de A cuando este ejercitarse el (crédito 1). Con el consiguiente peligro de que si existen otros acreedores de B, también tendrían derecho sobre esos bienes que han entrado en su patrimonio a expensas del esfuerzo de A.

El fundamento de esta institución no es otro que el principio de la garantía patrimonial concedida a los acreedores por el artículo 1.911 del Código civil. Se trata de evitar el perjuicio que la inacción del deudor puede proporcionar al acreedor, llegando a hacer vana aquella garantía (CASTÁN).

#### **b) Naturaleza jurídica.**

Son muchas las teorías sobre la naturaleza de esta figura, si bien la doctrina más usual entiende que se trata de un caso de **representación del deudor** por su acreedor, el cual ejercita en nombre de aquél sus derechos, pero en interés del propio acreedor.

PUIG PEÑA estima que constituye un caso de **sustitución procesal**, en que se hace valer un derecho por quien no es su titular.

#### **c) Requisitos para el ejercicio de la acción subrogatoria.-**

1º.- Que el que intente utilizarla ostente un **derecho de crédito** contra el deudor.

2º.- Que el acreedor tenga **interés** en ejercitar el derecho o acción del deudor, como medio para realizar su propio crédito.

3º.- La acción subrogatoria es un **recurso subsidiario** y no podrá ser utilizado si en el patrimonio efectivo del deudor hay bienes suficientes para satisfacer al acreedor. Esta exigencia resulta de los términos mismos del artículo 1.111, que sólo confiere la facultad de que se trata a los acreedores a después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debes (principio de previa *excusión* de los bienes).

4.- Que los derechos y acciones que el deudor tiene abandonados, de haber sido ejercitados hubieran producido un **aumento en su patrimonio** (PÉREZ ÁLVAREZ).

5.- Que los derechos y acciones del deudor que éste maliciosa o negligentemente no ejercite, puedan ser ejercitados por el acreedor. Nuestro Código civil excluye así del ámbito de la acción subrogatoria los derechos y acciones que tengan carácter **personalísimo**.

#### **d) Efectos.-**

El efecto característico de la acción subrogatoria se produce en dos fases (LACRUZ):

1) En primer lugar, se produce un incremento del patrimonio del deudor (B), como consecuencia de que su acreedor (A) ha ejercitado un derecho que le es ajeno (el crédito nº 2) contra los deudores (C) del primero. En este sentido se dice que la acción subrogatoria tiene **naturaleza conservativa**, por permitir que ingrese en el patrimonio del deudor el importe de una crédito que no

reclamó en su día, y además se dice que la acción es **indirecta u oblicua** porque el beneficio que se ha obtenido no se ha ingresado directamente en el patrimonio de quien la ejercitado (A) sino en él de la persona que permaneció ociosa (B).

2) En una segunda fase, el acreedor podrá satisfacer su deuda a costa del ahora incrementado patrimonio del deudor (en el que ha ingresado el crédito nº 2). Pero para ello el acreedor (A) tendrá que ejercitar su propio derecho (crédito nº 1) contra B que merced al ejercicio de la acción subrogatoria ha dejado de ser insolvente.

La acción subrogatoria no concede al acreedor que la ejercita ningún tipo de privilegio o ventaja sobre el resto de acreedores del deudor, de modo que –en su caso- tendrá que compartir con aquellos el producto de lo obtenido con el ejercicio de esta acción.

El **plazo de prescripción** de la acción subrogatoria dependerá del que tenga el derecho o acción (del deudor) que se ejercite.

### **5.3.-La acción directa.**

#### **a) Concepto**

En contraposición a la acción subrogatoria, indirecta u oblicua, establecida por el artículo 1.111 y de la que acabamos de hablar, se llama **acción directa** a la que compete en ciertos casos a los acreedores para reclamar, en su propio nombre, del deudor de su deudor lo que importa a la satisfacción de su crédito (CASTÁN).

En la **acción directa** el acreedor (A) está utilizando un **derecho propio** contra los deudores (C) de su deudor (B), lo que permite que lo obtenido mediante el ejercicio de esta acción ingrese directamente en el patrimonio del acreedor sin tener que transitar por él del deudor como sucede con la acción subrogatoria, en la que se ejerce un **derecho ajeno**.

#### **b) Regulación legal**

Aunque la acción directa es una institución con perfiles propios, el CC no la regula expresamente como una categoría autónoma, si bien contempla varias manifestaciones de esta figura.

El supuesto el **1.722 CC**, que concede en ciertas hipótesis acción al mandante contra el sustituto; el **1.552 CC**, al arrendador contra el subarrendatario; el **1597 CC**, a los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, contra el dueño de la obra, hasta la cantidad que éste adeuda a aquél.

La jurisprudencia también ha otorgado acción directa a los segundos adquirentes de vivienda para dirigirse contra el constructor, promotor, arquitecto y demás técnicos de la construcción, con base en el artículo 1591 CC; esta acción ha alcanzado su reconocimiento legal en el art. 17.1 LOE. Esta enumeración, meramente enunciativa, ha de completarse con las acciones directas de la legislación especial, entre las que destacamos por su importancia la del perjudicado contra el asegurador del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro; en el ámbito del seguro obligatorio tenemos la del perjudicado contra el asegurador de los arts. 3 y 11.3 del RD Legislativo 8/2004, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor; finalmente están las del propietario contra el subarrendatario de los arts. 15 y 16 de la LAU/1964.

#### **e) Caracteres**



La acción directa supone una excepción a dos importantes principios. En primer lugar supone una excepción al «**principio de relatividad contractual**», puesto que permite dirigirse contra los deudores de su deudor con los que no ha contratado, y en segundo lugar supone una excepción al «**principio de igualdad de los acreedores**», puesto que lo obtenido con su ejercicio no ha de ser compartido con el resto de acreedores del deudor (B).

#### **d) Ventajas de la acción directa**

El ejercicio de la acción directa reporta las siguientes ventajas a su titular:

- a) simplificar los trámites procesales al no tener que ejercitarse en dos fases.
- b) favorece de manera inmediata a quien la ejercita, puesto que le permite apropiarse del valor obtenido por ella e ingresarlo directamente en su patrimonio. Esto evita tener que compartirlo con los demás acreedores del deudor como sucede con la subrogatoria (LASARTE).
- c) proporciona una garantía adicional a su titular al disponer de dos patrimonios contra los que dirigirse, el del deudor inmediato y el del subdeudor, puesto que la acción directa que se ejerce contra el tercero (C) es compatible con la acción de cumplimiento contractual contra el deudor inmediato (B) que se fundamenta en los arts. 1.101 y 1.124 CC.

#### **5.4.- La acción revocatoria.**

##### **A) Concepto.-**

Esta acción ha sido definida como «el poder jurídico concedido al acreedor para **impugnar** los **actos** que el deudor ha **realizado en fraude de su derecho de crédito**, cuando el patrimonio del acreedor sea insuficiente para la satisfacción del crédito» (LACRUZ).

El Código aunque reconoce esta acción en el art. 1.111, sin embargo desarrolla su régimen jurídico dentro de la doctrina general del contrato, en el marco de las **acciones rescisorias del art. 1.290 y ss.** Según este precepto los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la ley. El **art. 1.291-3º** contempla uno de aquellos supuestos cuando dice que: «Son rescindibles: 3. Los contratos celebrados en fraude de acreedores, cuando estos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe» (CASTÁN).

##### **B) Naturaleza jurídica.-**

La doctrina científica contempla, la acción Pauliana o revocatoria como una **acción personal de tipo rescisorio**, ya que el CC la incluye entre las rescisorias, y cuando la rescisión sea imposible, impone una **obligación indemnizatoria** (ROCA SASTRE). En ese sentido se manifiesta el art. 1.295 cuando establece que la rescisión no procede «cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe».

Esta acción además es de **carácter subsidiario**, a la que el acreedor sólo puede recurrir cuando carezca de cualquier otro medio para lograr la efectividad de su crédito (art. 1.294 Código civil).

##### **C) Requisitos para su ejercicio.-**

Los presupuestos del ejercicio de la acción son los siguientes (OSSORIO MORALES):

- 1º.- Que exista un **crédito a favor del actor**.
- 2º.-Que posteriormente, el deudor haya celebrado un **acto de disposición patrimonial** en beneficio de un **tercero**.
- 3º.- Que el **acreedor resulte perjudicado** por el acto dispositivo (*eventus damni*) y como consecuencia del mismo no pueda obtener la satisfacción de su crédito. El perjuicio consiste en la minoración del patrimonio que ahora resulta insuficiente para satisfacer su crédito.
- 4º.- Que el **acto** –oneroso o lucrativo- que se impugna sea fraudulento por haber sido

otorgado por el deudor enajenante con el designio de sustraer bienes a la acción del acreedor (*consilium fraudis*), y que el **adquirente**, caso de ser la enajenación onerosa, no ignore, al adquirir, el designio fraudulento del enajenante. El art. 1.297 CC presume que los **actos a título gratuito** realizados después de contraída la obligación han sido realizado en fraude de acreedores. En cuanto a los **actos a título oneroso** el art. 1.297.2º presume que son fraudulentos los celebrados por el deudor después de haberse pronunciado contra él sentencia condenatoria en cualquier instancia o después de haberse expedido contra él mandamiento de embargo de bienes.

5º.- Que el actor **no tenga otro medio de cobrar la deuda**, ya que esta **acción** al igual que sucede con la acción subrogatoria también tiene **carácter subsidiario**. El art. 1294 CC –además del art. 1111- establece –«la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio»

La STS 30 enero 2004 (RJA 440) señala que la propia doctrina jurisprudencial ha **flexibilizado la aplicación de la exigencia declarando que no es preciso una persecución real de todos y cada uno de los bienes con resultado infructuoso** ( SS. 17 julio 2000 [ RJ 2000, 5932] y 17 julio 2002 [ RJ 2002, 6249] ), ni obtener en un juicio previo la declaración de insolvencia ( SS. 29 marzo 2001 [ RJ 2001, 4774] , 2 abril 2002 [ RJ 2002, 2666] ), como tampoco es preciso que el deudor se coloque en **situación de insolvencia total**, ya que basta que los bienes no sean suficientes para satisfacer a sus acreedores ( SS. 31 octubre 1994 [ RJ 1994, 8005] , 20 febrero [ RJ 2001, 2606] y 19 septiembre 2001 (sic), 27 junio 2002 [ RJ 2002, 5896] ), por haberse disminuido las posibilidades económicas efectivas ( S. 9 mayo 2001 [ RJ 2001, 3869] ) o producido una notable disminución patrimonial que impide al acreedor percibir su crédito o que el reintegro del mismo le sea sumamente dificultoso

\* \* \*

La STS 30 enero 2004 (RJA 440) –entre muchas otras- contempla la acción revocatoria en un caso cuyos antecedentes de hecho son los siguientes: Un matrimonio concertó con un banco una póliza de crédito con garantía personal por un límite de cuatro millones de pesetas, con vencimiento el 12 de noviembre de 1992 que no fue satisfecho. Los cónyuges por escritura pública de 11 de noviembre de 1992, donaron determinadas fincas registrales a sus hijos. El 20 de noviembre de 1992 el marido Rafael solicitó la declaración de suspensión de pagos como comerciante individual, la cual se tuvo por solicitada.

El TS en el motivo 5º establece que concurren los requisitos para la prosperabilidad de la acción rescisoria pauliana: « a) Consta la **existencia de un crédito a favor de la entidad actora** contra los demandados -cuya cuantía se reconoció en la Sentencia del Juzgado que en tal particular devino firme al no ser apelada por los demandados- (SS. 7 abril 2000 (sic), [29 marzo \[ RJ 2001, 4774\]](#) y 19 septiembre 2001 [sic], entre otras); b) Hay una **efectiva transmisión de bienes por los deudores a terceros con posterioridad a la generación de la deuda** (SS. 7 abril 200 (sic); 29 marzo 2001), -con independencia de que en determinados casos cabe ejercitar la rescisión aun siendo la enajenación anterior-; c) Existe **perjuicio del acreedor** -«eventus damni»- por la falta de solvencia de los deudores y carencia de otro recurso legal para hacer efectivo el crédito -imposibilidad de cobrar-; y, d) Finalmente, concurre el **carácter fraudulento de la enajenación** por cuanto se trata de una donación, la cual se presume fraudulenta de conformidad con lo establecido en los arts. 643, párrafo segundo, -«se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores, cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella»- y 1297, párrafo primero, -«se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales del deudor enajenare bienes a título gratuito».

#### **D) Efectos de la acción Pauliana.-**

El ejercicio de la acción revocatoria o pauliana produce los siguientes efectos (CASTÁN):

1. En primer lugar deja sin efecto el acto impugnado. Es decir que se **rescinde la enajenación fraudulenta** y, por consiguiente, obliga a quien fue adquirente en ella a devolver lo recibido en virtud del acto que se rescinde (arts. 1.295 y 1.298 del Código civil).
2. Si el **adquirente** que hubiese procedido de **mala fe** (es decir, con conocimiento del fraude), no pudiere, por cualquier causa, devolver las cosas enajenadas (especialmente porque las mismas se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe), está obligado a **indemnizar a los acreedores los daños y perjuicios** que la enajenación les hubiere

ocasionado (art.1.295-2º y 1.298). Los adquirentes de buena fe, sin embargo, no están obligados a devolver la cosa.

El art. 1.299 establece para la acción pauliana un plazo de prescripción de cuatro años.

## § 6.- LA CONCURRENCIA DE ACREEDORES.

### 6.1. *La insolvencia patrimonial.*

La **insolvencia** es aquella situación de insuficiencia patrimonial del deudor para atender al pago de todos sus acreedores, ni aun realizando<sup>6</sup> todos sus bienes (MONTÉS PENADÉS). Esta situación es la que describe el **art. 2.2 de la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal**, al establecer que «*Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*».

**Esta Ley señala una serie de hechos como presuntos reveladores de la insolvencia:** desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecte al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la Ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados.

Cuando la situación de **insolvencia** afecta a varios deudores, se plantean dos problemas:

- a) El del criterio y orden en que han de distribuirse los bienes del deudor entre sus acreedores: a esta cuestión responden el *principio de igualdad de los acreedores* y los *créditos privilegiados*.
- b) El procedimiento para **liquidar** de forma ordenada el **patrimonio del deudor**, evitando que los acreedores más diligentes consigan cobrar antes que el resto. Esta ordenación da lugar al procedimiento de ejecución y liquidación colectiva: el **«concurso»**.

### 6.2.- *El principio de la igualdad de condición de los acreedores.*

Aunque el CC no lo haya establecido expresamente, todos los acreedores son, por regla general, de igual condición (*par conditio creditorum*) frente al patrimonio de un mismo deudor (LASARTE). Lo que se traduce en que si el patrimonio no es suficiente para satisfacer a todos, no es admisible que sólo los más diligentes, y que más prisa se hayan dado puedan cobrar (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN). Lo que supone que todos los acreedores cobraran a prorrata con independencia de la antigüedad de sus créditos. Así se deduce del **art. 1.929.3 CC**: «*Los créditos comunes a que se refiere el art. 1925 se satisfarán sin consideración a sus fechas*».

Por el contrario, en el ámbito del Derecho de cosas, los titulares de derechos reales, gozan del derecho de prioridad en los que rige el principio *prior tempore potior iure* (MONTÉS PENADÉS). Lo anterior supone que el derecho más antiguo es más fuerte.

De ahí que se establezca un **principio general de reparto o distribución proporcional**, fundado en que si cada uno de los acreedores tiene derecho, por igual, al conjunto de los bienes, justo es que todos ellos sufran proporcionalmente la reducción de sus créditos, cuando el patrimonio del deudor no baste para satisfacerlos por entero (CASTÁN). Se considera que este principio descansa en

---

<sup>6</sup> Según el Diccionario de la RAE, el término realizar significa: «Vender, convertir en dinero mercaderías u otros bienes».

el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 CC) que no hace distinción alguna respecto a los acreedores (PÉREZ ÁLVAREZ).

El **principio de igualdad de los acreedores** presenta toda una serie de **excepciones**:

- a) la ley concede a determinados créditos un especial favor (privilegio), por lo que sus titulares gozan de un derecho de preferencia o prelación con respecto a los demás acreedores. De ahí que se distinga entre acreedores privilegiados y ordinarios (los que carecen de privilegio alguno).
- b) otras veces, en la existencia de un derecho real constituido a favor de un acreedor sobre uno o varios bienes del deudor.
- c) Las acciones directas también suponen una serie de ventajas para determinados grupos de acreedores.

### **7.1. Situación anterior a la Ley 22/2003**

El «concurso» consiste en un procedimiento colectivo para que todos los acreedores realicen de manera ordenada y conjunta los bienes del deudor. Este procedimiento colectivo está intervenido judicialmente. El Derecho español establece un único procedimiento de persecución colectiva para cualquier clase de deudor regulado por la **Ley 22/2003, Concursal**

Hasta la **Ley 22/2003, Concursal**, en nuestro país se regulaba de modo separado la insolvencia de comerciantes y no comerciantes, a los primeros se les aplicaba la institución de la **quiebra** para los comerciantes, y a los no comerciantes el **concurso de acreedores** para los no comerciantes. Además existían otras instituciones preventivas o preliminares, como la suspensión de pagos y el procedimiento de quita y espera. El arcaísmo y la dispersión de las normas vigentes en esta materia son defectos que derivan de la codificación española del siglo XIX, estructurada sobre la base de la **dualidad de Códigos de Derecho Privado, Civil y de Comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil.**

**La Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922**, promulgada con carácter, llegó a convertirse en pieza básica de nuestro derecho concursal gracias a la flexibilidad de su regulación, que, si bien palió el tratamiento de las situaciones de crisis patrimonial de los comerciantes, complicó aún más la falta de coherencia de un conjunto normativo carente de los principios generales y del desarrollo sistemático que caracterizan a un sistema armónico, y permitió corruptelas muy notorias.

### **7.2. La Ley 22/2003**

La **Ley 22/2003** ha supuesto la regulación en un solo Texto Legal de los aspectos materiales y procesales del concurso, sin más excepción que la de aquellas normas que por su naturaleza han exigido el rango de Ley Orgánica, es una opción de política legislativa que venía ya determinada por la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al excluir esta materia de su ámbito y remitirla expresamente a la Ley Concursal (Exposición de Motivos de la Ley).

### **7.3. Presupuestos subjetivos del concurso**

Puede ser **declarado en situación de concurso** «cualquier deudor, sea persona natural o jurídica» (art. 1.1 LC), tenga o no la condición de comerciante. También puede ser declarada en concurso la herencia (art. 1.2 LC) mientras no sea aceptada pura y simplemente.

La **solicitud** de declaración de concurso puede efectuarla el propio deudor o un acreedor (art. 2.3; 2.4 y 3.1 LC). En primer caso el **concurso** se considera **voluntario** y en el segundo **necesario** (art. 20 LC)

### 7.3. Presupuestos objetivos del concurso

Los presupuestos para poder solicitar la declaración del concurso varían según quien lo inste:

Si la solicitud la **presenta el deudor**, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2 LC).

Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado **ejecución o apremio** sin que del embargo resultasen **bienes libres bastantes para el pago**, o en la existencia de alguno de los **siguientes hechos**:

1º El sobreseimiento general en el **pago corriente de las obligaciones** del deudor.

2º La existencia de **embargos por ejecuciones pendientes** que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3º El **alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa** de sus bienes por el deudor.

4º El **incumplimiento generalizado de obligaciones** de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades

### 7.3. Los órganos del concurso: la administración concursal

La Ley simplifica la estructura orgánica del concurso. Sólo el **juez y la administración concursal** constituyen **órganos necesarios en el procedimiento**. La **junta de acreedores** únicamente habrá de constituirse en la **fase de convenio** cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada. La intervención como parte del **Ministerio Fiscal** se limita a la sección sexta, de **calificación del concurso**, cuando proceda su apertura, sin perjuicio de la actuación que se establece en esta Ley cuando intervenga en delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico.

#### A) El juez del concurso

La Ley configura al **juez** como **órgano rector del procedimiento**, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones. La **competencia para conocer del concurso** se atribuye a los nuevos Juzgados de lo Mercantil.

Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la **adopción de medidas cautelares** con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal; la **ampliación de la publicidad** que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros; la **acumulación de concursos**; el **nombramiento**, la separación y el régimen de funcionamiento de los **administradores concursales**; la **graduación de los efectos de la declaración de concurso** sobre la persona del deudor, los acreedores y los contratos; la **aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de créditos**.

#### B) La administración concursal

La **administración concursal** se regula conforme a un modelo totalmente diferente del hasta ahora en vigor y **se opta por un órgano colegiado** en cuya composición se combina la profesionalidad en aquellas materias de relevancia para todo concurso -la jurídica y la económica-

A la **administración concursal** se encomiendan **funciones muy importantes**, que habrá de **ejercer de forma colegiada**, salvo las que el juez atribuya individualizadamente a alguno de sus miembros. Cuando la complejidad del procedimiento lo exija, el juez podrá autorizar la delegación de determinadas funciones en auxiliares.

La Ley prevé la reglamentación mediante arancel de la **retribución de los administradores concursales** y fija como criterios los de cuantía del activo y del pasivo y la previsible complejidad del concurso. En todo caso, compete al juez aprobar la retribución.

Son **funciones esenciales de este órgano** las de **intervenir los actos realizados por el deudor** en ejercicio de sus facultades patrimoniales o **sustituir al deudor** cuando haya sido **suspendido** en ese ejercicio, así como la de redactar el informe de la administración concursal al que habrán de unirse el **inventario de la masa activa**, la **lista de acreedores** y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas.

La administración concursal habrá de pronunciarse sobre la **inclusión de todos los créditos** puestos de manifiesto en el procedimiento, tanto de los que hayan sido comunicados en el plazo y en la forma que la Ley establece como de los que resultaran de los libros y documentos del deudor o que por cualquier otro medio consten en el concurso. En la relación de los reconocidos, los créditos se clasificarán, conforme a la Ley, en privilegiados -con privilegio especial o general-, ordinarios y subordinados.

#### *7.4. Las fases del concurso.*

##### **a) legitimación activa para solicitar el concurso**

En el art. 2 de la Ley concursal se reconoce legitimación para solicitar el concurso al propio deudor y a sus acreedores. En el caso de **solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor**, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

**Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor**, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades

La fase común se abre con la **declaración de concurso** y concluye una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas

contra el inventario o contra la lista de acreedores, con lo que se alcanza el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso. A todo lo cual se suma la posibilidad de utilizar, en determinados supuestos, un procedimiento abreviado.

Declarado el concurso, el ejercicio de las **facultades patrimoniales** del deudor se **somete a intervención o se suspende**, con sustitución en este caso por la administración concursal.

La **declaración de concurso**, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de éste; pero goza el juez del concurso de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, e incluso, cuando se trate de una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores.

**Efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores**, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado. Esta paralización, consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva del concurso, no afecta a las declarativas de los órdenes civil o social ya en tramitación en el momento de declararse el concurso, que continuarán hasta la firmeza de la sentencia, ni a las de naturaleza contencioso-administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, incluso si se ejercitan con posterioridad a la declaración, pero sí a todas las de carácter ejecutivo, incluidos los apremios administrativos o tributarios, que quedarán en suspenso si se hallasen en tramitación, salvo los acordados con anterioridad a la declaración de concurso, y no podrán iniciarse una vez declarado el concurso.

**Efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en período sospechoso por su proximidad a ésta.** El perturbador sistema de retroacción del concurso se sustituye por unas **específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa**, perjuicio que en unos casos la Ley presume y en los demás habrá de probarse por la administración concursal o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción.

### **7.5. Efectos del concurso.**

Son de dos categorías los regulados por la Ley.

Las soluciones del concurso previstas en la Ley son el **convenio** y la **liquidación** para cuya respectiva tramitación se articulan específicas fases en el procedimiento.

El **convenio** es la solución normal del concurso, que la Ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud.

Entre las medidas para facilitar esta solución del concurso destaca la admisión de la **propuesta anticipada de convenio** que el deudor puede presentar con la propia solicitud de **concurso voluntario** o, incluso, cuando se trate de concurso necesario, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, siempre que **vaya acompañada de adhesiones de acreedores en el porcentaje que la Ley establece**. La regulación de esta propuesta anticipada permite, incluso, la aprobación judicial del convenio durante la fase común del concurso, con una notoria economía de tiempo y de gastos respecto de los actuales procedimientos concursales.

En otro caso, si no se aprueba una propuesta anticipada y el concursado no opta por la liquidación de su patrimonio, la fase de convenio se abre una vez concluido el trámite de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

También es flexible la Ley en la regulación del contenido de las **propuestas de convenio**, que podrá consistir en **proposiciones de quita o de espera**, o **acumular ambas**; pero las primeras no podrán exceder de la mitad del importe de cada crédito ordinario, ni las segundas de cinco años a partir de la aprobación del convenio, sin perjuicio de los supuestos de concurso de empresas de especial trascendencia para la economía y de presentación de propuesta anticipada de convenio cuando así se autorice por el juez. Se admiten **proposiciones alternativas**, como las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. Lo que no admite la Ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia. Para asegurar ésta y la posibilidad de cumplimiento, la propuesta de convenio ha de ir acompañada de un plan de pagos.

La Ley concede al deudor la facultad de optar por una **solución liquidatoria del concurso**, como **alternativa a la de convenio**, pero también le impone el deber de solicitar la liquidación cuando durante la vigencia de un convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación. En los casos de apertura de oficio o a solicitud de acreedor, la liquidación es siempre una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio. La unidad y la flexibilidad del procedimiento permiten en estos supuestos pasar de forma rápida y simple a la fase de liquidación.

Los **efectos de la liquidación** son, lógicamente, más severos. El concursado quedará sometido a la situación de **suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales** de administración y disposición y **sustituido por la administración concursal**; si fuese persona natural, perderá el derecho a alimentos con cargo a la masa; si fuese persona jurídica, se declarará su disolución, de no estar ya acordada, y, en todo caso, el cese de sus administradores o liquidadores.

La Ley reserva para esta fase de liquidación los **clásicos efectos concursales de vencimiento anticipado de los créditos aplazados y conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones**.

### **7.6. La conclusión del concurso**

**causas de conclusión del concurso**, cuya naturaleza puede ser muy diversa: bien porque la apertura no se ajustó a derecho (revocación del auto de declaración de concurso), bien porque el procedimiento alcanzó su finalidad (cumplimiento del convenio, íntegra satisfacción de todos los acreedores), bien por su frustración (inexistencia de bienes y derechos con los que satisfacer a los acreedores), bien por el ejercicio del derecho de disposición de las partes sobre el procedimiento (desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos transacción del deudor con ellos, causas éstas que, por sus características, sólo pueden operar una vez terminada la fase común del procedimiento y que exigen aceptación u homologación del juez, previo informe de la administración concursal).

## **convenio, la liquidación y la gestión controlada**

### **a) Sumisión de los acreedores al convenio.**



Los convenios que el deudor y sus acreedores celebraren judicialmente, con las formalidades de la ley, sobre la quita y espera, o en el concurso serán **obligatorios para todos los concurrentes**; y para los que, citados y notificados en forma, no hubieren protestado en tiempo. » Pero se exceptúan de esta regla los acreedores que, teniendo derecho de abstenerse, hubiesen usado de él debidamente o, lo que es igual, dentro del término establecido para ello. Y se reconoce el derecho de abstención a los acreedores comprendidos en los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 (o sea, a los singularmente privilegiados y a los meramente privilegiados) (Código civil, art. 1.917).

b) **Reserva de la respectiva prelación entre acreedores de una misma clase.**-Como aun siendo los créditos de una misma clase puede haber preferencias entre ellos, por razón de la prioridad de su origen o por otra causa, establece el Código que «cuando el convenio de quita y espera se celebra con acreedores de una misma clase, será obligatorio para todos el acuerdo legal de la mayoría, sin perjuicio de la prelación respectiva de los créditos» (art. 1.918).

c) **Extinción de las deudas que son objeto del convenio.**- La quita y espera, como los demás convenios que puedan celebrarse entre el deudor y los acreedores, constituyen, en principio, una especie de sustitución o novación de las obligaciones de aquél. Y así dice el Código que « si el deudor cumpliere el convenio, quedarán extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo **(art. 1.919)**. Pero la **eficacia novatoria** de tales convenios no es absoluta, pues existen casos en que resurgen las obligaciones primitivas. Tales son:

El de incumplimiento del convenio. Si el deudor «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 declaración o continuación del concurso» **(art 1.919)**.

### **6.3. El concurso de acreedores.**

a) **Origen del concurso de acreedores.**-Puede ser el concurso, por razón de su origen, **voluntario o necesario**.

Según la Ley de Enjuiciamiento civil, es **voluntario** el juicio de concurso cuando lo promueve el mismo deudor, cediendo todos sus bienes a los acreedores; y es **necesario** cuando se forma a instancia de los acreedores o de cualquiera de ellos (artículo 1.156). No quiere esto decir que sea potestativo para el deudor presentarse o no presentarse en concurso, pues la ley le impone la obligación de hacerlo tan pronto como el importe de sus deudas sea superior al de los bienes de que disponga para hacerlas efectivas.

El deudor, cuyo pasivo fuese mayor que el activo y hubiese dejado de pagar sus obligaciones corrientes, deberá -dice el Código civil- presentarse en concurso ante el Tribunal competente luego que aquella situación le fuere conocida (art. 1.913).

b) **Efectos de la declaración del concurso.**- La declaración del concurso según el **art. 1.914** del Cc incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquier otra que por la ley le corresponda. Además es privado de todo poder dispositivo sobre sus bienes, puesto que se encuentran afectos a la satisfacción forzosa de sus acreedores, formando la masa concursal. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La declaración del concurso también produce los siguientes efectos **(art. 1916 cc)**: 1º.- vencen todas las deudas a plazo del concursado. 2.-Dejan de devengar intereses todas las

deudas del concursado, salvo los créditos hipotecarios y pignoratícios.

El procedimiento concursal tiene por objeto la liquidación del patrimonio del deudor para pagar a los acreedores. Hay que reconocer sus créditos y confeccionar un orden de preferencia en el cobro, los que se lleva a cabo a través de la **Junta de acreedores** con la intervención de los Síndicos, teniendo en cuenta para ello lo establecido en los arts. 1.922 a **1924** sobre los créditos privilegiados. (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN).

## § 8.- LOS CRÉDITOS PRIVILEGIADOS.

### 8.1. Concepto.

El principio de la igualdad de los acreedores (*par conditio creditorum*) respecto a sus derechos sobre el patrimonio del deudor no es absoluto y presenta varias excepciones, como sucede con la acción directa, o con aquellos acreedores a los que el legislador ha beneficiado al dotarles de un privilegio. El efecto del **privilegio** es que los créditos investidos con esa cualidad gozan de un derecho de preferencia para ser pagados antes que los ordinarios o que los privilegiados de rango inferior. La ley establece los privilegios, unas veces en atención a la naturaleza o fines del crédito, y otras, como un favor especial a determinadas personas (el Estado, el Municipio, etc.) (CASTÁN).

El problema de los privilegios presenta interés en el caso de que los bienes del deudor no alcancen a cubrir todas las deudas (BORDA).

En sí, el derecho de preferencia no es un derecho real; pero algunas veces va embebido en un derecho real de garantía (prenda, hipoteca) (CASTÁN).

La preferencia o privilegio es una **garantía** para el crédito privilegiado, no porque asegure su satisfacción, sino en cuanto la hace más probable, al situarlo por encima de los créditos no preferentes (ALBALADEJO). Los créditos privilegiados son, por todo ello, una **excepción al principio de igualdad de los acreedores** (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El CC se ocupa de los **privilegios** al regular el **concurso de acreedores** sobre los bienes del deudor cuyo patrimonio es insuficiente para hacer frente a todas sus obligaciones, en los arts. 1.921 y ss<sup>7</sup>. También es posible encontrar algún privilegio en algunos artículos dispersos (art. 1.213 y 1.699). Los privilegios también pueden ser hechos valer por los interesados fuera del concurso de acreedores (ALBALADEJO).

Algunos de los citados preceptos se han visto afectados por la Ley 22/2003, Concursal y en el caso de los arts. 1.912 a 1.920 CC han sido totalmente derogados.

El Código señala que hay determinados bienes del deudor que están especialmente afectos a determinados créditos que recaen sobre los mismos. Así en el **art. 1922** se establecen los créditos que tienen preferencia sobre determinados **muebles del deudor**, y en el **1.923** los que la tienen sobre

---

<sup>7</sup> Hay que tener presente la existencia de **Proyecto de Ley sobre «Concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares»**. La disposición final trigésima tercera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, encomienda al Gobierno que, en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, remita a las Cortes Generales un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares. Este proyecto va a suponer la modificación de los arts. 1.921 a 1.929 CC.

determinados **inmuebles**. Finalmente en el **art. 1.924** se enumeran los créditos que tienen preferencia para ser cobrados, no sobre determinados bienes muebles o inmuebles sino sobre los **demás bienes, muebles o inmuebles** (ALBALADEJO).

La regulación de los créditos privilegiados no se limita al CC puesto que toda una serie de leyes como la Ley General Tributaria, el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Propiedad Horizontal, etc. han incidido en el régimen jurídico de alguno de los créditos privilegiados que contempla el Código civil o en algunos casos incluso han establecido nuevos créditos privilegiados (PÉREZ ÁLVAREZ).

La teoría de los privilegios tiene su origen en Roma, al reconocerse preferencias generales a favor del Fisco, los Municipios, los menores, la dote del cónyuge; en otras ocasiones se tenía en cuenta la calidad del crédito (gastos funerarios, reparación de navíos, construcción, etc.) (BORDA).

Los privilegios se clasifican en **especiales** y **generales**. El privilegio especial recae sobre determinados bienes del deudor. Este sería el caso de del art. 1.922 que se refiere a privilegios sobre determinados bienes muebles y el del art. 1.923 referido a los inmuebles. El general sobre todos los bienes del deudor que no estén afectados por algún privilegio (MONTÉS PENADÉS). Este sería el caso de aquellos créditos que tienen preferencia sobre todos los bienes del deudor (art. 1.924 CC).

#### 8.4. Caracteres

Los privilegios presentan los siguientes caracteres (MONTÉS PENADÉS):

- a) **Legalidad:** solo pueden tener origen legal y no pueden nacer de la autonomía de la voluntad. El art. 1925 establece el carácter tasado de estos créditos: «No gozarán de preferencia los créditos de cualquiera otra clase, o por cualquiera otro título, no comprendidos en los artículos anteriores».
- b) **Excepcionalidad:** la norma que crea el privilegio constituye una excepción al principio general de la igualdad de los acreedores.
- c) **Accesoriedad:** El privilegio, como toda garantía es un accesorio del crédito, sigue sus vicisitudes y no puede ser transmitido autónomamente.
- d) **Renunciabilidad:** las partes no pueden privar a un crédito su condición de privilegiado, pero pueden no ejercitarlo o renunciar a él (art. 6.2 CC).
- e) **Indivisibilidad:** el privilegio subsiste aunque el crédito se divida entre varios acreedores. El privilegio también se extiende a los intereses y a las costas. El privilegio existe hasta tanto el crédito haya sido pagado íntegramente.

#### 8.5. Privilegios especiales mobiliarios.

Según DíEZ-PICAZO y GULLÓN están enumerados en el **art. 1.922 CC** que establece: «**Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia:**

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.**
2. Los **garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.**
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.**
4. Los **créditos por transporte, sobre los efectos transportados, por el precio del mismo, gasto y derechos de conducción y conservación, hasta la entrega y durante treinta días después de ésta.**
5. Los **de hospedaje, sobre los muebles del deudor existentes en la posada.**
6. Los **créditos por semillas y gastos de cultivo y recolección anticipados al deudor, sobre los frutos de la cosecha para que sirvieron.**

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.

Si los bienes muebles sobre que recae la preferencia hubieren sido sustraídos, el acreedor podrá reclamarlos de quien los tuviese, dentro del término de treinta días contados desde que ocurrió la sustracción».

#### **8.6. Privilegios especiales inmobiliarios.**

Están señalados en el **art. 1.923 CC** que establece 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 graviten sobre ellos.
2. Los créditos de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años; y, si fuere el seguro mutuo, por los dos últimos dividendos que se hubiesen repartido.
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.
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.
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 cuatro números anteriores».

#### **8.7. Los privilegios generales.**

Son los que recaen sobre los restantes muebles e inmuebles del deudor que no están afectos a un privilegio especial (CASTÁN). La regulación que contiene el Código en su **art.1.924** está totalmente superada por toda una serie de normas específicas que regulan la materia (MONTÉS PENADÉS).

Los privilegios generales son los siguientes (art. 1924)<sup>8</sup>: «**Con relación a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor, gozan de preferencia:**

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 1923, número 1..
2. Los devengados:
  - B. Por los funerales del deudor, según el uso del lugar, y también los de su cónyuge y los de sus hijos constituidos bajo su patria potestad, si no tuviesen bienes propios.
  - C. Por gastos de la última enfermedad de las mismas personas, causados en el último año, contado hasta el día del fallecimiento.
  - D. Por los salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena y del servicio doméstico correspondientes al último año.
  - E. Por las cuotas correspondientes a los regímenes obligatorios de subsidios, seguros sociales y mutualismo laboral por el mismo periodo de tiempo que señala el apartado anterior, siempre que no tengan reconocida mayor preferencia con arreglo al artículo precedente.
  - F. Por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido o calzado, en el mismo período de tiempo.
3. Los créditos que sin privilegio especial consten:
  - A. En escritura pública.
  - B. Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.Estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias».

\*\*\*

---

<sup>8</sup> Los apartados de las letras A y G han sido derogados por la Ley 22/2003, Concursal

## **8.8. La prelación de créditos privilegiados.**

### *A.- Concurrencia entre créditos privilegiados mobiliarios y ordinarios.*

El **art. 1.926 CC** establece las reglas de prelación cuando concurren varios créditos sobre un mismo mueble. Los créditos privilegiados con relación a determinados bienes muebles, excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere. En caso de **concurrir** varios **créditos privilegiados** el crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda. En casi todos los demás casos el precio de los muebles se distribuirá a prorrata entre los créditos que gocen de especial preferencia con relación a los mismos.

### *B.- Concurrencia entre créditos privilegiados inmobiliarios y ordinarios.*

El **artículo 1927** establece la prelación cuando concurren varios créditos sobre un mismo inmueble o derecho real. Los créditos privilegiados excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera.

Si **concurrieren dos o más créditos privilegiados**, prefieren los expresados en los números 1. y 2. del artículo 1923 (a favor del Estado y de los aseguradores). Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el art. 1923-3º y 4º. del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la propiedad.

Los refaccionarios no anotados ni inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 1923-5º, gozarán de prelación entre sí por el orden inverso de su antigüedad.

### *C.- Normas de cierre del sistema.*

Las anteriores normas se completan por lo establecido en los **arts. 1928 y 1.929 CC**:

El art. 1928 establece la prelación en caso de remanente: «El **remanente** del caudal del deudor, después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, se acumulará a los bienes libres que aquél tuviere para el pago de los demás créditos.

Los que, gozando de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza».

El art. 1.929 **regula la prelación de los créditos sin privilegio especial**, señalando el orden del art. 1924 (privilegio general), los preferentes por fechas y a los comunes:

«Los **créditos que no gocen de preferencia** con relación a determinados bienes, y los que la gozaren, por la cantidad no realizada, o cuando hubiese prescrito el derecho a la preferencia, se satisfarán conforme a las reglas siguientes:

1. Por el orden establecido en el artículo 1924.
2. Los preferentes por fechas, por el orden de éstas, y los que la tuviesen común, a prorrata.
3. Los créditos comunes a que se refiere el artículo 1925, sin consideración a sus fechas.»

## Tercera parte: LOS CONTRATOS EN ESPECIAL

### Tema 15: LA DONACIÓN

- §1.- Concepto general.
- §2.- La naturaleza jurídica de la donación.
- §3.- Capacidad del donante y del donatario
- §4.- Cosas que pueden ser objeto de donación.
- §5.- La forma de las donaciones.
- §6.- La perfección de la donación.
- §7.- Revocación de las donaciones.
- §8.- Reducción de las donaciones inoficiosas.
- §9.- Donaciones especiales.

#### §1.- CONCEPTO GENERAL.

##### *1.1 Concepto.*

La donación supone dentro del género de los actos a título gratuito, **la prestación de una cosa**, de la que se despoja o promete el donante, con el consiguiente empobrecimiento de su patrimonio, en beneficio del donatario, que se enriquece correlativamente (LACRUZ) Etimológicamente donación proviene de *doni datio*: dación gratuita.

Es donación la casa que el padre regala a su hijo para su boda, o el regalo del libro que se hace a un amigo por su cumpleaños.

##### *2.2. Notas características.*

Según el art. 618 CC: «la donación es el **acto de liberalidad** por el cual una persona **dispone gratuitamente** de una cosa en favor de otra, que la acepta». De ésta definición legal que proporciona el Código civil se derivan las principales características de este instituto:

**A) Un acto de liberalidad.** La **liberalidad** consiste en proporcionar a otro una **ventaja o beneficio sin contraprestación** (ROCA I TRIAS). Dentro de la *categoría de liberalidades o actos de liberalidad* se incluyen otros contratos con **causa gratuita** como: el mandato (cfr.art. 1.726) el comodato (art. 1.740), el mutuo sin interés (art. 1.740), el depósito (art. 1.760). La doctrina también estima que existe la **nota de gratuidad** en los siguientes supuestos: prestar servicios sin remuneración, sembrar, plantar o edificar con materiales propios en terreno ajeno sin ánimo de exigir nada por ello, perdonar una deuda o renunciar, sin más, a un derecho real sobre cosa ajena.

La diferencia entre la gratuidad y la liberalidad estriba en que la primera se mide siempre de **forma objetiva**, por el contrario la liberalidad es un **elemento subjetivo**, exige una especial intención, el *animus donandi* o ánimo liberal. Este elemento intencional es el que determina que el contrato tenga causa gratuita (ROCA I TRIAS).

**B) Es un acto gratuito.**- La donación es un acto gratuito porque quien la realiza no recibe a cambio **ninguna contraprestación** (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). La donación es un acto gratuito incluso en el caso de la donación modal, puesto que en ellas aunque al donatario se le impone una prestación, ésta ha de ser de valor inferior a lo donado.

La característica que distingue la donación de los otros contratos gratuitos, es el **empobrecimiento patrimonial** que sufre el donante y el correlativo enriquecimiento del patrimonio del donatario. En el resto de contratos gratuitos falta la nota del empobrecimiento, ya que del activo del patrimonio de quien realiza el acto liberal (depósito, mandato, préstamo..) no sale ningún bien ni derecho (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

**C) Produce un efecto traslativo de la propiedad.** La donación es un contrato dispositivo o traslativo, ya que permite que un bien o derecho que forma parte de un patrimonio salga de éste y se integre en uno nuevo. En este sentido, LACRUZ, establece que la donación es un «contrato de atribución de cosas o derechos que se desplazan desde el patrimonio del donante al del donatario». En los otros contratos gratuitos no hay desprendimiento patrimonial.

La donación integra junto con la compraventa y la permuta la categoría de los contratos traslativos del dominio.

**D) Es necesaria la aceptación del donatario.**

Para que se perfeccione la donación se exige la concurrencia del acuerdo del donatario para aceptar el carácter gratuito de la donación (PARRA LUCÁN).

## §2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN.

El CC define la donación en el art. 618 como «*el acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*». La mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia coinciden al afirmar que la **donación** se trata de un **contrato** a pesar de que la donación se encuentre ubicada en el Libro III del Código civil, Título II «*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*», y no esté regulada entre los contratos.

### 2.1.- La donación como contrato.

El carácter contractual de la donación viene determinado:

1) Por la **exigencia de la aceptación** por parte del donatario que se deduce de los arts. 618, 630 y 631. En la donación hay una oferta de una parte, del donante, que debe ser aceptada por la otra para que nazca el negocio jurídico bilateral, que es todo contrato (ALBALADEJO).

2) Por la **sujeción a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones** en todo lo que no se halle determinado en sus normas específicas. Para ALBALADEJO la naturaleza

contractual de la donación puede deducirse, entre otros, de los arts. 621, 624 y 1.274 CC Es de destacar el **art. 621** que establece que: «las **donaciones** que hayan de producir sus efectos entre vivos **se regirán por las disposiciones generales de los contratos** en todo lo que no se halle regulado en este título.»

## **2.2.- La donación como modo de adquirir el dominio.**

La **donación** es contemplada en el art. 609 del CC como un **modo de adquirir el dominio**, que opera sin necesidad de tradición simultánea o posterior. A diferencia de lo que sucede con otros contratos a los que ese mismo precepto les exige que vayan seguidos de la tradición (teoría del título y el modo) para producir efectos reales (LASARTE).

La donación produce efectos transmisivos desde el momento en que se perfecciona por concurrir el consentimiento del donatario, lo que hace que éste adquiera la propiedad de la cosa donada, aunque ésta no le haya sido todavía entregada; es decir que no se requiere la concurrencia de la tradición para la transmisión de la propiedad. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). En consecuencia, cabe afirmar que: la donación es un contrato en cuya virtud se adquiere directamente el dominio (LASARTE) y que la donación es a la vez título y modo de adquirir (LACRUZ).

Un supuesto diferente es el de la denominada **donación obligacional**, en la que el donante no transfiere nada en el momento de pactar y simplemente se obliga a dar en un futuro (LACRUZ). En este supuesto, el donatario, que ha aceptado la donación, no adquirirá la propiedad de lo donado hasta que no se realice la *traditio* o entrega material o simbólica. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Esta modalidad de donación es controvertida, y parte de la doctrina y de la jurisprudencia no admiten su virtualidad en nuestro ordenamiento jurídico. Están a favor de esta modalidad LACRUZ, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que se basan en los arts, 1.255, 1254 a 1.258. 1262 y especialmente el 1.274.

## **§3.- CAPACIDAD DEL DONANTE Y DEL DONATARIO.**

Las partes en el contrato de donación son el donante, quien efectúa la liberalidad y el donatario, que se enriquece con la misma.

**a) El donante.** El art. 624 establece que «*Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes*». Lo que supone que además de la capacidad para contratar los donantes habrán de tener la capacidad legal para disponer de los bienes de que se trate.

**b) El donatario.** El art. 625 establece que: «*podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello*». El art. 626 completa la anterior disposición al establecer que: «*Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes*».

La doctrina es coincidente en que, salvo el supuesto del art. 626, cualquier persona puede aceptar donaciones puras si tiene capacidad suficiente de entender y querer, cualquiera



que sea su edad y sin necesidad de asistencia de su representante legal (PARRA LUCÁN).

## §4.- COSAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE DONACIÓN.

### 4.1. Objeto de la donación.

La doctrina admite que pueden ser **objeto de donación** tanto los **bienes** como los **derechos**, aún a pesar de que el tenor literal del art. 618 CC sólo se refiera a las **cosas**. El objeto de la donación puede ser una cosa o un derecho, real o de crédito (PARRA LUCÁN).

Los bienes donados han de ser individualizados (633 CC) lo que equivale a exigir que se identifique por sus características o naturaleza.

**No pueden ser objeto de donación:**

a) **Los servicios.** Según LACRUZ, la prestación de servicios gratuitos por el depositario, el mandatario, el prestamista, etc., no puede recibir la denominación de donación. El gasto de actividad no entraña donación aunque esta pueda cuantificarse económicamente.

b) Los **bienes futuros (art. 635 CC)**, que son aquéllos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

### 4.2. Límites de las donaciones.

La ley establece unos límites para las donaciones:

- a) Si la donación comprende «todos los **bienes presentes** del donante, o parte de ellos» el art. 634 exige que el donante se reserve en propiedad o usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias.
- b) En el caso de que el donante tenga **herederos legítimos**, no puede perjudicar su legítima (art. 636) y si lo hace, éstos podrán reducir las donaciones por inoficiosidad (art. 654). **Esto supone que si la donación si en el momento de la muerte del causante excede el tercio de libre disposición, podrá ser reducida por inoficiosa en todo en cuanto sobrepase aquel límite.**

## §5.- LA FORMA DE LAS DONACIONES.

La donación es un negocio que históricamente ha estado sujeto a determinados requisitos de forma, es decir que el código exige una forma (*ad solemnitatem*) específica y si no se cumple, la donación es inexistente, ya que como negocio jurídico no ha llegado a nacer a la vida jurídica (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

### 5.1. La donación de muebles e inmuebles.

La forma es distinta según la donación sea de bienes muebles o de bienes 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).

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 deberá hacerse en vida del donante y 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).

### **5.2. El incumplimiento del requisito de forma.**

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que el cumplimiento de los requisitos de forma es imprescindible para la existencia de la donación, negando que en otro caso el donatario posea a título de dueño

El TS interpreta el art. 633 de modo riguroso de modo que la falta de escritura comporta la nulidad de la donación. (STS 10 noviembre 1994, 3 marzo y 23 octubre 1995, entre otras).

### **5.3. La donación simulada.**

En ocasiones donante y donatario acuerdan otorgar una donación de inmueble, pero simulan una compraventa que aparece documentada en escritura pública. Los móviles para utilizar esta vía pueden ser diversos: la menor carga fiscal que tienen las compraventas con relación a las donaciones, la intención de burlar las legítimas de unos hijos en beneficio de otros, etc.

En estos casos una vez que se ha probado la existencia de simulación, el TS ha venido estableciendo (aunque de forma vacilante) la nulidad de la donación aún a pesar de haber sido otorgada mediante escritura pública, ya que para que fuese válida la escritura debería de haber sido de donación, sin trampa ni disfraz (LACRUZ). En este sentido se pronuncian las STs de 23 septiembre 1989, 22 enero 1991 y 7 marzo 1993.

Esta solución no se aplica en el caso de las donaciones remuneratorias, en las que si que se admite la validez de estas donaciones de inmuebles encubiertas bajo la forma de compraventas documentadas en escritura pública.

## **§6.- LA PERFECCIÓN DE LA DONACIÓN.**

El art. 623 CC dice que: «*La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario*». Así que, atendiendo a la letra de este precepto, la perfección se produce cuando el donante toma conocimiento de que el donatario aceptó su liberalidad. Ahora bien, junto a eso, el art. 629 dispone que: «La donación no **obliga** al donante, ni produce efecto, sino **desde la aceptación**». Finalmente, el art. 630 establece la necesidad de aceptar la donación, con sanción de nulidad si no concurre ésta (ALBALADEJO).

Para ALBALADEJO la revocabilidad de donación hasta el momento en que el donante conoce la aceptación del donatario, se fundamenta en la naturaleza gratuita del contrato y se justifica en cuanto que la situación de poder deshacer la donación es imputable al donatario, al que le cabe ponerle fin notificando la aceptación al donante.

## **§7.- REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES.**

La donación una vez que se han cumplido todos los requisitos constitutivos exigidos

legalmente es irrevocable. El donante ya no puede por su sola voluntad dejar sin efecto la donación. Esta norma, sin embargo, no es absoluta, ya que el Código civil de modo excepcional permite que el donante en determinados supuestos pueda dejar sin efecto la donación (DIEZ-PICAZO Y GULLÓN). El fundamento de la revocación se encuentra en el carácter gratuito de la donación, lo que faculta al donante para recuperar lo donado en algunos supuestos, suponiendo que de haberlos conocido no la habría realizado (LASARTE).

Las **causas de revocación** previstas en el CC son las siguientes:

a) *Por supervivencia o superveniencia de hijos*, si el donante, después de la donación, tiene hijos o resulta vivo el que el reputaba muerto (art. 644). En este caso, el donante, sus hijos o descendientes disponen de cinco años para pedir la revocación desde que tenga lugar alguna de aquellas circunstancias (art. 646.2º).

b) *Por incumplimiento de cargas*, cuando el donatario deja de cumplir el modo o carga que le había impuesto el donante (art. 647). En este caso los bienes donados volverán al donante quedando nulas las enajenaciones e hipotecas que el donante hubiese hecho. La acción prescribirá a los cuatro años por analogía con el art. 1299 (ROCA I TRIAS).

c) *Por ingratitud del donatario*, que se considera que se produce cuando comete un delito contra la persona, honor o bienes del donante, o cuando se le imputa un delito o cuando le niega indebidamente los alimentos (art. 648).

Esta acción tiene un plazo de prescripción de un año desde que el donante tuvo conocimiento de los hechos (art. 652).

La revocación de la donación, según LASARTE, da lugar a la restitución al donante de los bienes donados, o del valor que éstos tenían al tiempo de la donación si hubiesen sido enajenados, quedando a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe (arts. 645, 647, 649, 650 y 651).

## **§8.- REDUCCIÓN DE LAS DONACIONES INOFICIOSAS.**

La donación, por otra parte, puede ser **reducida por inoficiosidad**, para evitar que se perjudique la legítima de los herederos forzosos. La legítima es una parte de la herencia que tiene que dejar el testador a los legitimarios (hijos, en su defecto padres y una legítima en usufructo para el cónyuge); la herencia está formada por la suma de lo que dejó el causante (caudal relicto) y lo que donó en vida (lo donado). Si a la muerte del causante no hay caudal relicto para cubrir las legítimas, se reducirán por inoficiosidad las donaciones que hizo en vida, por orden de menor antigüedad, hasta recuperar bienes con que pagar las legítimas.

Ejemplo: el causante, a su muerte, deja un caudal relicto de 35.000 € y en vida había hecho donaciones a su amante por valor de 55.000 €; su herencia tiene, pues, un valor total de 90.000 €. Su único hijo tiene como legítima (art. 808 CC) las dos terceras partes, o sea, 60.000 €. Luego percibirá directamente los 35.000 € del caudal relicto y podrá reducir por inoficiosas las donaciones efectuadas por su padre hasta un valor de 25.000 €. El resto de la donación no se vería afectada por la reducción por tener cabida en el denominado tercio de libre disposición (art. 808 in fine) y no mermar a la legítima.

## **§9.- DONACIONES ESPECIALES.**

La causa gratuita que da lugar al contrato de donación puede sufrir varias modalidades, y según los distintos elementos que prime en cada una de ellas dará lugar a unas determinadas donaciones especiales (ROCA I TRIAS).

### **9.1. La donación mortis causa.**

La donación *mortis causa* está reconocida en el **art. 620**, que establece que «*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.

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 (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La donación *mortis causa* posee las siguientes características (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN):

- a) Revocabilidad por el donante, de forma similar a la facultad de todo testador para revocar en cualquier momento el testamento.
- b) Que el donatario sobreviva al donante, porque la donación no produce efectos sino *post mortem*, 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

### **9.2.- Donación modal u onerosa.**

La **donación onerosa**, o con **carga**, también llamada **modal** es aquella en la que se impone al donatario una **obligación conexa con la liberalidad**; en forma de **modo** y no de liberalidad (LACRUZ). La donación junto con las disposiciones testamentarias son los únicos negocios que admiten la posibilidad de someterlos a un **modo**, que es una obligación accesoria cuyo cumplimiento se impone al beneficiario, y que supone una limitación a la atribución que se le hace (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

A la donación modal el Código civil la denomina «donación con causa onerosa» (art. 622), «donación condicional u onerosa» (art. 626) o como sinónimo de *condición* (art. 647)

El **modo** puede ser impuesto al destinatario con la **finalidad** de hacer o dar algo a favor del disponente o de un tercero o del beneficiado mismo, o en general de emplear de una determinada manera el objeto de la disposición (BARBERO). Ej. Pagar alimentos a un familiar del donante, pagar las deudas del donante, vivir con el donante y prestarle asistencia, etc.

En las donaciones modales el donante, además de querer enriquecer gratuitamente al donatario (*animus donandi*), 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, por lo que la donación no llega transformarse en un contrato

oneroso.

Este tipo de donación se contempla en el **artículo 619**, al establecer que es también donación «aquella en que se impone al donatario un **gravamen inferior** al valor de lo donado». 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. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Si el donatario incumple la carga impuesta el donante o sus herederos pueden instar la revocación (art. 647 CC)

### ***9.3.- Donación remuneratoria.***

La donación remuneratoria es la que se hace con el designio de premiar al donatario por sus especiales merecimientos (LACRUZ). A las donaciones remuneratorias se refiere 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»

La donación remuneratoria es la que se hace por servicios prestados al donante. Se trata de recompensar al donatario por lo que éste proporcionó en el pasado sin contrapartida (PARRA LUCÁN). (Ej. Haber cuidado el donatario durante una larga enfermedad al donante o haberle salvado la vida).

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 (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La **diferencia** entre las donaciones **remuneratorias** y las donaciones con **carga** estriba en que las primeras se realizan porque el donante ha recibido unas prestaciones, mientras que en las segundas se realizan precisamente para recibirlas. Lo que supone que las remuneratorias miran al pasado y las modales miran al futuro.

### ***9.4.- Donaciones con reserva de la facultad de disponer por el donante***

El Código civil en el **artículo 639** 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».

El primer supuesto permite al donante recuperar los bienes donados o de su valor, disponiendo de los mismo a favor de terceros (ROCA I TRIAS). El segundo caso, la facultad del donante de disponer de alguna cantidad con cargo a los bienes, 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) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

### ***9.5.- Donaciones con cláusula de reversión.***

El **artículo 641** permite la estipulación de una **cláusula de reversión** en la donación, de modo que en determinadas condiciones los bienes volverán al donante o a un tercero que señale el donante Ej. Una donación en la que se establezca que a la muerte del donatario tales bienes pasarán a su sobrino.

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 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 de nuevo al donante, y el del plazo implica la llegada del término final puesto a la titularidad del donatario. Cumplida la condición o llegado el plazo del donatario pierde el dominio (ROCA I TRIAS).

Un ejemplo es el de quien efectúa una donación de unos terrenos al Ayuntamiento de su ciudad para que se edifique un hospital, con una cláusula en la que se señale que en caso de destinarse a otros usos los terrenos revertirán al donante o a sus herederos.

### ***9.6.- Donaciones de nuda propiedad y usufructo***

De acuerdo con el art. 640 Cc 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 para las sustituciones fideicomisarias.

### ***9.7.- Las liberalidades de uso.***

Son aquellas donaciones que se realizan en cumplimiento de determinados usos sociales, como los regalos para conmemoraciones familiares (comuniones, bautizos, cumpleaños...), limosnas, aportaciones para determinados fines benéficos, etc. Se trata de verdaderas donaciones aunque tengan un especial régimen jurídico determinado en el art. 1.041 CC, que se refiere a los «regalos de costumbre» excluyéndolos de la colación (ROCA I TRIAS). También en el art. 1378 CC hay una referencia a las «liberalidades de uso» como aquellas que se pueden realizar por uno de los cónyuges a cargo de los bienes gananciales sin necesidad del consentimiento del otro. Los regalos de boda tienen un régimen especial en los arts. 1336 a 1343 CC bajo el epígrafe de «De las donaciones por razón de matrimonio»

### ***9.8 Donaciones indirectas: negocio mixto cum donatione.***

La **donación indirecta** consiste en una atribución patrimonial realizada con ánimo liberal y efectivo enriquecimiento de una de las partes, pero en vez de utilizar la vía de la donación se efectúa mediante un contrato oneroso (LACRUZ).

Como ejemplos de donación indirecta la renuncia unilateral al cobro de una deuda o la renuncia de herencia a favor de un determinado heredero, el pago de una deuda ajena sin intención de reclamar del

deudor lo pagado o la estipulación a favor de tercero cuando el estipulante celebra el contrato con la intención de hacer una liberalidad al beneficiario de la estipulación (art. 1.257).

Un supuesto especial de donación indirecta lo constituye el denominado **negocio mixto *cum donatione***, que es un contrato oneroso celebrado deliberadamente en muy ventajosas condiciones para beneficiar a una de las partes. Este es el supuesto de las «ventas amistosas» en las que el precio pagado es con mucho inferior al de mercado (PARRA LUCÁN). Ej. Se vende una casa valorada en 120.000 € por solo 1.000 €.

## Tema 16: LA COMPRAVENTA

### LA COMPRAVENTA

- § 1. Concepto y caracteres.
- § 2. Elementos personales, reales y formales.
- § 3. Momento de la perfección del contrato.
- § 4. Obligaciones del vendedor: la entrega.
- § 5. El saneamiento.
- § 6. Obligaciones del comprador.
- § 7. Las garantías del vendedor.
- § 8. Los pactos en la compraventa.
- § 9. Compraventas especiales.
- § 10. La permuta.
- § 11. La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

#### §1.-CONCEPTO Y CARACTERES.

##### 1.1. *Concepto.*

La compraventa aparece definida en el **art. 1.445 del Cc.** como el contrato por el que «...uno de los contratantes [el vendedor] se obliga a transmitir una cosa determinada y el otro [el comprador] pagar un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

##### 2.2. *Caracteres.*

La doctrina es unánime al afirmar que la compraventa presenta los siguientes caracteres:

A) Es un contrato ***bilateral y conmutativo***. Es *bilateral o recíproco* porque las obligaciones que surgen de él vinculan a ambas partes y es *conmutativo* puesto que la obligación principal que asume una parte se considera *ab initio* como el equivalente de la que la otra a su vez contrae (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). No obstante el contrato de compraventa puede ser *aleatorio* en algunos supuestos, como sucede por ejemplo cuando se compran *cosas futuras* a riesgo del comprador o *compraventa de esperanza* en la que el comprador se obliga a pagar el precio tenga o no existencia la cosa. (LASARTE)

B) Es ***consensual***, porque se perfecciona por el concurso de los consentimientos de comprador y vendedor referidos a la cosa y al precio. En ese sentido el art. **1.450** establece que: «...***se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato aunque ni la una ni el otro se hayan entregado***». La posterior entrega de la cosa y del precio corresponden a la fase de ejecución del contrato y son obligaciones que surgen una vez que ya se ha perfeccionado el contrato (LASARTE).



C) Es **oneroso** porque este contrato determina sacrificios patrimoniales para cada una de las partes. Hay un intercambio de cosa por precio.

D) Es **obligacional** y no dispositivo. La compraventa no produce en el instante de su perfección la transferencia de la propiedad de la cosa, sólo genera para ambas partes obligaciones en orden a un intercambio real futuro, la obligación de entrega de la cosa y el dinero. El cambio en la titularidad de la cosa vendida no tendrá lugar hasta que se complete la compraventa con la entrega o tradición de la cosa (teoría del título y el modo). (LACRUZ).

En algunos códigos como el francés (art. 1583) o el italiano (art. 1.470) la transferencia del dominio si que se produce en el acto mismo de la compraventa, aunque el vendedor no haga la tradición de la cosa en ese instante (BORDA).

E) Es un contrato con **finalidad traslativa de dominio** puesto que sirve de **título** para la transmisión de la propiedad (arts. 609 y 1.095 cc), que se consumará mediante la entrega de la cosa o **modo** (STS de 22 diciembre (RJA 2000\10136) .

## § 2.- ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES.

### 2.1.- Elementos personales.

La compraventa, como negocio bilateral, requiere dos partes contratantes que reciben el nombre de **vendedor comprador**, que se obliga a entregar una cosa determinada y el **comprador** que se obliga a pagar por ella un precio cierto.

#### a) Capacidad.

La **capacidad** para celebrar el contrato de compraventa es la general para obligarse, según se deduce del **art. 1.457**: «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 doctrina estima que en principio sólo está **legitimado** para vender el que sea dueño de la cosa o titular del derecho que pretenda enajenar y tenga la libre disposición de uno u de otro (LACRUZ). El CC, sin embargo, **no exige expresamente** este requisito en ningún precepto.

#### b) Las prohibiciones de comprar.

En el **art. 1.459** se establecen, las denominadas **prohibiciones para comprar** en cuya virtud el Código, por razones de moralidad social y orden público y para evitar fraudes o perjuicios en supuestos en que hay intereses encontrados, prohíbe a determinadas personas adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona interpuesta, bienes sobre otras sobre las que tiene algún tipo de influencia (LASARTE).

*Establece el art. 1.459 CC que: «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:*

*1º Los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección.*

2º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados.

3º Los albaceas, los bienes confiados a su cargo.

4º Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuvieren encargados.

Esta disposición regirá para los Jueces y peritos que de cualquier modo intervinieren en la venta.

5º Los Magistrados, jueces, individuos del Ministerio Fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean.

La prohibición contenida en este número 5º comprenderá a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio».

La violación de las prohibiciones de los apartados 5 y 6 del art. 1.459 supone la nulidad absoluta del contrato celebrado por aplicación del art. 6.3 Cc. (LASARTE). En el resto de supuestos la regla aplicable es la de la anulabilidad.

## 2.2.- Elementos reales.

### a) La cosa.

En principio pueden ser objeto de compraventa las **cosas (art. 1.455 Cc.)**, sin embargo, la doctrina atribuye a la cosa un sentido amplio. El término cosa incluye tanto a las corporales como a las incorporeales; las cosas muebles e inmuebles, las presentes y las futuras, las específicas y las genéricas. También incluye los **derechos**, reales o de crédito (CASTÁN).

La cosa para ser objeto de compraventa ha de cumplir los siguientes **requisitos** (CASTÁN):

1º) Existencia actual o futura.- La compraventa como todo contrato necesita tener objeto (art. 1.262 Cc.). Sin la existencia de la cosa no se concibe el contrato, el art. 1460 dice que si se hubiese perdido al tiempo de celebrarse el contrato, este quedará sin efecto y si la pérdida fue parcial el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando el precio en proporción al total convenido.

El objeto de la compraventa puede ser una **cosa futura**, puesto que el art. 1.271 al referirse al objeto del contrato admite esta posibilidad. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). La doctrina admite dos modalidades de compraventa de cosa futura (CASTÁN):

a) *Emptio rei speretae* (compra de cosa esperada). Cuando las partes condicionan el contrato a la existencia de la cosa. Solo habrá intercambio si la cosa deviene real. Ej. Compraventa de casa a construir.

b) *Emptio spei* (compraventa de esperanza). Es el caso de las partes celebran el contrato con independencia de que la cosa llegue a existir. Ej. Compraventa de la cosecha de naranja del año que viene; si la cosecha se malogra igualmente habrá que pagar el precio estipulado.

El primer supuesto se trataría de un contrato *commutativo* mientras que en el segundo sería *aleatorio*.

2º) Licitud. La cosa ha de tratarse de lícito comercio (*res intra commercium*) a tenor de lo establecido en el mencionado art. 1.271 CC. Lo que supone que no sería válida una compraventa cuyo objeto fuera droga o armas.

3º) Cosa determinada o determinable. El art. 1445 exige que la cosa sea determinada; si bien no se exige que lo sea en el preciso momento del contrato, lo que exige es que lo sea sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes (CASTÁN). Lo único exigible es que queden sentados en el contrato los criterios de determinación futura, bien sean de tipo objetivo (por referencia a una cosa o circunstancia) o subjetivos (por encomendarla a una persona) (LACRUZ).

4º) Propiedad de la cosa. El Código guarda silencio respecto a si el vendedor ha de ser propietario de la cosa vendida. La mayoría de la doctrina estima que no es necesario que el vendedor sea el propietario; esto es así porque este contrato es meramente productor de obligaciones, puesto que por si solo, sin la tradición, no transmite la propiedad de la cosa vendida. La compraventa solamente genera la obligación de entrega de la cosa y si el comprador en el momento de la perfección de contrato no es propietario siempre puede adquirirla posteriormente y cumplir con la obligación de su entrega. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). Además la usucapión permite sanar el efecto de la ineficacia de la venta por la ajenidad de la cosa (LACRUZ).

Este es un punto muy polémico y tanto en la doctrina como en la jurisprudencia podemos encontrar opiniones totalmente enfrentadas con relación a la compraventa de cosa ajena.

### **b) El precio.**

Los requisitos del precio son los siguientes:

1º) El precio de la compraventa ha de ser **cierto**: «...en dinero o signo que lo represente» (1.445). La certeza del precio no significa que esté determinado en el momento de celebrarse el contrato, sino que el mismo se pueda determinar sin necesidad de un nuevo convenio para determinarlo. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La inexistencia de precio (incluso el precio irrisorio) determina la ausencia de causa y ocasiona la nulidad absoluta del negocio de compraventa (LACRUZ). Así sucede en las compraventas simuladas que en realidad encubren una donación porque no existe precio.

2º) El precio ha de ser **determinado**. No obstante el Código admite que el mismo puede determinarse: bien en referencia a una cosa cierta (Art. 1447) o bien dejándose al arbitrio de un tercero (art. 1447) (CASTÁN).

3º) El precio ha de tener carácter **pecuniario**, en dinero o signo que lo represente; dentro de esta última expresión se comprenden todos aquellos documentos o títulos que incorporen créditos dirigidos específicamente al pago de una suma de dinero (LÓPEZ Y LÓPEZ). *Ej. Tarjeta de crédito, cheque, letra de cambio, pagarés u otros títulos valores.*

En el supuesto en que el precio consistiese en una cosa nos encontraríamos ante una permuta y no ante un contrato de compraventa.

### **2.3.- Elementos formales.**

La compraventa por tratarse de un contrato consensual se perfecciona por el mero consentimiento y **no** está **sujeta** a ningún **requisito de forma**, por lo que se le aplicará con carácter general lo estipulado en los arts. 1278 a 1280 del Cc. (CASTÁN). La compraventa de una casa es tan válida si se realiza verbalmente como si se efectúa mediante escritura pública.

No obstante cabe que la escritura pública sea requisito esencial de la compraventa, cuando las partes pacten que hasta que se otorgue aquella no se perfeccione el contrato. Además, en el caso de la compraventa de bienes inmuebles las partes podrán compelerse a elevar el documento a escritura pública (art. 1.279 CC).

## **§3. -MOMENTO DE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO.**

### **3.1. La perfección.**

La concurrencia de todos los elementos personales, reales y formales determina la perfección del contrato. El momento de la **perfección** del contrato es el de la **prestación del consentimiento**. El **art. 1.450** establece que «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado»

Una excepción a esta regla son los casos en los que, por voluntad de las partes o de la ley, se celebra la venta bajo una **condición suspensiva** y la venta no se perfecciona hasta el momento del cumplimiento de la condición (CASTÁN). Ej. Compraventa de terrenos condicionada a que se recalifiquen los mismos y se pueda edificar en los mismos.

### **3.2. Consecuencias de la perfección.**

La perfección de la compraventa supone la exigibilidad de una los derechos y obligaciones específicos de ese contrato. Además se producen los siguientes efectos (LACRUZ):

- a) El comprador tiene derecho a los frutos de la cosa desde el día en que era exigible la cosa (art. 1.468 y 1.095)
- b) Los riesgos de pérdida de la cosa pasan al comprador desde ese instante (art. 1.452 CC).

## **§ 4.- OBLIGACIONES DEL VENDEDOR: LA ENTREGA.**

Las dos obligaciones del vendedor son la **entrega** y el **saneamiento** de la **cosa vendida** (art. 1.461).

### **4.1.- La forma de la entrega o tradición.**

La **entrega de la cosa** significa ponerla en poder y posesión del comprador (Art. 1.462). Al acto de la entrega se le denomina **tradición o modo**. En nuestro ordenamiento

jurídico la concurrencia de la entrega de la cosa (modo) y el contrato (título) produce como efecto de la transferencia de la propiedad (art. 609 Cc.).

Así la STS de 22 diciembre (RJA 2000\10136) establece que «para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, **estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1095)**; no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, **si bien admite éstas en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del art. 1462**, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato.

La tradición puede ser **real o ficticia**. Es real cuando se produce la entrega material de la cosa, lo que según el art. 1462 tiene lugar cuando se pone aquella en «poder y posesión» del comprador.

En el Código podemos encontrar las siguientes **formas de tradición**. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN):

**1º.- Traditio real:** Es la entrega real y efectiva, una **entrega material**, que puede tener varias facetas: la aprehensión u ocupación de un inmueble y el "*paso mano a mano*" de los muebles. Lo que el Código Civil llama "*puesta en poder y disposición*" (art. 1.462.1º).

**2º.- Traditio simbólica o "tradicio ficta"**, cuando la transmisión del dominio no ligada al traspaso material de la cosa, sino a la *entrega de una cosa accesorio*.

a) La entrega de llaves del lugar en que se hallen guardados los muebles (art. 1463), aunque también cabría ampliar extender este supuesto a la entrega de llaves de los inmuebles. En ese sentido la STS de 14 marzo de 2003 (RJ 2003\2747) establece que: «*Las fórmulas reducidas de tradición que refiere el artículo 1462 del Código Civil no son «numerus clausus» y comprende diversas modalidades como son la entrega de llaves*»

b) La entrega de los documentos de pertenencia del art. 1464Cc.), o el supuesto del art. 1462.2 referido a los bienes incorpóreos.

**3º.- Acuerdo de las partes.** Al referirse a la tradición de bienes muebles el art. 1.463 dice que la tradición se efectuará por el solo *acuerdo o conformidad de los contratantes*, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante, o si el comprador ya la tenía en su poder por algún motivo (*brevi manu*).

**4º.- Otorgamiento de escritura pública o tradición cartular.** Según el art. 1.462 el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa "si de la misma... no resultare o se dedujere lo contrario". El precepto es aplicable tanto a los bienes muebles como a los inmuebles.

#### **4.2. Otras reglas sobre la entrega.**

La cosa ha de ser entregada en el estado en que se hallaba al celebrarse el contrato (art. 1.468) y con todo lo que se haya expresado en el mismo; además, los **frutos** desde tal momento, pertenecen al comprador (arts. 1.468 y 1.469). Asimismo han de entregarse los **accesorios** de la cosa aunque no hayan sido determinados (art. 1.097) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Asimismo se incluye en la obligación de **entrega la de los títulos de pertenencia y la documentación** precisa (por ejemplo, para inscribir en el Registro de la Propiedad, o en ciertas máquinas o vehículos, para poder ser usados); dicha obligación no se recoge explícitamente en el Código, pero se deduce del artículo 1.258 CC (O'CALLAGHAN)

Los **gastos de entrega de la cosa vendida** son de cuenta del vendedor; los de su transporte o traslación a otro lugar, son de cuenta del comprador (Art. 1465).

#### **4.3.-Los defectos y excesos de cabida.**

El CC establece una serie de reglas que sólo son de aplicación a los inmuebles, para el caso en que se produzcan diferencias entre la cabida real y la pactada.

##### **A) Defectos y excesos de cabida en inmuebles vendidos por unidad de medida:**

La **disminución de cabida** aparece regulada en el **artículo 1469-2º**: «...*Si la venta de bienes inmuebles se hubiese hecho con **expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número, 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 de la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble. [...]***»

El **aumento de cabida** es contemplado en el **Artículo 1470 CC.**: «Si, en el caso del artículo precedente, resultare mayor cabida o número en el inmueble que los expresados en el contrato, el comprador tendrá la obligación de pagar el exceso de precio si la mayor cabida o número no pasa de la vigésima parte de los señalados en el mismo contrato; pero, si excedieren de dicha vigésima parte, el comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble, o desistir del contrato».

##### **C) Defectos y excesos de cabida en inmuebles vendidos por precio alzado y como cuerpo cierto.**

Este supuesto aparece regulado en el artículo 1471 CC: «*En la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato...*».

Las acciones que nacen de los tres artículos anteriores prescribirán a los seis meses, contados desde el día de la entrega (art. 1472).

## § 5.- EL SANEAMIENTO.

El *saneamiento* es una **obligación complementaria** a la de entrega; según se establece en el art. 1461; esta disposición es desarrollada por el art. 1.474 que establece que «en virtud del saneamiento...el vendedor responderá al comprador:

1º de la **posesión** legal y pacífica de la cosa vendida.

2º de los **defectos o vicios ocultos** que tuviere».

El vendedor debe entregar la cosa en el estado físico y jurídico que las partes presuponían al contratar. El vendedor ha de **garantizar** al comprador frente a las **perturbaciones** de la **titularidad** adquirida y a los **defectos** con los que no se hubiera contado ni si hubiera podido razonablemente contar. La expresión saneamiento significa hacer la cosa sana. Todo ello no es sino una prolongación del deber de entrega, la garantía de su efectividad jurídica y económica (LACRUZ).

El Código al regular el saneamiento lo hace como un remedio y una responsabilidad objetiva que prescinde de la culpa del vendedor; la existencia de culpa únicamente agrava la responsabilidad de aquél (art. 1.478-5º) (LACRUZ).

El **saneamiento** no sólo es un efecto característico de la compraventa, sino que es **aplicable** en general a los **contratos traslativos de dominio a título oneroso**. El Código aplica sus principios, entre otros, a la permuta (art. 1540 y a la donación onerosa. (Art. 638). (CASTÁN). También es aplicable a otros contratos como el arrendamiento (art. 1.533), la enfiteusis (art. 1463), la sociedad (art. 1681), y las particiones hereditarias (art. 1069 y 1071).

### 5.1.- Saneamiento por evicción.

1.- Concepto.- La expresión evicción proviene del latín *evincere*, (vencer en juicio) y significa, la pérdida de un derecho como consecuencia de una sentencia condenatoria. (CASTÁN).

El fundamento de la evicción se encuentra, según LACRUZ, en que si el Código no exige al vendedor transmitir la propiedad de la cosa, y consiente la venta de cosa ajena, impone al menos la obligación de garantizar al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa vendida (art. 1474-1º)

La evicción que da lugar a la obligación de saneamiento, es según el art. 1.475 la *privación (de todo o parte) de la cosa que había adquirido el comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la venta*. Ej. A vende y entrega una finca B, pero poco después C, inicia un pleito y obtiene una sentencia favorable en la que se le reconoce como el verdadero propietario desde hace años y que la finca ha sido vendida sin su conocimiento.

2.- Requisitos.- Para que tenga lugar la obligación de saneamiento por evicción, se exigen los siguientes requisitos:

- a) la privación de la cosa, que puede ser total o parcial.
- b) que lo sea por sentencia firme;

- c) que se notifique la interposición de la demanda de evicción al vendedor (la demanda se interpone contra el comprador, pero éste la debe notificar al vendedor: arts. 1.481 y 1.482).
- d) que todo ello se produzca en base a un derecho adquirido con anterioridad a la entrega de la cosa.

3.- Efectos.- Concurriendo los anteriores requisitos, el vendedor debe cumplir su obligación de saneamiento, a no ser que antes del contrato se haya renunciado a ello por el comprador (arts. 1.476 y 1.477), puesto que la **obligación por saneamiento** es de **carácter dispositivo**.

En caso de **evicción total (art. 1.478)** el vendedor deberá restituir al comprador: el precio de la cosa, gastos del contrato si los había pagado el comprador, frutos de la cosa si el comprador ha sido condenado a entregarlos al que reclamó la cosa y costas del proceso si el comprador ha sido condenado a pagarlas en el proceso de evicción; si el **vendedor** había obrado de **mala fe**, le pagará también los daños intereses y gastos voluntarios.

En caso de **evicción parcial (art. 1.479)**, el comprador tiene los mismos derechos que en la evicción total pero en proporción a la parte perdida de la cosa; pero si se ha perdido una parte tal importancia al resto de la cosa que sin ella no la hubiese comprado, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato.

### **5.2.- Saneamiento por gravámenes ocultos.**

El Código en el **art. 1.483** regula el supuesto de que la cosa vendida presente un **gravamen** (servidumbre, usufructo) **oculto**.: «Si la finca vendida estuviese **gravada, sin mencionarlo la escritura**, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deberá presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente»

Los **requisitos** para la obligación de **saneamiento por el gravamen oculto** son los siguientes (CASTÁN):

- a) Que el gravamen esté constituido por con alguna carga o servidumbre, por lo que en principio se refiere sólo a cosa inmueble y que esta carga o gravamen sea un derecho real.
- b) Que la carga o gravamen sea oculta, lo que implica que no se mencione en el contrato de compraventa, ni la conozca el comprador, ni sea aparente, ni esté inscrita en el Registro de la Propiedad (que se presume conocido por todos).
- c) Que deba presumirse que no habría adquirido la cosa el comprador de haber conocido la existencia del gravamen.

El comprador de la cosa con gravámenes ocultos dispone, a su elección de dos acciones: la de **rescisión** del contrato o la de **indemnización**, que será el valor del gravamen que tiene que soportar.

El plazo para tales acciones es de caducidad, de un año, a contar desde la celebración del contrato.

Transcurrido el año sólo podrá ejercitar la acción de indemnización, contando con un



plazo de un año que se contará no desde el final del plazo anterior sino desde el descubrimiento del gravamen. (LACRUZ)

### 5.3.- Saneamiento por vicios o defectos ocultos.

#### A) De cosas.

La presencia oculta, en la cosa vendida, de defectos desconocidos por el comprador, (Ej. Coche que no funciona bien por defectos en algunas piezas, animal con una enfermedad no manifiesta en el momento de comprarlo), comporta un incumplimiento (o incumplimiento defectuoso) que puede dar lugar incluso a la resolución del contrato por aplicación de las normas generales del art. 1124 cc o incluso por error o dolo en la compraventa si se estuviese ante uno de esos supuestos (LACRUZ).

Nuestro ordenamiento, adicionalmente impone al vendedor una obligación específica de saneamiento para estos casos. Si bien la nota diferenciadora **con el incumplimiento contractual** será la de establecer una responsabilidad ajena a la idea de culpa. (Art. 1.485-1 y 1.486-2º) (LACRUZ)

El **fundamento** del saneamiento por vicios o defectos ocultos, se encuentra en que el vendedor debe proporcionar también la posesión de la cosa de acuerdo con su apariencia, es decir, las características aparentes de la cosa vendida, lo que supone que no tenga vicios ocultos. (art. 1.484) (O'CALLAGHAN).

Los vicios ocultos se regulan por el **art. 1484**: *«El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la **hacen impropia** para el uso a que se la destina, o si **disminuyen** de tal modo este **uso** que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos».*

#### **Requisitos para el saneamiento de los vicios ocultos (LACRUZ) :**

A) Que trate de vicios o defectos de la cosa, por vicio se entiende aquella anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad.

Los arts. 1484 y ss sólo se aplican a los vicios o defectos de la cosa, pero no a aquellos supuestos de **inhabilidad del objeto entregado**, o que causen una total insatisfacción del comprador o por ineptitud del objeto para el desempeño de la función que motivó su adquisición, situaciones que la jurisprudencia considera como prestación diferente (*aliud por alio*) a las que deberá aplicarse las normas del incumplimiento total o incumplimiento inexacto.

B) Que el vicio sea oculto, que significa que la cosa vendida tenga un defecto no manifiesto, que no lo conozca el comprador ni deba conocerlo por estar a la vista o por razón de su profesión u oficio.

C) Que el vicio sea grave, en el sentido de que: a) la cosa sea impropia para el uso a que se la

destina o b) disminuya de tal modo su valor (ese uso) que, de haberlo conocido el comprador, no la habría comprado o habría pagado menor precio.

D) Que el vicio sea preexistente, es decir, que exista ya en el momento en que se celebra el contrato de compraventa.

Las partes pueden pactar la renuncia a la responsabilidad por vicios ocultos, pero este pacto es nulo si el vendedor conocía los vicios (art. 1.485-2º).

### **Efectos del saneamiento por vicios ocultos.**

Si se da la situación con los requisitos vistos, el comprador tiene **dos opciones** frente al vendedor (O'CALLAGHAN):

**A.-** puede *resolver el contrato (acción redhibitoria)* y por tal resolución se devolverá la cosa con vicios y el vendedor le devolverá el precio y los gastos y, además, si éste hubiera tenido mala fe (conocía los vicios ocultos y no los manifestó al comprador), indemnizará daños y perjuicios;

**B.-** o bien puede *exigir que se le rebaje una cantidad proporcional del precio (acción estimatoria)* (art. 1.486) y si la cosa llegó a perderse por causa de los vicios ocultos, el comprador puede exigir que se le devuelva el precio y los gastos, y si hubo mala fe del vendedor, indemnización de daños y perjuicios (art. 1.487).

El **plazo** para el ejercicio de estos derechos (es decir, de las acciones redhibitoria y estimatoria) es el de caducidad de **seis meses**, desde la entrega de la cosa vendida (art. 1.490).

### **B.- Saneamiento por vicios ocultos de animales y ganados.**

Además del **art. 1.491 CC** trata de forma separada los vicios ocultos de los ganados y animales, cuya regulación es distinta de las cosas inanimadas aunque próxima. En este supuesto se distingue entre vicios que dan lugar a la **anulación** del contrato y los propiamente **redhibitorios**.

**A) Vicios que anulan la venta.** El art. 1.494 establece que: «*No serán objeto del contrato de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas. Cualquier contrato que se hiciera respecto de ellos será nulo.*

*También será nulo el contrato de venta de los ganados y animales, si, expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo».*

**B) Vicios redhibitorios.** Varios preceptos regulan este supuesto. El art. 1 el 1495 dice que: «Cuando el vicio oculto de los animales, aunque se haya practicado reconocimiento facultativo, sea de tal naturaleza que no basten los conocimientos periciales para su descubrimiento, se reputará redhibitorio». Lo que supone que podrá obtener una rebaja proporcional del precio

## **§ 6.- OBLIGACIONES DEL COMPRADOR.**

La principal obligación del comprador es la de **pagar un precio cierto** por la cosa (arts. 1445 y 1.500), si bien no es la única obligación puesto que **también** está obligado: a **pagar intereses** en los supuestos del art. 1501; a **recibir la cosa vendida**, como deber de

colaboración al cumplimiento de la correlativa obligación del vendedor (en caso contrario incurre en mora accipiendi); a satisfacer ciertos **gastos**. (LACRUZ).

### ***6.1. - El pago del precio.***

La **obligación de pago del precio** es la esencial del comprador (arts. 1.445 y 1.500), si se sustituye por otra prestación el contrato deja de ser de venta para convertirse en donación, permuta, etc.(LACRUZ ).

El pago se debe hacer en el tiempo y lugar fijados en el contrato y si nada se ha pactado, en el tiempo y lugar donde se haga la entrega de la cosa vendida. (O'CALLAGHAN). Mediante pacto puede anticiparse o aplazarse ese pago respecto del momento de la entrega de la cosa; asimismo puede pactarse que la cosa, si su naturaleza lo admite, se entregue de forma fraccionada. (LACRUZ)

Si antes de pagar el precio, el comprador fuese perturbado en la posesión o dominio de la cosa que ya hubiera recibido o tuviera fundado temor de serlo, puede suspender el pago del precio, a no ser que se hubiese pactado la exclusión de este derecho (art. 1.502). (O'CALLAGHAN)

### ***6.2- El pago de intereses.***

El comprador, según el art. 1.501, debe pagar intereses del precio en tres casos: 1º.- Si así se hubiera convenido. Es el caso en que se compra algo y se aplaza el pago del precio, pero con el recargo de intereses. Son los **intereses convencionales**. 2º.- Si la cosa vendida, y entregada produce fruto o renta . Son los «**intereses compensatorios**. 3º.- Si el comprador se hubiera constituido en mora. Son los **intereses moratorios**, aplicación de la norma general contenida en los artículos 1.100 y 1.108.

Este precepto carece de aplicación práctica cuando la cosa y el precio se entregan simultáneamente. (LACRUZ )

### ***6.3. El pago de gastos.***

El comprador debe pagar los gastos de transporte o traslados (que no sean gastos de entrega de la cosa, los cuales son a cargo del vendedor) (art. 1.465).

También debe pagar, salvo pacto en contrario, los gastos de primera copia de la escritura (los de la escritura son a cargo del vendedor) y los demás posteriores a la venta (art. 1.455) como el de inscripción en el Registro de la Propiedad.

También debe pagar el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados y el I. V.A.

### ***6.4.- Suspensión del pago del precio.***

El comprador puede **suspender** la entrega del precio en el supuesto contemplado por

el **artículo 1502**: «*Si el comprador fuere 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 el 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*».

Según LACRUZ la razón de ser de este precepto ese encuentra en la recíproca interrelación entre las dos prestaciones principales de la compraventa y, en el sinalagma funcional del que deriva la excepción de contrato no cumplido.

## § 7.- LAS GARANTÍAS DEL VENDEDOR.

### 7.1. La resolución por peligro de pérdida de la cosa y del precio.

Según el art. 1.503: «*Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124.*»

Según, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, este precepto es una excepción al art. 1.124 puesto que todavía no se ha incumplido y ya se puede solicitar la resolución del contrato.

### 7.2. El pacto de *lex commissoria* con condición resolutoria por falta del pago del precio de la compraventa de inmuebles.

El pacto comisorio en la compraventa o condición resolutoria expresa es una cláusula por la que se establece que **la falta de pago del precio** en el plazo (o plazos) establecido producirá de forma automática la **resolución de la compraventa**. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). El *comiso* se refiere en concreto a la estipulación por la que el comprador se queda con el dinero que hasta el momento de la resolución se le ha entregado al vendedor (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El artículo 1504, contempla la posibilidad del **pacto comisorio**, si bien con ciertas particularidades, puesto que no produce la resolución de forma automática, sino que produce un efecto beneficioso para el comprador, le concede un nuevo plazo al deudor en tanto que no sea requerido, judicial o extrajudicialmente de pago (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN):

Establece el art. 1.504 que: «En la venta de bienes inmuebles aun cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la **resolución del contrato**, el comprador podrá pagar, aun después de expirar el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término».

El art. 1.504 se aplica a todos los supuestos de compraventa de inmuebles, aun cuando las partes no hayan incluido ningún pacto comisorio. (GARCÍA CANTERO). El pacto de *lex commissoria* es inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 11 LH), siendo oponible a todo comprador del inmueble. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

A ) *Relación con el art. 1.124 Cc.*

Este precepto, según LACRUZ, concede al vendedor una posibilidad de resolución sujeta a un régimen distinto al general de resolución del art. 1.124 para toda clase de contratos bilaterales.

El TS ha considerado que:

a) el **art. 1.504** en cuanto norma especial, es de **aplicación preferente respecto del 1.124** que es la norma general: \*SSTS. 7 junio 1963, 7 marzo y 5 mayo 1983 y 7 febrero 1984. (LACRUZ). **actualizar**

b) que ambos preceptos son **complementarios** siendo el 1.504 la especie concreta para la venta de inmuebles, de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones establece el 1.124., (LACRUZ) funcionando el requerimiento de aquél como un *plus* para garantía del comprador sobreañadido al supuesto de la regla general del 1124 (por ejemplo, SSTS. 30 marzo 1981 y 6 noviembre 1984).

El **art. 1.504** supone un **pacto**, un acuerdo de las partes al celebrar el contrato, sobre el hecho de que el **incumplimiento operará, en el mismo instante de producirse, como una condición resolutoria en favor del vendedor.**

Condición que, al precisar de la voluntad del vendedor en cuestión, no produce la resolución en el momento mismo del incumplimiento, pero **en cambio sí la produce con efecto retroactivo a ese momento**, y, sobre todo, una vez inscrita la cláusula en el Registro, la produce frente a terceros, lo que representa una diferencia esencial con el modo de operar y la virtualidad del art. 1.124.

Opina ROCA SASTRE, con razón, «que el pacto envuelve el establecimiento de una *condición resolutoria potestativa* por parte del vendedor impagado, porque el efecto resolutorio solamente se produce si el vendedor *decide optar por la resolución* y no por la *acción de cumplimiento* del contrato, o sea, por cobrar el precio aplazado que se le debe (*pecunia debita*).

B) *Requisitos o presupuestos para la producción del efecto resolutorio.*

1) Que se trate de **venta con precio aplazado** (total o parcialmente). Puesto que si la entrega del precio tiene lugar al mismo lugar que la de la cosa (pago al contado) no tiene razón de ser el pacto comisorio. (LACRUZ) Ha de tratarse de una compraventa perfeccionada. (GARCÍA CANTERO)

2) Que haya **falta de pago**, total o parcial, **del precio** en el **tiempo convenido**. (LACRUZ)

3) Haber **cumplido** el **vendedor puntualmente** las **obligaciones de su cargo**, tal como se exige para la resolución ex art. 1.124, «por ser el 1.504 una particular aplicación de éste» (SS. 8 noviembre 1982 y 4 febrero 1984, que cita muchas). (LACRUZ)

4) No es suficiente cualquier incumplimiento por parte del comprador de su obligación de pagar el precio, o simple retraso en el pago (S. 30 marzo 1981: la simple mora en el pago del precio no es suficiente para el efecto resolutorio), sino que la jurisprudencia ha establecido la

necesidad de que exista **una voluntad deliberadamente rebelde y obstativa** al cumplimiento de la obligación del pago, y que éste sea **imputable al deudor.**» (S. 7 febrero 1983; 30 marzo y 3 abril 1981, 10 noviembre 1982, (LACRUZ)

5) Un **requerimiento, judicial o notarial, del vendedor** al comprador, realizado una vez haya expirado el plazo previsto para el pago del precio, por el que se le manifiesta que ha decidido optar por la resolución. (LACRUZ). No obstante el vendedor igual que sucede en el art. 1124, podrá optar entre la resolución o el cumplimiento del contrato mediante la percepción del precio aplazado.

Se ha admitido por la jurisprudencia que el comprador en el requerimiento pueda ofrecer al comprador un nuevo plazo, y una vez vencido el mismo no será necesario un nuevo requerimiento, considerándose automáticamente resuelto el contrato.

C) *Efectos.* Una vez realizado el requerimiento en la forma indicada, cesa para el comprador la posibilidad de obtener una prórroga del plazo, que de no existir en este precepto, podría otorgarse de acuerdo con el art. 1.124 cc. (GARCÍA CANTERO).

Los efectos de la resolución del contrato, en cuanto a la restitución de la cosa con sus frutos, se rige por las reglas generales del art. 1.124 cc. Si se estipuló pacto comisorio, habrá que atenerse a lo pactado en el mismo, en orden a la pérdida de los plazos ya abonados, si bien al considerarse este pacto como una cláusula penal cabrá la moderación judicial. (GARCÍA CANTERO)

La resolución tendrá efectos retroactivos al momento de celebración del contrato. (GARCÍA CANTERO).

**C. Resolución de la compraventa de bienes muebles.** Según el art. 1.505: *«Respecto de los bienes muebles, 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 mayor dilación.»* También está el precepto guarda relación con el art. 1.124, al que no excluye. Obsérvese que la resolución que regula el precepto es sólo la «en interés del vendedor».

Para la aplicación del art. 1.505 se requiere (GARCÍA CANTERO):

1º.- Que se trate de venta de **bienes muebles** (en sentido amplio).

2º.- Que no se haya hecho entrega de la cosa ni del precio (en otro caso, procederá recurrir al art. 1.124);

3º.- Que se haya señalado un plazo para la entrega de la cosa (aludido en el propio precepto), sea convencional o judicial (ex art. 1.128-1.).

4) Que el comprador haya incurrido en mora, la cual puede tener dos manifestaciones :por no presentarse a recibir la cosa *dentro* de (más que antes de vencer) el término señalado, o por no pagar el precio, siendo indiferente la causa (culpable o no) de la mora del comprador.

b) El efecto es la resolución de la venta en interés del vendedor: luego puede éste ejercitarla o no; es derecho potestativo suyo.

Puede, incluso, declinando ese derecho, pedir el cumplimiento del contrato. La resolución se

produce, en su caso, de forma automática: no es preciso haberla pactado; y no precisa tampoco de previo requerimiento (a diferencia del art. 1.504). Habrá lugar a indemnización de daños y perjuicios si se hubieren producido y probaren, por aplicación del art. 1.124 (LACRUZ)

## § 8.- LOS PACTOS EN LA COMPRAVENTA

Los contratantes pueden establecer, entre otros, los siguientes pactos:

**8.1. Promesa de venta** El artículo 1.451 prevé la promesa de venta. Es una especie del precontrato. En una idea inicial, el precontrato es el acuerdo de las partes por el que se obligan a celebrar un futuro contrato.)

**8.2.- Pacto de arras.-** En la compraventa se puede añadir de **pacto de arras**, en garantía de que las partes cumplirán sus respectivas obligaciones.

El Cc. las contempla (art 1.454) como una cantidad que al celebrar contrato, el comprador entrega al vendedor; de manera que si el comprador no cumple (no paga el precio) las pierde; si el vendedor no cumple (no entrega la cosa) las devuelve duplicadas.

Distinto a las arras, es la entrega de una parte del precio a cuenta. Si al celebrar el contrato de compraventa se entregó una cantidad, se entiende que lo fue en concepto de parte del precio, a no ser que conste claramente que lo fue en concepto de arras.

### **8.3. Pacto de reserva de dominio.**

Las partes pueden pactar que la adquisición de la propiedad de la cosa por el comprador no se produzca hasta que éste pague el precio, manteniendo el vendedor hasta este momento su propiedad.

Es decir, que aunque el vendedor haya entregado la cosa, se reserva el dominio de la misma hasta que el comprador pague el precio. El comprador adquirirá la propiedad cuando pague el precio.

Es una compraventa sujeta a una condición suspensiva, en virtud de la cual el pago del precio por el comprador es la condición de la que depende la adquisición por éste de la propiedad de la cosa. Mientras está pendiente la condición (el comprador aun no ha pagado) la propiedad de la cosa la sigue teniendo el vendedor, aun cuando no tenga su posesión. El comprador tiene la posesión de la cosa, pero no su propiedad.

Si no paga, el vendedor podrá reclamarle el precio, o bien podrá recuperar la cosa que seguía teniendo de su propiedad y resolver el contrato (por el incumplimiento, solución prevista con carácter general en el art. 1.124).

### **8.4. La compraventa con pacto de retro.**

También denominada **venta a carta de gracia o pacto de retroventa**, es una compraventa ordinaria a la que se ha añadido el pacto de retro, que es aquel por el que el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida (art 1.507), dando lugar al retracto convencional.

El vendedor, una vez vendida y entregada la cosa, tiene el derecho de volver a adquirirla en el plazo y con el precio fijado. Es el retracto convencional, nacido del pacto de retro, unido a la compraventa.

## § 9.- COMPRAVENTAS ESPECIALES

La compraventa puede ser *civil* o *mercantil*, la primera la regula el derecho civil y la segunda se aplica cuando la operación constituye un acto de comercio (Código de Comercio art. 325 y 326).

**9.1.- Compraventa de bienes muebles a plazos.-** En cualquier tipo de contrato de compraventa se puede pactar que el precio (o la entrega de la cosa) se aplaze en el tiempo o que el precio se fraccione y se vaya pagando en periodos sucesivos de tiempo. Pero si se trata de una cosa mueble corporal, no consumible, identificable y no destinada a la reventa (como el electrodomésticos o el vehículos) puede acogerse a la Ley de venta a plazos de bienes muebles **Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles** que ha derogado la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 17 de julio de 1965.

La ley de venta a Plazos se aplica a los **bienes muebles corporales no consumibles e identificables**, de los contratos de préstamo destinados a facilitar su adquisición y de las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los mismos. (Art. 1º)

Se entenderá por **venta a plazos** el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo. (art. 3)

El art. 6 de la ley exige que consten por escrito los contratos a ella sometidos. Se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, entregándose a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado.

El consumidor podrá desistir del contrato dentro de los siete días hábiles siguientes a la entrega del bien, (art. 7). Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la mencionada, será necesaria su inscripción en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

### **9.2.- La venta a calidad de ensayo o prueba.**

Según el **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, (*ad gustum*) se presumirán siempre hechas bajo condición suspensiva.

Este precepto regula dos tipos diferentes de venta: la hecha a **calidad de ensayo o prueba**, y la llamada **venta ad gustum**. (LACRUZ)

A) 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 facultad de desistir del contrato. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

B) 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).

## **FALTARÍAN por suministro con pacto de exclusiva**

### **§ 10.- LA PERMUTA.**

#### **10.1. Concepto y regulación.**

El CC dedica unos pocos artículos a la permuta (1.538 a 1.541), en el último de ellos establece que en lo no previsto en los mismos, se aplicarán las normas de la compraventa.

Según el art. 1.538 la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra.

Según LACRUZ, es el prototipo del cambio *in natura*, no sólo de cosa por cosa en sentido material sino también en el jurídico (cosas por derechos). Es esencial a este contrato la ausencia de precio. Según DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, en este contrato hay un *trueque* de derechos de propiedad.

Los caracteres de la permuta son similares a los de la compraventa, de la que difiere esencialmente por la falta de precio. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

No obstante sus caracteres son (LACRUZ) :

Es un contrato *consensual, sinalagmático, oneroso, obligatorio*, que sirve como título que junto con la entrega o puesta a disposición servirá para transmitir la propiedad y, en relación con lo anterior, *traslativo de dominio*.

#### **10.2.- Obligaciones de las partes contratantes**

En la permuta cada una tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa a que se ha obligado.

Como especialidad principal de las obligaciones de los permutantes con relación a la compraventa (pues en lo no previsto se aplican las reglas de ésta), en primer lugar se halla la resolución si uno de ellos acredita que la cosa que el otro se obligó a entregar no era propiedad de éste, puede resolver el contrato y si ya había recibido, la devolverá (art. 1.539).

La permuta, actualmente, apenas tiene aplicación ni trascendencia económica. Ha tenido cierta aplicación la permuta de cosa futura en el ámbito de la construcción, en el que una parte se obliga a transmitir la propiedad de un solar y la otra (un constructor o una inmobiliaria) se obliga a entregarle varios pisos o locales del edificio que va a construir. No obstante, la jurisprudencia actualmente ha dejado de configurar este supuesto como de permuta y lo conceptúa como un contrato atípico *do ut des* (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

## § 11.- La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo

La Ley 23/2003, de 10 de julio de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, cuyo objeto es la transposición al Derecho español de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo. El plazo inicialmente previsto para la aplicación de esta norma en los Estados miembros era el 1 de enero de 2002.

Esta Ley incide, de una parte, en el régimen de los vicios de la compraventa, contemplado en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil, y, de otra, en la regulación de la garantía comercial contenida en los artículos 11 de la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista. El régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código Civil no resulta formalmente alterado, con la publicación y entrada en vigor de la nueva Ley se crea un régimen propio aplicable a la compraventa civil de bienes de consumo celebrada entre consumidores y vendedores profesionales, lo cual reduce sensiblemente el ámbito de aplicación de las normas del Código Civil en este campo (RUBIO TORRANO).

Los arts. 1 y 2 de la Ley consideran «bien de consumo» **cualquier bien mueble corpóreo** excepción hecha de los **bienes vendidos por orden judicial tras un embargo u otro procedimiento**, así como **el agua y el gas cuando no estén envasados en un volumen determinado o en cantidades determinadas y la electricidad**.

La Ley dispone que **los bienes de consumo serán conformes al contrato de compraventa**. **El art. 3** establece una serie de presunciones de conformidad

La falta de conformidad hace responsable al vendedor, reconociendo al comprador-consumidor -en los términos de la Ley- **el derecho a la reparación del bien, a su sustitución, a la rebaja del precio y a la resolución del contrato** (artículo 4). La falta de conformidad concede al consumidor la facultad de optar entre exigir la reparación o la sustitución del bien, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada (art. 5.1); tanto una como otra serán gratuitas para el consumidor (art. 6.a).

La **rebaja del precio y la resolución** del contrato procederán, a elección del consumidor, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia (**art. 7**).

Así pues, el régimen de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC queda igualmente «retocado» en los supuestos de la nueva Ley. El vendedor, en todo caso, responderá de las faltas de conformidad que se manifiesten en un **plazo de dos años desde la entrega** (art. 9.1 de la Ley); la acción para reclamar prescribirá a los tres años desde la entrega del bien (RUBIO TORRANO).

La Ley española atribuye al consumidor la facultad de reclamar directamente al productor la sustitución o reparación del bien.

# TEMA 17:

## ARRENDAMIENTOS

§ 1.-Concepto de arrendamiento.

§ 2.-El arrendamiento de cosas en el Código civil.

§ 3.-Los arrendamientos urbanos en las leyes especiales.

### § 1.-CONCEPTO DE ARRENDAMIENTO.

El Código civil dedica el Título VI del Libro IV a regular el «contrato de arrendamiento». 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. No obstante, la unificación es puramente formal, obedece a razones históricas y falta toda razón de unidad entre los contratos referentes a cosas, a obras y a servicios (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La doctrina moderna prescinde por completo de la artificial unificación que todavía recoge nuestro Código civil, distinguiendo tres tipos contractuales independientes de arrendamiento: el arrendamiento de cosas, servicios y obra.

### § 2.-EL ARRENDAMIENTO DE COSAS EN EL CÓDIGO CIVIL.

#### 2.1.- Concepto.

Según el **artículo 1.543 CC** el contrato de arrendamiento de cosas es aquel 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 intervienen dos sujetos: el **arrendador** que se obliga a ceder el uso de la cosa y **arrendatario** al que lo adquiere (art. 1.546). Es, además, un contrato **consensual**, que se perfecciona por el mero consentimiento, **bilateral** 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 (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El Código civil no regula específicamente el arrendamiento de cosas, sino el *de «finca rústicas y urbanas»*. Actualmente los arrendamientos rústicos y urbanos están regulados por leyes especiales, por lo que por su permanencia en el CC se han convertido en lo que pudiera llamarse una *legislación común* de ellos. En realidad el CC se aplica con carácter residual para los **arrendamientos excluidos expresamente por las leyes especiales**. Este es el caso del art. 5 Lau/1994 y el art. 2/Lau 1.964 (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Potra parte la normativa del Código sobre los arrendamientos rústicos y urbanos es aplicable a los restantes arrendamientos de cosas, con las debidas matizaciones según la

naturaleza de su objeto

## 2.2.-Capacidad para arrendar.

En la persona del **arrendador** han de concurrir los siguientes requisitos:

a) Capacidad para administrar. El arrendamiento es un acto de administración puesto 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) que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años».

b) Junto a la capacidad para concertar el arrendamiento, 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, etc.)

La **capacidad del arrendatario** no se encuentra expresamente regulada. Bastará, por consiguiente, que posea la capacidad general para contratar (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

**Precio sea determinado**, es decir, no indeterminado, aleatorio o contingente. Con relación a la constancia del precio el artículo 1.547 establece que: «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» (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

## 2.3.- Forma

Según el **art. 1.280 CC** - deben constar **por escrito** los arrendamientos cuya renta sea superior a 1.500 pesetas, asimismo 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, pues el adquirente habrá de soportarlos.

La forma en ningún caso es elemento constitutivo del contrato de arrendamiento, (ya que éste no es un contrato formal sino consensual), no obstante a las partes siempre les asiste la posibilidad de compelerse recíprocamente para elevar a forma escrita o escritura pública los contratos de arrendamiento una vez perfeccionados (art. 1.279) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

## 2.4.- Derechos y obligaciones de las partes.

El **arrendador** está **obligado** (art. 1.554):

1º.- A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato.

2º.- 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.

3º.- A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento todo el tiempo de contrato.

El **arrendatario** está **obligado** (art. 1.555):

1º.- A **pagar el precio** del arrendamiento en los términos convenidos.

2º.- 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 cosa arrendada, según la costumbre de la tierra.

3º.- A **pagar** los gastos que ocasionen la escritura del contrato.

## **2.5.- Finalización del arrendamiento.**

El **arriendo termina** por las siguientes causas:

**A) Vencimiento del plazo.** 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 arrendatario se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1.577 y 1.581, a menos que haya precedido requerimiento».

Establece el art. 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».

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 (art. 1.567).

**B) resolución del contrato.**-El incumplimiento de las obligaciones fundamentales, a cargo del arrendador y arrendatario, determina la sanción del artículo 1.556; podrán pedir, respectivamente, la rescisión (propriadamente 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).

**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.

El arrendamiento sólo será oponible frente al comprador, por lo que el artículo 1.571 no se aplicará, si el arrendamiento está inscrito en el Registro de la Propiedad o. cuando así se haya pactado en el contrato de venta (entre arrendador-propietario y comprador).

**D) Pérdida de la cosa arrendada.** El artículo 1.568 establece 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 siguen la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 (art. 82) y la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (art. 28) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

A la pérdida o destrucción material debe equipararse la imposibilidad del 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) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

**E) Muerte del arrendador o arrendatario.**-Guarda silencio el Código civil sobre si estos hechos son causa de extinción del contrato. La doctrina más generalizada sostiene la extinción, transformando el arrendamiento en un contrato *intuitus personae*. (Díez-Picazo y Gullón)

## **2.6.-La terminación 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 (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

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 (arts. 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, así 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 (arts. 487 y 488) .

## **2.7.- El desahucio del arrendatario.**

El **artículo 1.569 CC** permite al arrendador desahuciar al arrendatario y recuperar la cosa mediante un procedimiento breve, rápido y sencillo regulado en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en el art. 250, que al establecer el ámbito del juicio verbal dice que: «1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 1. Las que, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractualmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana, dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca ».

a) **Expiración del término convenido.**-La jurisprudencia reconoce igualmente legitimación al comprador que quiera hacer uso del artículo (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 y otra, de **desahucio** dirigida a recuperar la posesión de la cosa con el consiguiente lanzamiento del arrendatario.

Estas dos acciones **no** son **incompatibles** entre sí, por lo que el ejercicio de una no imposibilita la utilización la otra ni mucho menos implica su renuncia (S. de 7 de diciembre de 1963,1

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.

d) **Destinar la cosa arrendada a usos o servicios no pactados** que la hagan o no sujetarse en su uso a lo que se ordena en el artículo 1.555.

### **2.8.- Subarriendo y cesión del arrendamiento.**

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, el de arrendamiento, 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) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

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 entre 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). (Díez-Picazo y Gullón).

El **subarriendo se extingue**, además, por las causas de todo arrendamiento.

Distinta del subarriendo es la **cesión del arrendamiento**. En la cesión hay una sucesión en la titularidad del contrato, porque el arrendatario se desliga de su posición de parte en el



mismo asumiéndola el cesionario. (Díez-Picazo y Gullón) «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.»

## **2.9.- Disposiciones especiales para los arrendamientos urbanos.**

**A) 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».

**B) 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 arrendadas».

## **§ 3. LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS EN LAS LEYES ESPECIALES.**

### **3.1. La intervención estatal en los arrendamientos.**

La escasez de viviendas y locales, tras la guerra civil, obligó al Estado a intervenir por vía legislativa en la contratación arrendaticia, con el objeto de proteger al inquilino y arrendatario en su deseo de mantenimiento del contrato, evitando con ello el desahucio masivo de arrendatarios al término del período convencional del arrendamiento que hubiera originado situaciones insoportables por aquella escasez.

De ahí que las sucesivas leyes de arrendamientos que se promulgaron en adelante concedieron al inquilino o arrendatario un **derecho de prórroga, obligatoria para el arrendador y potestativa para aquél**, que hacía prácticamente interminable el arrendamiento, si se tiene en cuenta el derecho de subrogarse a la muerte del inquilino o arrendatario que se otorgó a determinados familiares o herederos (para el local de negocio) del mismo. También, en aras de la protección del arrendatario, se **congelaron las rentas**, de modo que la pactada era la que iba a regir durante toda la larga vida del arrendamiento. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Las consecuencias de esa política han sido funestas, pues desaparecieron del mercado los nuevos arrendatarios, quedando tan sólo los denominados de renta antigua. Obligando a los que pudieran haberlo sido en condiciones normales a cuantiosos desembolsos para la adquisición de viviendas en propiedad. Por otra parte, dada la absoluta y total protección del inquilino, los contratos de arrendamiento que se celebraban lo eran en unas condiciones de renta muy superiores a las que en un mercado normal se hubieran estipulado.

La política de protección del arrendatario, partía del presupuesto de que la clase económica de los arrendadores era la que tenía que sacrificarse por el bienestar de aquéllos, se mantuvo hasta que se promulga el **Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (L.A.U.), aprobado por Decreto 4.104/1964**, de 24 de diciembre, que si bien suavizó un tanto las condiciones de los arrendadores, al permitirse la actualización de las rentas, por el contrario se mantuvo inflexible respecto de la prórroga obligatoria del contrato.

Fue el **Real Decreto-Ley 2/1985**, de 30 de abril (el denominado Decreto Boyer), el que introdujo un cambio radical, al permitir que la duración de los arrendamientos dependiese de lo pactado, por las partes; no obstante se autorizaba la prórroga obligatoria si las partes lo acordaban. Sin embargo, esta facilidad para la terminación del contrato, radicalmente opuesta al sistema de la LAU de 1964 basada en el presupuesto de la prórroga forzosa, **produjo** en el arrendatario una situación de inestabilidad muy pronunciada.

La nueva **LAU de 29/1994**, de 24 de noviembre, trató de corregir los excesos del **Decreto Boyer** mediante el establecimiento de un **plazo de duración mínimo de los contratos**. Al mismo tiempo, reguló la relación arrendaticia según **principios** opuestos a los que antes inspiraron la normativa precedente, con una aproximación muy notable al principio de la autonomía de la voluntad.

La nueva LAU de 1994 no ha tenido más remedio que regular minuciosamente las situaciones jurídicas surgidas de los arrendamientos concertados con anterioridad, y todavía vigentes, disponiendo al efecto unas disposiciones transitorias muy complejas, que permitirán que la todavía vigente LAU de 1964 vaya a subsistir todavía durante bastante tiempo (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

En síntesis nos encontramos con una legislación especial de arrendamientos urbanos en la que se superponen tres leyes diferentes: **Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (L.A.U.), aprobado por Decreto 4.104/1964, Real Decreto-Ley 2/1985**, de 30 de abril (el denominado Decreto Boyer) y la nueva **LAU de 29/1994**, de 24 de noviembre.

### ***3.2. Ámbito de aplicación de la ley de arrendamientos urbanos de 1994.***

La LAU de 1994 se aplica a los arrendamientos de **fincas urbanas** que se destinen a **viviendas o a usos distintos del de vivienda**. En cualquier caso, tiene por objeto una **edificación**, que en caso del arrendamiento de viviendas ha de ser «**habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario**», y en caso de arrendamiento para otros usos ha de tener como destino primordial otro distinto del procurar aquella satisfacción (arts. 1, 2. 1 y 3. 1). En especial, tendrá esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporadas, sea ésa de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren (art. 3.2). (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

### ***3.3. Arrendamientos excluidos de la ley de arrendamientos urbanos.***

El artículo 5 excluye del régimen de la LAU su uso en atención a las circunstancias que en

él concurren en los cuatro supuestos que enumera:

- a) El uso de las viviendas que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios, tengan asignadas por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten.
- b) El uso de las viviendas militares [...]
- c) Los contratos en que, arrendándose una finca con casa-habitación, sea el aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal del predio la finalidad primordial del arrendamiento [...].
- d) El uso de las viviendas universitarias, propiedad de la Universidad, que sean asignadas a los alumnos y al personal docente y de administración y servicios dependiente de aquélla.

A la mayoría de estos arrendamientos será de aplicación el régimen previsto en el C.c.

### 3.4. Régimen legal de los arrendamientos

El artículo 4 establece la **normativa general** aplicable a los contratos sujetos a la LAU.

En primer lugar, ordena el sometimiento de **todos los contratos** a las disposiciones de los Títulos I, IV y V de la Ley, y a continuación, el de **los arrendamientos de viviendas** al Título II y, finalmente al Título III los de **usos distintos del de vivienda** (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

- a) Las normas del Título II son **imperativas**. En defecto de ellas, el contrato se regula por la voluntad de las partes y, supletoriamente, por el Código civil.
- b) En cambio, las normas del Título III tiene un **carácter dispositivo**, rigen en defecto de pacto de las partes, y, también supletoriamente en último término, el Código civil.
- c) La LAU permite la exclusión voluntaria de la aplicación de sus preceptos, siempre que no sean imperativos, y se haga la exclusión «de forma expresa respecto de cada uno de ellos».
- d) Por último, se exceptúan de la ley los arrendamientos de viviendas «cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta *inicial* en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual». En estos arrendamientos (de vivienda) el Título II tiene carácter dispositivo, no imperativo, rigiéndose en primer lugar por lo pactado, en su defecto por aquel Título, y supletoriamente por el Código civil. (Díez-Picazo y Gullón)

### 3.5. *El arrendamiento de viviendas*

El Título II de la LAU de 1994 está dedicado a regular este arrendamiento con un conjunto de preceptos atinentes a los elementos estructurales del contrato y de sus modificaciones posibles, precedidos de otros en los que se señalan los caracteres de la normativa legal.

### 3.5.1.- Carácter de las normas del título II.

Los preceptos del Título II se consideran, en principio, **imperativos**, pero siempre en beneficio del arrendatario. **En ese sentido** dice el artículo 6 que «*son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice*».

El arrendamiento de vivienda no perderá esta condición aunque el arrendatario no tenga en la finca arrendada su vivienda permanente, siempre que en ella habiten su cónyuge no separado legalmente o de hecho o sus hijos dependientes (art. 7).

### 3.5.2. La cesión y el subarriendo.-

El contrato no se podrá **ceder** por el arrendatario sin consentimiento escrito del arrendador. En caso de cesión, el cesionario se subroga en la posición del cedente frente al arrendador (art. 8. 1). El consentimiento puede ser anterior o posterior.

El Título II regula el subarriendo de la vivienda (art. 8.2). Se establece que no puede efectuarlo el arrendatario sin «previo» consentimiento escrito del arrendador. Este carácter de «previo» no se exige en materia de cesión del contrato. **Sólo se admite el subarriendo parcial de vivienda**, y el precio no podrá exceder, en ningún caso, del que corresponda al arrendamiento. El derecho del subarrendatario se extinguirá, en todo caso, cuando lo haga el del subarrendatario que subarrendó.

El subarriendo se registrará por lo dispuesto en el Título III para el arrendamiento cuando la parte de la finca subarrendada se destine por el subarrendatario a la satisfacción de su necesidad permanente de vivienda. De no darse esta condición, se registrará por lo pactado entre las partes.

### 3.5.3. Plazo mínimo de duración.

La duración del contrato será la **libremente pactada por las partes**, pero, si es inferior a cinco años, la Ley establece prórrogas anuales desde la expiración del plazo pactado hasta los cinco años, obligatorias para el arrendador y potestativas para el arrendatario (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Ej. Aunque se pacte un contrato por un año de duración, el arrendatario puede solicitar que se vaya prorrogando anualmente hasta llegar a los cinco años.

Si éste no quiere la renovación del contrato, deberá notificarlo a aquél con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de sus prórrogas (art. 9. 1).

Los contratos en los que **no se haga estipulación de plazo o éste sea indeterminado**, se entenderán **celebrados por un año**, sin perjuicio del derecho de prórroga anual en los términos resultantes del apartado anterior (art. 92).

### 3.5.4. Denegación de la prórroga del contrato.

No procederá la **prórroga obligatoria del contrato** cuando, al tiempo de su celebración, se haga constar en el mismo, de forma expresa, la **necesidad para el arrendador de ocupar** la vivienda arrendada antes del transcurso de cinco para años **destinarla a vivienda permanente** para sí (**art. 9.3**). En tales circunstancias, lo único obligatorio para el arrendador es el plazo de duración contractual, no las prórrogas. Ahora bien, si dentro de los tres meses a contar desde la extinción del contrato no ocupa la vivienda, el arrendatario tiene opción a **reanudar su uso por un «nuevo período de hasta cinco años»** con indemnización de los gastos que le haya ocasionado el desalojo hasta la reocupación, o a una indemnización igual al importe de la renta por los años que quedasen hasta completar cinco (art. 9.3.).

### **3.5.5.- Prórrogas anuales obligatorias en los contratos iguales o superiores a 5 años.**

La LAU de 1994 establece también el **sistema de prórrogas anuales obligatorias** para el arrendador y potestativas para el arrendatario en **número de tres**, «si llegada la fecha del vencimiento del contrato, una vez transcurridos cinco años de duración de aquél, ninguna de las partes ha notificado a la otra, con un mes de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo». Al contrato prorrogado le seguirá siendo de aplicación el régimen legal y convencional pactado (**art. 10**).

Del texto de la Ley cabe interpretar que se refiere a un contrato de duración pactada igual o superior a cinco años, no al contrato de duración inferior con prórrogas anuales obligatorias hasta llegar a ellos.

### **3.5.6.- Desistimiento del contrato.**

El **art. 11** autoriza al arrendatario el **desistimiento del contrato**, en los contratos en los que la **duración pactada** es superior a cinco años, siempre que el mismo hubiere durado al menos cinco años y **preavise con dos meses de antelación**. No significa que el arrendatario en otro caso no puede desistir, sino que rige el régimen de derecho común al efecto, en el que se impone al que desiste unilateralmente de un contrato la obligación de indemnización de los daños y perjuicios (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

No obstante darse las circunstancias previstas en el artículo 11, las partes pueden haber pactado que el arrendatario indemnice en caso de desistimiento, lo que supondrá el pago de una mensualidad de renta por cada año del contrato que reste por cumplir (art. 11.2)

### **3.5.7.- Desistimiento en caso de matrimonio o convivencia.**

Cuando el arrendatario está casado o convive con otra persona y manifiesta su **voluntad de no renovar, o de desistir del contrato sin el consentimiento** del cónyuge que conviniera con él, podrá **continuar el contrato de arrendamiento** en beneficio de dicho cónyuge, a cuyo efecto el arrendador podrá requerirle para que manifieste su voluntad al respecto (si continúa o no) existiendo el arrendamiento hasta el requerimiento por lo menos. En cambio, en la hipótesis de **abandono sin manifestación expresa de desistimiento o de no renovación**, es ese cónyuge quien ha de manifestar al arrendador «su voluntad de ser arrendatario», por lo que también hay que entender que, en la hipótesis anterior, el cónyuge conviviente que manifieste su voluntad de que el arrendamiento continúe, lo que quiere es ser arrendatario

(art. 12.1, 2 y 3).

Lo dispuesto en favor del cónyuge conviviente es de aplicación en favor de la persona que hubiere «venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al desistimiento o abandono, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia» (art. 12.4). Regla que ha de extenderse a la manifestación de voluntad de no renovar el contrato.

### **3.5.8.- Uso de la vivienda en caso de nulidad, separación o divorcio.**

Dispone el artículo 15 que, en los casos de **nulidad de matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario**, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código civil, para lo cual deberá notificarlo al arrendador en el plazo de dos meses desde que le sea notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando su copia o parte de la misma que afecta al uso de la vivienda. Parece que el cónyuge arrendatario no pierde su cualidad de titular del contrato (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

### **3.5.9.- Enajenación de la vivienda arrendada.-**

En el artículo 14 [se parte de](#) la idea básica de que el arrendamiento **no se extingue** con ocasión de la compraventa. El nuevo comprador deberá soportar la carga del arrendamiento hasta su extinción [en idénticas condiciones a las que fue pactado](#). El adquirente se **subroga en caso de enajenación** en la cualidad de arrendador, aunque el arrendamiento no esté inscrito en el Registro de la propiedad y desconozca la realidad de su existencia.

Distingue el precepto entre contratos inferiores o superiores a 5 años: En el primer caso el contrato, entonces, durará hasta cinco años, incluso si se ha pactado un plazo inferior. Puesto que en este plazo se incluyen las prórrogas legales anuales.

[Si la duración pactada fuese superior a cinco años](#), el adquirente, si está protegido por el artículo 34 LH, si [el contrato no está inscrito](#) sólo ha de soportarlo por el tiempo que reste hasta que se cumplan cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con un mes de renta en vigor por cada año de contrato que excedan de los cinco. En cambio, si el arrendamiento está inscrito en el Registro de la Propiedad, ha de soportarlo hasta su completa duración.

Cuando las partes (arrendador y arrendatario) hayan estipulado que la enajenación de la vivienda extinguirá el arrendamiento, incomprensible y contradictoriamente se preceptúa que «el adquirente sólo deberá soportar el arrendamiento el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años».

### **3.5.10.- Muerte del arrendatario.**

En principio, el arrendamiento se extingue a la muerte del arrendatario, pero el artículo 16 contempla la hipótesis de que en ese momento existiesen las personas que enumera, a las cuales les otorga la facultad de «**subrogarse en el contrato**» notificándolo al arrendador en

el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario. (Díez-Picazo y Gullón)

No obstante, **en los arrendamientos cuya duración pactada sea superior a cinco años, las partes podrán acordar que no haya subrogación** en caso de fallecimiento del arrendatario, «cuando éste tenga lugar transcurridos los cinco primeros años de duración del arrendamiento», o que el arrendamiento se extinga «a los cinco años cuando el fallecimiento se hubiere producido con anterioridad» (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

### **3.5.11.- La renta.**

La LAU de 1994 establece el principio de la libertad para la estipulación de la renta. Imperativamente se preceptúa la obligación de dar recibo del pago, «salvo que se hubiere pactado que éste se realice mediante procedimientos que acrediten el efectivo cumplimiento de la obligación de pago por el arrendatario»; así, por ejemplo, el ingreso en cuenta corriente bancaria o transferencia de la misma índole (art. 17.1 y 4).

La **renta se actualiza** (si se ha previsto) por el procedimiento que señala el artículo 18.1 durante los cinco primeros años de duración del contrato; cada año de vigencia se aplica a la renta correspondiente a la anualidad anterior la variación porcentual experimentada por el índice General Nacional del Sistema de índices de Precios al Consumo (IPC), en un período de doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de cada actualización.

A partir del sexto año de duración, la actualización de la renta se regirá por lo estipulado al respecto por las partes y, en su defecto, por el sistema impuesto legalmente que antes se expresó (art. 18).

La renta podrá ser elevada por el arrendador, admitiéndose el pacto en contrario, por la realización de **obras de mejora**, una vez transcurridos cinco años de duración del contrato, en la cuantía que resulte de aplicar al capital invertido en la mejora el tipo de interés del dinero en el momento de la terminación de las obras incrementado en tres puntos, sin que pueda exceder el aumento el 20 por 1 00 de la renta vigente en aquel momento. Legalmente se especifica la distribución de la cantidad resultante entre los arrendatarios afectados por la mejora (art. 19) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Los **gastos generales** (los llamados vulgarmente gastos de comunidad) de la vivienda arrendada serán a cargo del arrendatario cuando así se haya pactado expresamente (art. 20. 1). Se dispone que, «para su validez, este pacto deberá constar por escrito y determinar el importe anual de dichos gastos a la fecha del contrato». Durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aquellos gastos, a excepción de los tributos, podrán incrementarse anualmente pero nunca en un porcentaje superior al doble del que puede actualizarse la renta con arreglo al sistema previsto legalmente de forma imperativa (art. 20.2) (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

G) OBRAS POR EL ARRENDADOR.-El arrendador está obligado a realizar las **obras necesarias** para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo que el deterioro sea imputable al arrendatario, y que no se trate de la destrucción de la vivienda.

El **arrendatario** tiene obligación de **tolerar las obras** si no pueden demorarse hasta la conclusión del contrato, pero tendrá derecho a una reducción de la renta proporcional a la parte de vivienda de que se vea privado si duran más de veinte días. Las **pequeñas reparaciones** que exija el desgaste por el **uso ordinario** de la vivienda serán de **cargo del arrendatario** (art. 21.1, 2 y 4).

El arrendatario tiene la obligación de poner en conocimiento del arrendador, en el más breve plazo posible, la **necesidad de las reparaciones**, pero en todo momento, y previa comunicación al arrendador, podrá el arrendatario realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador (art. 21.4).

El arrendador podrá realizar **obras de mejora** que razonablemente **no puedan dilatarse** hasta la **finalización del arrendamiento**. Ha de notificarlas al arrendatario, el cual podrá desistir del contrato, salvo que las obras no afecten o afecten de modo irrelevante a la vivienda. Si opta por soportarlas, tendrá derecho a una reducción de la renta en proporción a la parte de vivienda de que se vea privado por causa de las obras, y a una indemnización por los gastos que las obras le obliguen a efectuar (art. 22).

G) OBRAS POR EL ARRENDATARIO.- Al **arrendatario se le prohíbe** realizar, salvo consentimiento por escrito del arrendador, **obras** que «modifiquen la configuración» de la vivienda o de los accesorios arrendados, «o que provoquen una disminución en la estabilidad o seguridad de la misma». Si las hace **sin permiso del arrendador**, incurre en **causa de resolución del contrato**, y, además, ha de reponer a su costa las cosas a su estado primitivo, si el arrendador no quiere conservar la modificación efectuada, *a la conclusión del contrato*. Si las obras afectan a la estabilidad o seguridad, el arrendador puede exigir la reposición de inmediato (art. 23).

El **arrendatario con minusvalía**, previa notificación al arrendador por escrito, podrá realizar en la vivienda las **obras que sean necesarias para adecuarla a su condición** o a la de su cónyuge o a la de la persona con quien conviva de forma permanente en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, o a la de los familiares que con él convivan. El arrendatario estará obligado, si lo exigiere el arrendador, a reponer la vivienda a su estado originario al terminar el contrato (art. 24).

H) DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DEL ARRENDATARIO.-Está regulado en el artículo 25 para «el caso de venta de la finca **arrendada**». Se desdobra en un **derecho de tanteo** y en un **derecho de retracto**, a ejercitar por el arrendatario en los plazos que el precepto señala.

Si no utiliza el **tanteo** para adquirir por el mismo precio y condiciones que un tercero, tiene el retracto, para lo cual el adquirente ha de notificar fehacientemente al arrendatario las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, «mediante la entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada». El **retracto** sólo lo tendrá el arrendatario si las condiciones en que se le notificó para tantear en que un tercero iba a adquirir (precio y demás condiciones esenciales) no coinciden con aquellas en que se realizó la transmisión, o cuando nada se le hubiere notificado. (Díez-Picazo y Gullón)



Es admisible el pacto por el que el arrendatario renuncia a los derechos de tanteo y retracto «en contratos de duración pactada superior a cinco años». (Díez-Picazo y Gullón)

I) SUSPENSIÓN, RESOLUCIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO.- Según el art. art. 26, el arrendatario tiene la opción entre suspender el contrato o desistir del mismo sin indemnización, «cuando la ejecución en la vivienda arrendada de **obras de conservación o de obras** acordadas por la **autoridad competente la hagan inhabitable**». La suspensión del contrato supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del *plazo contractual* y la suspensión del pago de la renta.

El artículo 27 atiende al **incumplimiento de las obligaciones del contrato** por cualquiera de las partes. Con carácter general faculta, de acuerdo con el artículo 1. 124 del Código civil, al que haya cumplido a exigir el cumplimiento a la otra parte *o la resolución del contrato*.

Además, faculta al arrendador *a resolver de pleno derecho* el contrato por las causas que enumera el apartado 2, y al arrendatario por las que consigna el apartado 3.

Por último, el art. 8 recoge dos causas específicas de extinción del contrato, que son: «1º La pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador. 2º.- La declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente.

## VI. ARRENDAMIENTO PARA USO DISTINTO DEL DE VIVIENDA.

El Título III de la LAU de 1994 contiene una serie de normas sobre estos arrendamientos sobre aspectos concretos de la relación arrendaticia, aunque no la reúnan de un modo completo y sistemático, seguramente por-que ello se rige, ante todo y sobre todo, por la voluntad de las partes según el artículo 4.3. Por tanto, todo el Título III posee un carácter eminentemente dispositivo; es la regulación que el legislador estima como más justa, pero no la impone.

A) ENAJENAMIENTO DE LA FINCA ARRENDADA.-El adquirente queda subrogado en la situación jurídica de arrendador, salvo que en él concurren los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (art. 29). No se distingue entre las enajenaciones voluntarias y las forzosas.

B) OBRAS DE CONSERVACIÓN Y MEJORA.-La Ley se remite en esta materia a la normativa del arrendamiento de vivienda (art. 30).

C) DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE DEL ARRENDATARIO.-Rige la misma disciplina sobre la cuestión del arrendamiento de vivienda (art. 31).

D) CESIÓN DEL CONTRATO Y SUBARRIENDO.-Se faculta al arrendatario para realizarlos sin consentimiento del arrendador, si bien éste tiene derecho a un aumento de la renta de vigor (10 por 100, si el subarriendo es parcial; 20 por 100 en caso de cesión o subarriendo total).

No se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario Por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria, pero el arrendador tendrá derecho a la elevación prevista anteriormente.

E)MUERTE DEL ARRENDATARIO.-Tienen derecho a subrogarse cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional, *-el* heredero o legatario que *continúe el* ejercicio de la actividad. La subrogación deberá notificarse por escrito al arrendador dentro de los dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario (ar-t. 33).

F)INDEMNIZACIÓN AL ARRENDATARIO.-La extinción por transcurso del *término convencional* del arrendamiento de una finca en la que durante los últimos cinco años se haya venido ejerciendo una actividad *comercial de venta al público*, dará derecho al arrendatario a una indemnización, si el arrendador no acepta la oferta de aquél de un nuevo contrato de un duración mínima de cinco años y con renta de mercado.

Este derecho del arrendatario, que concede y regula el artículo 34, tiene como presupuesto o bien una pérdida de la clientela o un aprovechamiento de la misma por el arrendador o por un tercero. , según que, respectivamente, el arrendatario volviese a ejercer en el mismo municipio la misma actividad a que se dedicaba anteriormente en el local arrendado, o ejercitase otra diferente o no iniciase ninguna, siempre que el arrendador o un tercero ejerciese en el local que fue arrendado la misma actividad u otra afín apta para beneficiarse, aunque sólo sea parcialmente, de la clientela lograda por el arrendatario.

G)RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.-Son aplicables, para la resolución de pleno derecho por el arrendador, las causas de las letras *a)*, *b)* y *e)* del artículo 27.2. También se resolverá si incumple el arrendatario la obligación de notificar a aquél la cesión o subarriendo del local.

#### **Disposiciones comunes a los arrendamientos de la Lau/94.**

### **VII. LA FIANZA**

Será **obligatoria** la exigencia por el arrendador y la prestación por el arrendatario de una **fianza equivalente al importe de una mensualidad** en el arrendamiento de vivienda y de **dos** en el arrendamiento para **otros usos distintos del de vivienda**. La LAU da reglas para la actualización de la fianza, y establece la obligación de su restitución al final del arriendo, con devengo del interés legal si transcurre un mes desde la entrega de llaves sin haberse hecho efectiva la restitución (ar-t. 36).

### **VIII. FORMALIZACIÓN DEL ARRENDAMIENTO**

No se impone legalmente ninguna forma para la perfección del contrato, salvo cuando el arrendamiento quiera acceder al Registro de la Propiedad (art. 37 y Disp. Adicional 2.).

El Artículo 37 establece: « *Formalización del arrendamiento*. Las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento.

En este caso, se hará constar la identidad de los contratantes, la identificación de la finca arrendada, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado.

## TEMA 18: COMODATO, PRECARIO Y MUTUO

- § 1.-El préstamo en general.
- § 2.-El comodato
- § 3.-El precario
- § 4.-El contrato de préstamo mutuo
- § 5.-El préstamo con interés

### § 1.-El préstamo en general.

Bajo la denominación general de «préstamo» regula el Código Civil dos contratos, en razón del objeto del mismo: el **comodato**, o **préstamo de uso**, en virtud del cual el prestamista entrega al prestatario una *cosa no fungible* (no consumible Ej. un libro, un coche) para que la use durante cierto tiempo y se la devuelva; y el **mutuo o simple préstamo**, por el que el prestamista entrega al prestatario una *cosa consumible* (dinero, trigo, aceite) con la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1740). (BERCOVITZ)

El mecanismo esencial del préstamo como figura general está constituido por la entrega y restitución del objeto prestado. La entrega se hace para que el prestatario use de la cosa (comodato) o goce de ella en el sentido más amplio posible (mutuo o simple préstamo). (DÍEZ- PICAZO y GULLÓN)

El préstamo es un **contrato real** lo que supone que para perfeccionarse y obligar a las partes no basta el mero consentimiento sino que, además, requiere la entrega de la cosa. (BERCOVITZ). De manera que si no ha existido entrega, no existe obligación alguna a cargo del prestatario (DÍEZ- PICAZO y GULLÓN).

### § 2.-El comodato

El comodato aparece definido en el art. 1.740 cc «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...».

El comodato, o préstamo de uso, es de carácter esencialmente **gratuito**. Si se pacta una contraprestación el contrato no será de comodato, sino de arrendamiento de cosa (art. 1741). Puesto que la cesión del uso de una cosa a cambio de un precio constituye un contrato de arrendamiento. Por tanto es la ausencia de contraprestación lo que distingue este contrato del de comodato. (BERCOVITZ)

El comodante conserva el derecho (propiedad, usufructo, etc.) que tuviera sobre la cosa dada en comodato, y el comodatario su uso, pero no los frutos (art. 1741). El comodatario está obligado a destinar la cosa al uso pactado (art. 1744) o, en su defecto, al determinado por

la costumbre de la tierra (art. 1750).

El **objeto** del contrato de comodato- según Díez-PICAZO Y GULLÓN- lo constituyen cosas que no se consumen por el uso, puesto que éste es el sentido en el que el Código utiliza la expresión *cosa fungible*. No obstante cabe la posibilidad de un comodato que recaiga sobre cosas consumibles, siempre y cuando el uso pactado no conlleve su consumo. Ej. Préstamo de naranjas para ser objeto de una exposición

En cuanto a la **duración** del contrato, vendrá determinada, en primer lugar, por la conclusión del uso para el que se prestó (Ej. te presto un gato hidráulico para que cambies una rueda); y, en su defecto, por el convenio de las partes. Si no es aplicable ninguno de estos criterios, el comodante podrá reclamar la restitución a su voluntad (arts. 1744, 1749 y 1750).

El **comodatario** está **obligado** a satisfacer los gastos ordinarios, necesarios para el uso y conservación de la cosa y a devolverla al acabar el comodato. Si retrasa la entrega responderá, incluso, de la pérdida por caso fortuito (art. 1744).

El comodante debe abonar los gastos extraordinarios causados para la conservación de la cosa, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlos; no será precisa esta notificación cuando fueren tan urgentes que no pudiera esperarse su resultado sin peligro (art. 1751).

### § 3.-El precario.

El precario es una especie de comodato que permite el uso de una cosa, con la particularidad de que el comodante puede reclamarla a su voluntad. Para un sector doctrinal, el precario es una mera situación posesoria, no es una situación contractual. En todo caso para que exista precario es requisito necesario la falta de pago de renta o merced. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

El CC no regula figura del precario, si bien aparece contemplado por el art. 250 de la LEC, al regular el ámbito del juicio verbal.: «1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes:

2º Las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca».

El precario se aplica sobre todo a bienes inmuebles (LACRUZ). El Tribunal Supremo ha elaborado un concepto de precario que comprende los supuestos de *posesión concedida*, *posesión tolerada* y *posesión sin título*. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN):

a) El supuesto de la **posesión concedida**, consiste en una concesión graciosa, que supone un título contractual que legitima al precarista en su posesión precaria. Ej. Padre que autoriza a un hijo suyo para que viva en un piso de su propiedad.

b) 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. Ej. Propietario cuya propiedad ha sido invadida por unos «ocupas» y que temporalmente consiente la utilización de su inmueble.

c) En la **posesión sin título**, se incluye tanto a aquellos que carecen absolutamente de título y los de aquellos cuyo título ha dejado de tener eficacia. Ej. arrendatario que permanece en el inmueble a pesar de haber finalizado el contrato de arrendamiento.

#### § 4.-El contrato de préstamo mutuo

El Cc. contempla el mutuo en el art. 1.740 *in fine*: «Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra...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».

El Cc. contiene una regulación muy parca del préstamo que no guarda relación con la gran importancia del crédito en nuestros días (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

Por el contrato de **mutuo** o **simple préstamo**, el prestamista transmite al prestatario la propiedad de los bienes consumibles prestados, y éste se obliga a restituirle otro tanto de la misma especie y calidad (BERCOVITZ).

En la concepción del Código Civil, el mutuo es un contrato naturalmente gratuito: «no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado» (art. 1755). Sin embargo, el artículo 1756 establece que, cuando el prestatario haya pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamar su devolución ni pretender que se imputen al capital. (BERCOVITZ)

La obligación principal del prestatario, es la de restituir, en el caso del dinero se aplicará el art. 1.170. Si es otra cosa fungible se deberá entregar una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad (art. 1754). Esta obligación deberá cumplirse dentro del plazo pactado y a falta de este se aplicarán los arts. 1.125 y ss. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Aparte de las normas del Código Civil, otras leyes regulan tipos especiales de préstamo: el préstamo mercantil (art. 311 y ss. C. de. C), préstamos agrícolas, préstamos de los Montes de Piedad, etc. Existen, además, numerosos instrumentos normativos que contienen normas relativas a los préstamos concertados con consumidores (Ley de Créditos al Consumo, Circulares del Banco de España, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, etc.). (BERCOVITZ)

#### § 5.-El préstamo con interés

##### 5.1. El pacto de interés.

El préstamo es gratuito, a menos que se hayan pactado intereses expresamente (art. 1.755 Cc.), si bien lo que para el Código es la excepción –la onerosidad- en la realidad constituye la regla general.

Si bien es admisible el pacto de pagar intereses siempre que sea expreso (art. 1.755), el art. 1.756 establece que «el prestatario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital».

## 5.2. La prohibición de la Usura.

La cuantía de los intereses puede ser fijada libremente por las partes, si bien dentro de los límites establecidos por la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908, (Ley Azcárate); ésta declara nulo el contrato en el que se estipule un interés *notablemente superior* al normal del dinero, o en condiciones leoninas (BERCOVITZ).

El art. 1º de la Ley de la Usura establece que: « 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 pensar 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».

La jurisprudencia del TS ha establecido que ese artículo contempla tres clases de préstamos usurarios (MARTÍNEZ DE AGUIRRE):

- A) Préstamos que establecen un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.
- B) Préstamos leoninos, aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia, o de lo limitado de sus facultades mentales.
- C) Aquellos en los que se suponga recibida mayor cantidad que la entregada.

La acción de nulidad supone la restitución de las prestaciones al estado anterior a la celebración del contrato. Es decir, la devolución de la cantidad percibida como préstamo sin pagar el interés pactado.

La jurisprudencia ha estimado que la Ley Azcárate también es aplicable a los préstamos mercantiles.

## TEMA 19: MANDATO, PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EJECUCIÓN DE OBRA

### § 1.-Contratos dirigidos a la prestación de una actividad

#### § 2.-Contrato de mandato

#### § 3.-El contrato de prestación de servicios.

#### § 4.-El contrato de ejecución de obra

#### § 5.-El contrato de mediación o corretaje

### § 1.-Contratos dirigidos a la prestación de una actividad

En el Código civil se regulan tres figuras contractuales dirigidas a la prestación de una actividad: el mandato, el contrato de prestación de servicios y el contrato de ejecución de obra.

Estas tres figuras presentan claras diferencias entre ellas; no es lo mismo gestionar los intereses de otro frente a terceros (mandato), prestar servicios en situación de dependencia (prestación de servicios), o quedar obligado a emplear la propia iniciativa para obtener un resultado por encargo de otra persona (contrato de obra). (PUIG BRUTAU)

#### § 2.-Contrato de mandato.

##### 2.1.- Concepto y clases

Según el artículo 1709 Cc.: «Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra». Ej. Mediante el contrato de mandato, el mandatario se obliga a comprar una finca para el mandante.

De acuerdo con DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, el prestar algún servicio o hacer alguna cosa también es obligación del arrendatario en el contrato de arrendamiento de servicios o de obra; el criterio distintivo entre ambos contratos se encuentra en el carácter **gratuito** del mandato. No obstante la presunción de gratuidad del mandato puede pactarse una retribución. La retribución se presume cuando el mandatario tiene como profesión el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato (art. 171 I Cc.). (BERCOVITZ)

##### 2.2.- Mandato y poder.

El mandato puede estar o no estar unido a un **poder de representación**: En el primer caso, el mandatario actúa en nombre y *por cuenta* del mandante, de forma que su actuación surte los mismos efectos que si el acto lo hubiera celebrado éste. Si el mandante ordena al mandatario adquirir una finca y le otorga el correspondiente poder, es el mandatario quien realiza materialmente la declaración de voluntad; pero como lo hace en nombre del mandante, el comprador será directamente éste.

Si **carece de poder de representación** el mandatario actúa sólo *por cuenta* del mandante, pero no en su nombre; en consecuencia, el acto realizado surte efectos en la esfera jurídica del mandatario, y éste tendrá que transferir su resultado al mandante (BERCOVITZ). Si el



mandante no le otorgó el poder, el mandatario aparecerá como comprador y quedará obligado frente al vendedor; pero tendrá la obligación de celebrar una segunda compraventa para así transmitir la propiedad de lo comprado al mandante.

Puede darse también un poder sin mandato, como sucede, por ejemplo, cuando se apodera a un empleado para abrir una cuenta corriente: el poder se basa en la relación laboral, y no en el mandato (BERCOVITZ).

### **2.3.- Mandato general y especial.**

El mandato puede ser **general**, comprendiendo todos los asuntos del mandante, o **especial** cuando que se refiere a uno o más negocios determinados (art. 1712). Además, si está concebido en términos generales comprende sólo los actos de administración (art. 1713).

Por tanto, si el **mandato** es **general** o **especial** y está concebido en términos generales (mandato que abarca todos los bienes del mandante, o el bien X), el mandatario está obligado a realizar los actos de administración pertinentes (enajenar frutos, cobrar rentas, etc.), pero no puede realizar actos de enajenación (vender bienes). Como señala el artículo 1713, «para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso».

### **2.4.- Obligaciones del mandatario**

a) **El mandatario está obligado a actuar según las instrucciones del mandante** o, en su defecto, como lo haría un buen padre de familia según la naturaleza del negocio (art. 1719), y dentro de los límites del mandato (art. 1714). Sin embargo, no se considerarán traspasados los límites si éste fuera cumplido de manera más ventajosa que la señalada por el mandante (art. 1715). En todo caso, en lo que el mandatario se haya excedido del mandato no queda obligado el mandante si éste no lo ratifica (art. 1727) (BERCOVITZ).

b) **El mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones, y a abonar o transmitir al mandante todo cuanto haya recibido en razón del mandato**, incluso cuando se trate de un pago de lo indebido (art. 1720). Aunque el mandato se extingue por la muerte de una de las partes (art. 1732), está obligado también a concluir el negocio comenzado antes de la muerte del mandante si hubiere peligro en la tardanza (art. 1718). Por último, deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al mandante en caso de incumplir el mandato (art. 1718).

### **2.5.- Obligaciones del mandante**

El mandante está obligado al pago de la retribución convenida, así como a reembolsar al mandatario lo que éste anticipó, incluso cuando el negocio no ha salido bien sin culpa del mismo (art. 1728). También debe anticipar, si el mandatario lo pide, lo necesario para la ejecución del mandato (art. 1728), y cumplir las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato (art. 1727). Por último, está obligado a indemnizar al mandatario los daños y perjuicios ocasionados por el cumplimiento del mandato, siempre que no se deban a culpa ni imprudencia de éste (art. 1729).

### **2.6.- Extinción del mandato.**

El mandato se extingue por revocación del mandante, a su libre voluntad (art. 1733); pero si se dio para contratar con personas determinadas, la revocación no puede perjudicarles si no se les ha hecho saber (art. 1734). La revocación puede ser tácita, mediante el nombramiento de un nuevo mandatario para el mismo negocio (art. 1735).

Se extingue también el mandato por renuncia del mandatario; pero éste debe indemnizar al mandante de los perjuicios causados por la renuncia, salvo que la misma se funde en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento (art. 1736). En todo caso, el mandatario debe continuar su gestión hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias al respecto (art. 1737)

Por último, el mandato se extingue por quiebra, insolvencia o muerte de cualquiera de las partes. Pero el artículo 1738 dispone que lo hecho por el mandatario ignorando que existe una causa de extinción del mandato es válido, y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado ignorando también la existencia de esa causa (art. 1738). Además, si muere el mandatario, sus herederos deberán comunicárselo al mandante, y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan en interés de éste (art. 1739).

### **§ 3.-El contrato de prestación de servicios.**

El **arrendamiento de servicios**, de acuerdo con el art. 1.544 Cc. es un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a *prestar un servicio* y la otra a pagar un precio cierto (BERCOVITZ).

El Cc. apenas regula el arrendamiento de servicios, por lo que se regirá fundamentalmente por los pactos de las partes. El art. 1583 establece que puede contratarse sin tiempo fijo, por cierto tiempo o para una obra determinada. Pero advierte que el arrendamiento hecho para toda la vida es nulo. (BERCOVITZ)

El CC sólo regula el servicio de criados y trabajadores asalariados, como si estos servicios fuesen los únicos susceptibles de arrendamiento. En la actualidad el trabajo de los asalariados se encuentra regulado por el Estatuto de los Trabajadores y, por lo tanto, ha quedado fuera del ámbito del Código civil (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El contrato de servicios, hoy en día ha quedado relegado al campo de los servicios no laborales, prestados por profesionales (liberales o no), artistas, artesanos o empresas dedicadas a la prestación de determinados servicios (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

Es reiterada la jurisprudencia del T.S. ha configurado como arrendamiento de servicios a aquellos propios de las denominadas profesiones liberales, como abogados, médicos, arquitectos, etc. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

### **§ 4.-El contrato de ejecución de obra.**

#### **4.1. Concepto.**

En el arrendamiento de obra, y a cambio de un precio cierto una de las partes se obliga a *ejecutar una obra*. (BERCOVITZ)

En el arrendamiento de obra, la persona para la que se ejecuta la obra (dueño de la obra), está obligada a pagar el precio estipulado; y la persona que deba realizar la obra, contratista,

está obligada a realizar y entregar la obra. (arts. 1588 y ss.)

El contrato de obra se distingue del arrendamiento de servicios, porque en aquél el contratista se compromete a obtener el **resultado** de una labor, mientras que el contrato de servicios es un negocio de actividad (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

El Cc. por razones históricas configura los contratos de servicios y de obra como arrendamientos, sin embargo, reconducir estos negocios al arrendamiento supone forzar excesivamente aquellas categorías, de ahí que la doctrina prefiera hablar de contrato de servicio y de obra (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

#### 4.2. Fuentes legales.

El Cc. regula el contrato de obra en los arts 1.588 a 1.600, si bien se trata de un régimen insuficiente, asistemático y en algunos aspectos anacrónico (MARTÍNEZ DE AGUIRRE) El contrato de obra, tal como aparece regulado en el Código, parece pensado para regular únicamente la construcción de edificios (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Algunos contratos de obra han sido objeto de regulación sectorial, como sucede con los electrodomésticos, los automóviles o la construcción de inmuebles. Es de destacar la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación (LOE).

#### 4.3. Obligaciones de los contratantes.

Los sujetos del contrato de obra son: el **dueño de la obra o comitente**, quien encarga la obra y se compromete a pagarla y el **contratista** que es el que se compromete a realizar la obra (MARTÍNEZ DE AGUIRRE).

La **obligación** principal del **contratista** es la realización de la obra en las condiciones y plazos establecidos en el contrato. En lo pactado se estará a lo establecido en el art. 1.258 del Cc. sobre la integración del contrato.

El comitente o dueño de la obra, está obligado al pago del precio del arrendamiento de obra (art. 1544) y a la recepción de la obra (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

#### 4.4. Modalidades de contrato de obra.

La ejecución de la obra puede convenirse de varias formas:

a) **Con o sin aportación de materiales.** El art. 1588 Cc. permite que el contratista además de su trabajo aporte los materiales, cuando dice que: «Puede contratarse la ejecución de una obra conveniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o industria, o que también suministre el material».

b) **A precio alzado o por unidad de obra.** En el primer caso señalando como objeto de la obra la totalidad de la misma Ej. construir una casa por un precio de 50.000 € . En el segundo, por **unidad de obra** se fracciona ésta por piezas o medidas (art. 1.592 Cc.). Ej. Construcción de una casa a 500 € por metro cuadrado edificado.

#### 4.5. La responsabilidad por ruina en el CC

En el **art. 1591**, se establecen las responsabilidades que nacen de la ruina de una obra; la doctrina se refiere a la misma como la **responsabilidad decenal** del contratista: *«El contratista de un edificio que se arruina por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigió, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección. Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años»*

Dentro del término amplio de ruina, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido distinguiendo dos supuestos diferenciados: los vicios ruinógenos, que dan lugar a la aplicación del precepto y aquellos que recibiendo la denominación de no ruinógenos, excluyen la aplicación del precepto.

#### **A.- LOS VICIOS RUINÓGENOS.**

El término ruina del artículo 1.591, en principio, aparece unido al hecho físico del derrumbe o pérdida de la obra, sin embargo ha sido interpretado en sentido muy amplio por la doctrina y la jurisprudencia. De modo que se ha extendido a otros supuestos diferentes al derrumbe o desaparición de la obra, esta ampliación incluye la ruina parcial, la futura y la ruina funcional.

**a) Ruina parcial.-** El artículo 1591-1º del Código civil, se refiere a la ruina de un edificio, si bien, no precisa el alcance que deba tener ésta. La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que debe incluirse en el espíritu del precepto la ruina parcial<sup>9</sup>.

**b) Ruina futura o potencial.-** El concepto de ruina también ha de atender a un criterio temporal, de modo que, la ruina total o parcial, no existirá sólo cuando se haya producido el derrumbe físico del edificio, sino también, cuando la obra se encuentre en una situación de peligro que haga prever que puedan ocasionarse esas consecuencias en un momento posterior, esta es la denominada ruina potencial o futura<sup>10</sup>.

**c) Ruina funcional.-** Los casos de ruina parcial y potencial, si bien han supuesto una ampliación del concepto de ruina, sin embargo, no han abandonado la idea de destrucción física o derrumbe de la obra. La doctrina, mediante la noción de la ruina funcional, ha ampliado su contenido a aquellos supuestos en los que aunque las anomalías constructivas no comprometen la existencia, solidez o estabilidad de la edificación, sí que la afectan de modo que la hacen la impropia para el uso y destino para que fue construida<sup>11</sup>.

#### **B. -LOS VICIOS NO RUINÓGENOS.**

Existen una serie de defectos de construcción que aún a pesar de la amplísima

---

<sup>9</sup>Contemplan la ruina parcial las SSTS, entre otras las de 17 diciembre 1997 (RJA 1997, 9099) y 8 mayo 1998.

<sup>10</sup>El Tribunal Supremo se refiere a la ruina potencial en las 30 enero 1997 (RJA 1997, 845) y 4 marzo 1998 (RJA 1998,1039)

<sup>11</sup>En ese sentido se ha pronunciado las SSTS 19 abril 1995, 29 mayo 1997, 4 marzo 1998, 6 marzo 1999, para las que la ruina funcional es la inutilidad de la cosa construida para su destino.

interpretación que doctrina y jurisprudencia han efectuado del término ruina, no caben dentro del ámbito de aplicación del artículo 1591. A estos vicios que no son capaces de generar la ruina del edificio, se les denomina «vicios no ruinógenos», en oposición a los otros vicios, a los que por su gravedad se les denomina «vicios ruinógenos» y que permiten la aplicación del artículo 1591-1º.

Estos vicios constructivos menores carecen de normativa específica dentro del Código civil, si bien, es unánime la opinión de que les son de aplicación la acción de incumplimiento contractual *ex* artículo 1.101 y siguientes del Código civil, de modo que cuando un defecto constructivo no tenga carácter ruinógeno, se le aplicará la normativa general sobre incumplimiento quedando sustraído del ámbito de aplicación del artículo 1.591<sup>12</sup>. En cuanto a la posibilidad de aplicar los artículos 1.484 y siguientes donde se recogen las normas relativas al saneamiento por vicios ocultos, la doctrina mayoritaria se inclina por su no aplicación en el ámbito de la construcción.

#### **4.6. La responsabilidad por ruina en la LOE.**

La Ley de Ordenación de la Edificación, incide en la regulación tradicional del contrato de obra en el Código civil, en especial con relación al régimen de garantías y responsabilidades del artículo 1591 Código civil. La técnica legislativa utilizada ha consistido en delimitar quienes son los agentes de la edificación (arts. 8 y ss LOE), para luego establecer un específico régimen de garantías y responsabilidades (art. 17 y ss.).

A los efectos de la LOE se incluyen dentro del término edificación, tanto el propio edificio como las instalaciones fijas y el equipamiento propio y de los elementos de urbanización.

No están sujetos al régimen de responsabilidad de la LOE:

a) Los vicios constructivos de las obras inmobiliarias que no constituyan un edificio en el sentido del artículo de la LOE, es decir el edificio en sí y los elementos de urbanización e instalaciones adscritos.

b) Quedan excluidas otras obras como muros, embalses, puentes, autopistas, etc.

c) Las nuevas construcciones de escasa entidad y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una única planta (art. 2.2 a LOE). Con ello se viene a restringir el ámbito de aplicación de la ley, quedando fuera supuestos como el de los buques, a los que el Tribunal Supremo en ocasiones había aplicado la doctrina del artículo 1591 por vicios y defectos constructivos<sup>13</sup>.

d) También quedan excluidas las construcciones no permanentes.

La LOE ha dejado prácticamente vacío de contenido el art. 1.591 del Cc. que sólo se

---

<sup>12</sup>En este sentido se manifiestan las STS de 10 noviembre 1994, 30 enero.1997.

<sup>13</sup>Entre otras SSTS las de 12 de junio de 1989 (RJA 1998, 4422); 28 de octubre de 1989 (RJA 1989, 6969) y 29 de diciembre de 1993 (RJA 1993, 10160).

aplicará a aquellas edificaciones no incluidas en su art. 2º:

En los arts. 17 a 19 se contempla el régimen de responsabilidad de los denominados agentes de la edificación. El plazo de prescripción de las acciones derivadas de esta ley depende de la clase de vicio constructivo y de acuerdo con el art. 17 LOE son los siguientes:

10 años, para reclamar los daños materiales causados por vicios que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio.

3 años, para reclamar los daños materiales causados en el edificio por vicios o por defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad.

1 año, por los daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras.

La LOE en su art. 19 ha establecido un sistema de **seguro obligatorio** a cargo del promotor para cubrir las responsabilidades dimanantes del proceso constructivo.

### § 5.-El contrato de mediación o corretaje

La prestación de servicios por los denominados mediadores o corredores no está regulada por el Código civil; este tipo de contrato ha sido regulado por la jurisprudencia y por los usos. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Según el TS mediante el **contrato de mediación** una persona encarga a otra para que el informe sobre 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. 2 mayo 1963). También ha sido definido como «el poner en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio» (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La mediación es un **contrato atípico** que ha de regularse sobre todo por las estipulaciones de las partes, en su defecto por las disposiciones generales de la contratación del Cc., y en último lugar por los usos y costumbres adecuados a su naturaleza jurídica (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

## TEMA 20: LA SOCIEDAD CIVIL

§1.-Concepto y caracteres

§2.-Constitución de la sociedad

§3.-La administración de la sociedad

§4.-Extinción de la sociedad

§1.-Concepto y caracteres.

### 1.1.- Concepto

Según el **art. 1665** del Cc.: «La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias».

El art. 116 Ccom. presenta una redacción prácticamente coincidente al referirse al «contrato de compañía».

La finalidad de obtener una ganancia es la nota diferencial entre el contrato de sociedad y otros contratos o actos jurídicos que dan lugar a situaciones de *comunidad de bienes*. En ésta, los partícipes no tienen intención de obtener ganancias (por ejemplo, dos amigos compran conjuntamente una parcela para construir sus casas en ella); mientras que en el contrato de sociedad se busca obtener un beneficio que se repartirá entre los socios (Ej. dos amigos compran una parcela para construir casas y venderlas al público, obteniendo una ganancia). (BERCOVITZ)

Hay que distinguir entre el *contrato de sociedad* y la *sociedad como organización*. Por el contrato de sociedad las partes se obligan a poner en común un patrimonio; es por tanto un contrato productor, entre otras, de una obligación de entrega. Pero, de manera inmediata, el contrato crea además una entidad: la sociedad que, salvo que sea irregular, goza de personalidad jurídica, distinta de la de sus miembros (BERCOVITZ).

### 1.2.- Clases.

El contrato de sociedad no solamente produce obligaciones para los socios, sino que, además, crea una entidad nueva con **personalidad jurídica propia**: la sociedad, que, a partir de ese momento, es la que se relaciona con los terceros por medio de sus órganos de representación. (BERCOVITZ)

#### a) Civiles o mercantiles.

Las sociedades pueden ser **civiles** o **mercantiles**. Teóricamente son mercantiles las sociedades que pretenden obtener un beneficio partible mediante la realización de actos de comercio; y son civiles las que pretenden obtener un beneficio partible por medios distintos de la realización de actos de comercio. Los actos de comercio, aparecen definidos en artículo 2 del Código de Comercio que dice que «serán reputados actos de comercio los

comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga».

Son **mercantiles**, con independencias de su objeto y actividad, las sociedades anónimas, las de responsabilidad limitada, las de garantía recíproca, las comanditarias por acciones y las agrupaciones de económico. También son mercantiles las sociedades colectivas y las comanditarias simples siempre que su objeto sea mercantil (DE PABLO CONTRERAS)

La sociedad será civil, aunque se constituya de acuerdo con alguno de los tipos regulados en el Código de Comercio, si no realiza actos de comercio; rigiéndose entonces por dicho Código, en lo que no se oponga a las del Código Civil (art. 1670 CC). En principio, las únicas «**sociedades civiles en forma mercantil**» que se pueden constituir son la **sociedad colectiva** y la **comanditaria simple** (el resto de sociedades siempre tendrán carácter mercantil con independencia de su objeto social).

Ni el Cc. ni el Com admiten la fórmula inversa, es decir, una sociedad mercantil por su objeto que revista forma mercantil.

Las **sociedades civiles**, tienen un campo de actuación muy restringido, puesto que serán siempre mercantiles las que se dediquen a la industria o al comercio. Serán civiles las sociedades cuyo **objeto social** sea agrario, artesanal y de ejercicio de profesiones liberales, salvo que sus integrantes decidan adoptar una forma mercantil (DE PABLO CONTRERAS).

#### **b) Sociedad universal o particular.**

El art. 1.671 Cc. divide las sociedades en universales y particulares. Según el art. 1.672: «la **sociedad universal** puede ser de **todos los bienes presentes, o de todas las ganancias**».

**La sociedad universal de todos los bienes presentes** hace de propiedad común éstos y todas las ganancias que con ellos se obtengan, pero no los bienes personalísimos o intransmisibles ni los adquiridos a título gratuito. (arts. 1.673 y 1.674 Cc. ). **La sociedad universal de ganancias** comprende todo lo que adquieran los socios por su industria o trabajo mientras dure la sociedad, pero no los bienes que posea cada socio al celebrar el contrato, en los cuales corresponde a la sociedad su mero uso o goce (DE PABLO CONTRERAS).

La **sociedad particular**, según el art. 1.678, es la que «tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso o sus frutos, o una empresa señalada, o el ejercicio de una profesión o arte».

#### **c) Sociedades con o sin personalidad jurídica .**

El art. 1.669 Cc. establece que : «no tendrán **personalidad jurídica** las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes».

De este precepto se extraen dos consecuencias:



a) La sociedad civil, siempre que no mantenga en secreto sus pactos sociales tendrá personalidad jurídica aún cuando sus pactos no se inscriban en ningún registro. (DE PABLO CONTRERAS)

b) Las sociedades en las que los actos de los socios se mantienen secretos (sociedades irregulares) se regularán por las disposiciones de la comunidad de bienes. En este caso, los socios no podrán oponer a los terceros la existencia de la sociedad; pero sí podrán hacerlo los socios entre sí, y los terceros frente a los socios.

En el campo mercantil una sociedad es **irregular** cuando le falta algún requisito para su constitución como el otorgamiento de escritura pública y/o la inscripción en el Registro Mercantil.

No hay que confundir la **personalidad jurídica** de la sociedad con la responsabilidad de los socios por deudas de la misma. En las **sociedades de tipo capitalista** (sociedad de responsabilidad limitada, sociedad anónima) los socios sólo arriesgan su aportación, y no responden personalmente de las deudas sociales. En las **sociedades de tipo personalista** (sociedad civil, sociedad comanditaria, sociedad colectiva) los socios responden con su propio patrimonio de las deudas de la sociedad. Por tanto, que la sociedad tenga personalidad jurídica propia no impide que los socios respondan personalmente de las deudas sociales. (BERCOVITZ)

## §2.-Constitución de la sociedad

**2.1. Requisitos de forma.-** En el contrato de sociedad rige el principio de libertad de forma; si bien los artículos 1667 y 1668 del CC exigen *escritura pública e inventario* cuando se aporten bienes inmuebles, bajo pena de nulidad en caso de contrario. La jurisprudencia entiende que el contrato es válido en cualquier forma, si bien la sociedad no goza de personalidad jurídica hasta tanto se otorgue la escritura pública. Por tanto, las partes podrán compelerse en cualquier momento a su otorgamiento; pero en tanto no exista escritura pública, la sociedad será irregular. (BERCOVITZ)

**2.2. Obligaciones de los contratantes.-** La principal obligación de los socios consiste en **aportar lo prometido**. Según el **art. 1.665** los socios se obligan a poner en común «**dinero, bienes o industria**». La aportación puede ser sólo de industria, es decir el trabajo personal del socio.

El socio que incumpla el contrato responderá del incumplimiento conforme a las reglas generales, si bien el Código establece alguna regla específica; como en el caso del **artículo 1682** que impone al socio que no hubiere aportado el dinero prometido la obligación de pagar intereses desde el día en que debió aportarlo, sin perjuicio de la indemnización de daños a los demás socios. (BERCOVITZ)

**2.3. Responsabilidad de la sociedad y de los socios por las deudas sociales.-** De las deudas de la sociedad, si esta tiene personalidad jurídica, responde, en primer lugar, el patrimonio de ésta y, subsidiariamente, el de los socios en proporción a sus cuotas (art. 1698 a contrario). Sobre los bienes sociales gozan de preferencia los acreedores de la sociedad; los acreedores de cada socio sólo pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social (art. 1699).

Según el art. 1698 los socios no responden solidariamente de las deudas sociales.

**2.4. Participación de los socios en las pérdidas y ganancias de la sociedad.-** Si nada se dice en el contrato la parte de cada socio en las pérdidas y en las ganancias será proporcional a su aportación. Pero cabe que en el contrato se establezca otro criterio de participación, con los siguientes **límites** (art. 1689):

1º.- No puede excluirse a un socio de toda participación en las ganancias o en las pérdidas; sólo el socio industrial puede ser excluido de participar en las pérdidas. Es socio industrial quien aporta su trabajo, pero no bienes, a la sociedad.

2º.- No puede encomendarse la determinación de la participación a uno de los socios.

### **§3.- La administración de la sociedad**

El artículo 1695.1º establece que, a falta de pacto, «todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí sólo obligará a la sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal». Lo mismo sucederá cuando varios socios han sido nombrados administradores, sin determinarse sus funciones o sin mencionar que habrán de obrar conjuntamente (art. 1693).

Significa esto que cada uno de los socios puede oponerse, por ejemplo, a que otro realice una compra. Pero, para ello, deberá comunicar al socio y al vendedor su oposición antes de que la compraventa se perfecciona, en cuyo caso, aunque posteriormente la acuerden, no obligará a la sociedad. En cambio, si la oposición es posterior a la compra, la sociedad quedará obligada.

Cuando los socios administradores se nombran conjuntamente es necesario el concurso de todos para la validez de los actos, salvo si hubiere peligro inminente de un daño grave o irreparable para la sociedad, en cuyo caso valdrá lo hecho por uno solo de ellos (art. 1694).

El socio nombrado administrador en el contrato social puede administrar solo, incluso con la oposición de sus compañeros, a menos que obre de mala fe. Su poder es irrevocable sin causa legítima. En cambio, el poder del administrador nombrado fuera del contrato social es revocable en cualquier tiempo art. 1692.

### **§4.-Extinción y liquidación de la sociedad**

**4.1. Extinción de la sociedad.-** Además de las causas generales de extinción de todo

contrato, menciona el Código las siguientes causas específicas de extinción de la sociedad (art. 1700):

1º.- La expiración del término por el que fue constituida, a menos que se prorrogue (art. 1702).

2º.- Por pérdida de la cosa.

3º.- Por terminación del negocio que le sirve de objeto. Ej. Si se constituyó una sociedad para construir y vender una urbanización, una vez vendida totalmente ésta, la sociedad se extinguirá.

4º.- Por la muerte de cualquiera de los socios, salvo que se haya pactado que la sociedad continuará entre los sobrevivientes, o entre éstos y el heredero (art. 1704). No operará esta causa para las sociedades civiles con forma mercantil si el Código de Comercio no la contempla

5º.- Por insolvencia de cualquiera de los socios, o embargo por los acreedores del socio de su parte en la sociedad. En este caso, tampoco operará esta causa para las sociedades civiles con forma mercantil si el Código de Comercio no la contempla.

6º.- Por voluntad de uno de los socios, en los supuestos permitidos por la ley.

El artículo 1707 permite, en las **sociedades** constituidas **por tiempo determinado**, la disolución por voluntad de uno de los socios cuando exista un justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante. Si no se ha señalado término de duración, o éste no resulta de la naturaleza del negocio, la extinción sólo requiere que la decisión del socio se tome de buena fe y en tiempo oportuno (art. 1705).

7º.- Por último, el Código Civil contempla como causa de extinción la imposibilidad de que el socio realice la aportación prometida (art. 170 l).

**4.2.Liquidación de la sociedad.-** Aunque el Código Civil enumera las causas que acabamos de ver como causas de extinción de la sociedad, la doctrina y la jurisprudencia estiman que se trata de causas de liquidación; es decir, que con ellas se abre un proceso encaminado a liquidar las relaciones jurídicas pendientes (pagar deudas, cobrar créditos, etc.) para hallar el haber líquido social y repartirlo entre los socios. Únicamente cuando este proceso tiene fin, se extingue la sociedad. (BERCOVITZ)

El artículo 1708 para la partición del activo social se remite a las reglas de la partición de herencia. Pero, salvo pacto en contrario, al socio industrial no se le puede adjudicar parte de los bienes aportados (pues no aportó ninguno), sino sólo su parte en los beneficios.

## § 1.-El contrato de depósito

### § 2.- Clases de depósito.

### § 3.- El depósito voluntario.

### § 4.-El depósito irregular

### § 5.-Depósito necesario

### § 6.-Secuestro

## §1.-El contrato de depósito

### 1.1.- Concepto.

El art. 1758 del Cc. establece que: «Se constituye el depósito desde que uno recibe la **cosa ajena** con la obligación de guardarla y de restituirla».

El Código rechaza, en principio, el depósito de cosa propia. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). El depósito se describe por el Cc. como una situación eminentemente posesoria, caracterizada porque un sujeto, llamado depositario, posee para guardar y devolver a otro, el depositante, una cosa. Un rasgo fundamental en todas las situaciones de depósito es el **deber de guarda y custodia** en sentido amplio (CAPILLA RONCERO).

### 1.2.- Caracteres.

El depósito es un **contrato real**, que se perfecciona con la entrega de la cosa mueble. Una vez entregada el depositario está obligado a guardarla, y a restituirla al depositante cuando éste se la reclame (art. 1758).

El depósito es un contrato naturalmente **gratuito**, pero puede pactarse una retribución (art. 1760). El depositante está obligado a reembolsar al depositario los gastos realizados para la conservación de la cosa, y a indemnizarle los perjuicios que se le hayan seguido del depósito (art. 1779). El depositario **no puede usar de la cosa**, pero puede retenerla hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito (art. 1780). (BERCOVITZ)

En el supuesto de que el depositante hubiera autorizado expresamente al depositario utilizar la cosa depositada, el depósito se convierte en otro tipo de contrato (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Sólo cabe el depósito de **cosas muebles** (art. 1761)

*El contrato de depósito según la STS de 10 junio 1987 «no tiene otra finalidad sino la guarda y custodia de bienes». Reconoce esta sentencia que al margen del depósito regulado en el Cc. existen tipos contractuales que también llevan aparejada la obligación de guarda junto con otras prestaciones. Así sucede con el contrato de transporte, comisión, el contrato de aparcamiento de vehículos, etc*

### § 2.- Clases de depósito.

El depósito puede ser **judicial** y **extrajudicial** (art. 1759). El extrajudicial, a su vez puede ser **voluntario** o **necesario**. Es *voluntario* cuando la entrega se hace por la voluntad del depositante (art. 1.763). El depósito es *necesario* cuando se hace en cumplimiento de una

obligación legal o con ocasión de alguna calamidad como un incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes (arts. 1.781 a 1.784 Cc.).

El **depósito judicial**, al que el Código llama **secuestro**, tiene lugar cuando se decreta el embargo o aseguramiento de bienes litigiosos (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN).

El **depósito mercantil** se regula en los artículos 303 a 310 del Ccom.

### § 3.-El depósito voluntario.

#### 3.1. Concepto y caracteres.

Esta clase de depósito tiene lugar Código por voluntad del depositante se entrega una cosa mueble al depositario para que la guarde hasta que le sea reclamada. Ej, se depositan en el almacén de un conocido los muebles de una casa mientras se hacen reformas en la misma.

El depósito voluntario es un contrato **gratuito** –salvo pacto en contrario- (art. 1.760), cuya finalidad es la de **guarda** y **custodia** de los bienes (. 1.766) y requiere la entrega de una **cosa mueble** al depositario por voluntad del depositante (PÉREZ ÁLVAREZ).

#### 3.2.- Obligaciones del depositario.

El Cc. establece la obligación del depositario de guardar y restituir la cosa (art. 1776) y la prohibición de servirse de la misma (PÉREZ ÁLVAREZ).

- a) **Obligación de guarda.** La obligación de guarda a su vez comprende: la **custodia**, lo que supone el mantenimiento de la cosa en lugar seguro para impedir su pérdida o sustracción y la **conservación** o mantenimiento de la cosa en el estado en que se recibió.

El depositante habrá de custodiar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia y no responderá en caso fortuito o fuerza mayor.

- b) **Obligación de restitución.** Incumbe al depositario la obligación de restituir la cosa depositada (arts. 1.758 y 1.766 Cc. ). Al mismo tiempo al depositante le asiste la facultad de reclamar a su arbitrio la cosa dejada en depósito.

- c) **Prohibición de servirse de la cosa depositada.** El art. 1.767 Cc. establece que: «El depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante. En caso contrario, responderá de los daños y perjuicios». No obstante, el art. 1.768 señala que en ese supuesto el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato.

#### 3.3.- Obligaciones del depositante.

El depositario está obligado a reembolsar al depositante el importe de los gastos que le hubiera originado la conservación de la cosa depositada (1.779), y en su caso, pagarle también la retribución pactada (art. 1760 Cc.).

El Cc. establece en el artículo 1.780 la posibilidad de que el depositario retenga en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito.

### § 4.-El depósito irregular.

El art. 1761 dice que pueden ser objeto de depósito extrajudicial las cosas muebles, sin más especificaciones sobre sus características. Cuando el depósito es de cosas fungibles

como el dinero, se considera que existe un «**depósito irregular**», puesto que el depositante pierde la propiedad por confundirse áquel en el patrimonio del depositario. La jurisprudencia establece en estos casos que el depositario pierde la propiedad del dinero, siendo sustituida por un crédito contra el depositante. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

## § 5.-Depósito necesario

Además del depósito pactado voluntariamente, regula el Código el llamado «**depósito necesario**», que recibe esta denominación por no ser espontáneo por parte del depositante (CAPILLA RONCERO).

El depósito necesario tiene lugar en los siguientes supuestos:

- a) Cuando se realiza en cumplimiento de una **disposición legal** (art. 1.781.1 Cc.), en cuyo caso se regirá por la ley que lo establezca y supletoriamente, por las normas del **depósito voluntario**.
- b) Cuando tiene lugar con ocasión de alguna calamidad- **depósito miserable**-, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes, rigiéndose en ese caso por las normas del depósito voluntario (art. 1781.2) (BERCOVITZ). Se trata de situaciones de peligro que determinan la necesidad de confiar en una persona la guarda de las cosas objeto del depósito con el fin de evitar su pérdida. (PÉREZ ÁLVAREZ).
- c) Califica también el Código de «necesario» el depósito de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responderán de estos efectos siempre que el viajero les haya comunicado su introducción, y observen las prevenciones que se les hubieran hecho sobre su cuidado y vigilancia (art. 1783). De esta responsabilidad sólo estarán exentos en caso de robo a mano armada, o de otro suceso de fuerza mayor (art. 1784).

## § 6.-Secuestro.

Según el art. 1.785 «el depósito judicial o secuestro tiene lugar cuando se decreta el embargo o aseguramiento de bienes litigiosos». Puede recaer, a diferencia del voluntario, tanto sobre **bienes muebles** como **inmuebles** (Art. 1.786).

En el supuesto de bienes inmuebles el embargo no implica su depósito, puesto que mediante la pertinente **anotación preventiva** en el Registro de la Propiedad, se colocan estos bienes en un estado, en los que cualquier disposición sobre ellos no puede perjudicar al acreedor embargante, puesto que quien adquiera el bien adquirirá a su vez la carga que aparece inscrita en el Registro. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

### §1.-Concepto, caracteres y clases

### §2.-Constitución del contrato de fianza

### §3.-Efectos de la fianza

### §4.-Extinción

### §1.-Concepto, caracteres y clases

## 1.1.- Concepto.

Por el contrato de fianza una de las partes (fiador) se obliga a cumplir una obligación en lugar de un tercero en el caso de que éste no cumpla (BERCOVITZ). Así pues, el fiador garantiza el cumplimiento de una obligación ajena (MONTÉS PENADÉS).

La **fianza** es el prototipo de las **garantías personales**, que otorgan al acreedor garantizado una posición reforzada de su interés, en caso de que no pague su deudor puede proceder contra el fiador. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La obligación del fiador es accesoria y subsidiaria. La **accesoriedad** supone que exista una obligación principal (la asegurada con fianza). La **subsidiariedad** comporta que el fiador sólo tenga que pagar si no lo hace el deudor principal. Además el fiador dispone del **beneficio de excusión** (art. 1.830 y ss.) *en* virtud del cual el acreedor no puede dirigirse contra el fiador mientras existan bienes en poder del deudor que puedan responder de su incumplimiento. Ej. el acreedor no puede exigir al fiador los 50000 €. que se había obligado a pagar el deudor en tanto éste tenga bienes suficientes sobre los que pueda recaer la ejecución forzosa de la deuda.

El pago realizado por el fiador le convierte en acreedor del deudor principal, lo cual es lógico porque se trata de evitar un enriquecimiento injustificado del deudor. A esta posibilidad se le denomina **acción de regreso** (MONTÉS PENADÉS).

El contrato de fianza puede ser **oneroso o gratuito**, lo que supone que la otra parte puede obligarse, o no, a cumplir una contraprestación (normalmente, el pago de una cantidad de dinero) en favor del fiador (arts. 1822 y 1823 CC). (BERCOVITZ)

Puede celebrarse en cualquier forma, si bien la **fianza mercantil** exige la forma escrita (art. 440 C. de Co.). La **fianza** es **civil** cuando no está dirigida a asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil (art. 439 C. de Com.). (BERCOVITZ)

La fianza no se presume sino que ha de ser expresa (art. 1827 Cc.)

## 1.2.- La cofianza y la subfianza

Existe **cofianza**, cuando varios fiadores garantizan la totalidad de una deuda, en ese sentido establece el artículo 1837 que la obligación de responder se divide entre todos, de forma que el acreedor sólo puede reclamar a cada fiador la parte que le corresponda (BERCOVITZ). No obstante las partes pueden haber pactado expresamente que la fianza tenga carácter solidario. Ej. Generalmente en los contratos de préstamo se utiliza la fianza solidaria.

Pero, si uno de ellos pagó la deuda entera, podrá reclamar a los demás su parte proporcional sólo en el caso de que realizara el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor en estado de concurso o quiebra. En estos dos casos, si uno de los fiadores es insolvente, habrán de pagar proporcionalmente los demás al acreedor su parte (art. 1844).

La **subfianza** supone que un segundo fiador garantiza el cumplimiento de la obligación del fiador de pagar en caso de incumplimiento del deudor. El subfiador, por tanto, es un fiador del fiador. Tanto los cofiadores como los subfiadores gozan del **beneficio de excusión**, a menos que se trate de cofianza y subfianza solidarias. (BERCOVITZ)

## §2.-Constitución del contrato de fianza

Lo normal es que la fianza se celebre entre el acreedor del deudor y el fiador, por ser las partes acreedora y deudora en la relación accesoria de fianza. También cabe que se celebre entre el deudor y el acreedor y que sea aceptada por el acreedor. Si embargo, la razón o causa determinante de que alguien se obligue a pagar una deuda ajena está en la relación que media entre el fiador y el deudor principal (mandato, gestión de negocios, acto de liberalidad, este último supuesto sería el caso del padre que se instituya como fiador de su hijo, etc...). (PUIG BRUTAU)

## §3.-Efectos de la fianza

### 3.1.- Obligaciones del fiador.

#### a) Fianza normal.

La obligación única del fiador es la de cumplir si el deudor no cumple. En ese sentido el **art. 1830** establece que: «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor». No obstante el Código Civil establece una serie de limitaciones a esta obligación. Así, el fiador no puede obligarse a más de lo que estuviera obligado el deudor (art. 1826); pero la fianza comprende también los accesorios de la obligación principal (art. 1827).

El **artículo 1843 Cc.** contempla la denominada **acción de cobertura** que permite al fiador, aún antes de haber pagado, dirigirse contra el deudor para que éste le releve de la fianza o le otorgue una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor, en los siguientes casos:

1º Cuando se le demande judicialmente el pago.

2º En caso de insolvencia, concurso o quiebra del deudor.

3º Cuando el deudor se haya obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado y éste haya transcurrido.

4º.- Cuando la deuda sea ya exigible.

5º Si la deuda no tiene vencimiento fijo, al cabo de diez años, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse en un tiempo inferior.

El fiador puede oponer al acreedor todo tipo de excepciones, salvo las que sean puramente personales del deudor: menor edad o incapacidad de éste (art. 1853).

#### b) Fianza solidaria

En la fianza normal el fiador se obliga a pagar si no paga el deudor, de forma que el acreedor ha de exigir el cumplimiento, en primer lugar, al deudor; y sólo si éste no cumple ni



tiene bienes con que responder puede el acreedor dirigirse contra el fiador. En la fianza solidaria, el fiador se obliga a pagar a la vez que el deudor, de forma que el acreedor puede exigir el cumplimiento a cualquiera de ellos. (BERCOVITZ)

La fianza solidaria se rige por las reglas de las obligaciones solidarias (art. 1822), pero el deudor debe resarcir al fiador conforme a las reglas de la fianza.

### **C) Derechos del fiador que paga la deuda.**

El fiador que paga la deuda dispone de las **acciones de regreso** y de la de **subrogación**.

El **artículo 1838** establece la **acción de regreso** cuando establece que el deudor debe pagar al fiador: «La cantidad total de la deuda; los intereses legales desde que hizo saber el pago al deudor; los gastos que se le ocasionen después de haber puesto en conocimiento del deudor que ha sido requerido de pago; y los daños y perjuicios, cuando procedan».

En cambio, cuando el fiador paga sin notificárselo al deudor y éste, por ignorar el pago, paga también al acreedor, el fiador no podrá exigir nada al deudor; únicamente podrá reclamar al acreedor la devolución de lo pagado (art. 1842).

Además de esta **acción de regreso** del fiador frente al deudor, las reglas generales establecen la subrogación automática del primero en el crédito pagado (arts. 1839 y 1210.3). Pero no puede ejercitar a la vez la acción de regreso y la procedente de la subrogación.

Quiere ello decir que, si lo afianzado es una deuda por la restauración de un mueble antiguo y el fiador la paga, ocupa automáticamente el lugar del acreedor (es decir, del restaurador). Y que, en caso de insolvencia del deudor, como el restaurador gozaba de preferencia para cobrar su crédito con el precio obtenido por la venta del mueble restaurado (art. 1922. I' CC), el fiador que pagó gozará también de esa preferencia. Pero ha de elegir entre ejercitar la acción procedente del crédito en el que se ha subrogado, o la correspondiente a la fianza.

La situación del deudor no puede agravarse como consecuencia del pago del fiador. Por ello, cuando éste transige con el acreedor, no puede reclamar al deudor más de lo que realmente pagó (art. 1839). Además, si pagó antes del vencimiento de la deuda, no puede reclamar el reembolso hasta que llegue el término pactado (art. 1841). Por último, si pagó sin comunicárselo al deudor, éste podrá oponerle todas las excepciones que tenía contra el acreedor (art. 1840).

### **§4.-Extinción**

La obligación de fianza se extingue por la extinción de la obligación principal, y por las mismas causas que las demás obligaciones (art. 1847): confusión, condonación, etc. El artículo 1848 puntualiza que la confusión producida entre el deudor y el fiador no extingue la obligación del subfiador.

También se extingue la fianza cuando el acreedor acepta en pago algo distinto de lo debido, aunque después lo pierda por evicción (art. 1849). Igualmente, la prórroga concedida por el acreedor al deudor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza (art. 1851). También quedan libres los fiadores aunque sean solidarios, cuando no pueden subrogarse en los

derechos, hipotecas y privilegios de la obligación por culpa del acreedor (art. 1852).

**TEMA 23:**  
**LOS CONTRATOS ALEATORIOS, TRANSACCIÓN Y ARBITRAJE**

**§1.- Contratos aleatorios**

**§2.- La transacción**

**§3.- El contrato arbitral**

**§1.- Contratos aleatorios.**

El art. 1.790 proporciona una definición general de contrato aleatorio: «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.»

El Código civil regula los siguientes contratos aleatorios:

**A) *El juego y la apuesta.***

El Código dedica unas normas al juego y a la apuesta, si bien únicamente se ocupa de regular las consecuencias patrimoniales de un juego o de una apuesta, no de regular el contrato de juego o de apuesta. (Arts. 1.798 y 1.801).

**B) *La renta vitalicia.***

El contrato de renta vitalicia aparece en el art. 1.802 del cc: «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».

Ej. Una anciana transfiere a una orden religiosa la propiedad un inmueble, la orden a cambio le pagará una pensión mensual durante el resto de su vida.

La aleatoriedad, en este tipo de contrato reside en la incertidumbre sobre la duración de la vida de la persona a cuyo favor se constituye la renta vitalicia, cuya extinción determinará la de la obligación de pago de la pensión. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN) .

**C) *El contrato de seguro.***

El Código civil en los arts. 1.791 a 1.797, establecía una serie de reglas sobre el contrato de seguro, que habida cuenta de su insuficiencia para regular esta figura han sido derogadas por la Ley de Contrato de Seguro de 1980.

**§2.- La transacción.**

En virtud del contrato de transacción las partes, haciéndose concesiones mutuas, evitan la provocación de un pleito o ponen fin al que ya había comenzado (art. 1809).

Por ejemplo, vendida una finca, se discute si determinados muebles situados en ella estaban o no incluidos en la venta, Si las partes acuerdan que el comprador se quedará con los muebles pagando al vendedor una cantidad inferior a su valor, existe un contrato de transacción: el vendedor ha cedido los muebles que, según él, le correspondían; y el comprador ha cedido una cantidad de dinero que, según él, no le correspondía pagar.

(BERCOVITZ)

La transacción puede versar sobre cualquier cosa o derecho, siempre que no sea indisponible. El Código señala que se puede transigir sobre la acción civil procedente de un delito, pero sin que se extinga la acción pública para la imposición de la pena (art. 1813). No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros (art. 1814). (BERCOVITZ)

No existe ninguna norma que regule la forma de la transacción, por lo que habrá que estimar que será válida cualquiera que sea la forma en que se celebre. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

Según el art. 1.816 del CC la transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada, es decir que se reconoce a la transacción como el equivalente de una sentencia.(DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

### **§3.- El convenio arbitral.**

#### **3.1. Concepto y clases**

Constituye el arbitraje un procedimiento por el que una cuestión litigiosa se somete, no a la resolución del Tribunal correspondiente, sino a la de uno o varios árbitros, comprometiéndose las partes a acatar la decisión de éstos. Está regulado en la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988. (BERCOVITZ)

El arbitraje regulado en la Ley es muy diferente de la determinación de la prestación mediante el arbitrio de un tercero. En este segundo caso no se somete al tercero la resolución de ninguna controversia jurídica (no se discute cuál es la prestación), sino la determinación de uno de los elementos del contrato. (BERCOVITZ)

El arbitraje puede ser de **Derecho o de equidad**. En el primero, los árbitros deberán fallar conforme a Derecho, y tienen que ser, obligatoriamente, abogados en ejercicio. En el de equidad los árbitros deberán resolver según su saber y entender, y podrá ser árbitro cualquier persona (salvo Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, y funcionarios retribuidos por arancel).

#### **3.2. El convenio arbitral.**

Es el contrato por el que las partes acuerdan someter las cuestiones litigiosas que existan o puedan existir entre ellos a la decisión de uno o más árbitros, así como acatar sus decisiones.

Se puede someter a arbitraje una controversia existente, o bien las que puedan surgir en el futuro de una relación jurídica determinada, siempre y cuando la controversia esté pendiente; es decir, que no exista una resolución judicial firme sobre ella. No puede versar el arbitraje sobre materias que no sean disponibles por las partes (como el estado civil de las personas), o en las que necesariamente deba intervenir el Ministerio Fiscal en defensa de menores e incapaces. Tampoco se puede convenir el arbitraje cuando la cuestión controvertida está

unida a otra sobre la que las partes no pueden disponer (BERCOVITZ).

El convenio arbitral ha de efectuarse por **escrito**, bien en un solo documento, bien por intercambio de cartas o por otro medio de comunicación que deje constancia escrita de la voluntad de las partes. El documento ha de reflejar la declaración de voluntad de las partes de someterse al arbitraje, y la de cumplir la decisión de los árbitros; también debe señalar las cuestiones litigiosas que se les someten.

De todas formas, la Ley consagra el llamado «arbitraje libre», que se produce cuando dos personas pacten, *en forma distinta* de la prevista en la Ley, la intervención dirimente de uno o más terceros. La decisión del tercero o terceros será eficaz si las partes la aceptan después de emitida, y concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.

El convenio arbitral obliga a las partes a someterse a la decisión de los árbitros, e impide que los Tribunales puedan conocer de la cuestión litigiosa siempre que la parte interesada oponga la oportuna excepción.

En cambio, contra la decisión de los árbitros (laudo) sí cabe recurrir ante los Tribunales. El recurso de anulación, ante la Audiencia Provincial, puede fundarse en las siguientes causas: nulidad del convenio arbitral; falta de observancia de las formalidades y principios esenciales de la Ley en el nombramiento de árbitros o en su actuación; que el laudo se haya emitido fuera de plazo; que los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión, o que no pueden ser objeto de arbitraje; y que el laudo fuere contrario al orden público. Además, cabe el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo conforme a lo establecido para las sentencias firmes. Si el laudo es firme, es ejecutable por los trámites establecidos para las sentencias firmes.

### **3.3. El arbitraje de consumo**

El artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios impuso al Gobierno la obligación de establecer un sistema arbitral, voluntario y sin formalidades especiales, encaminado a resolver las reclamaciones de los mismos. El Gobierno cumplió con esta obligación mediante el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el **sistema arbitral de consumo**.

El sistema es, efectivamente, voluntario: el consumidor puede acudir a él o, si lo prefiere, directamente a los Tribunales; y los empresarios y profesionales no están obligados a aceptar este sistema para la resolución del conflicto a no ser que hubiesen realizado oferta pública de sometimiento al mismo, en cuyo caso quedará formalizado el convenio arbitral con la presentación de la solicitud por el reclamante (vid. arts. 5 y 6).

## **TEMA 24: CUASICONTRATOS**

**§1.- Concepto de cuasicontrato.**

**§2.- Gestión de negocios ajenos sin mandato.**

**§3.- El enriquecimiento sin causa.**

**§4.- El cobro de lo indebido.**

**§1.- Concepto de cuasicontrato.**

El **art. 1.089 Cc.** cita entre las fuentes de las obligaciones a los cuasicontratos. Los considera como fuente autónoma, independiente de las otras en él recogidas. El **art. 1887** los define 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».

En esta figura nos encontramos con obligaciones impuestas por la ley en situaciones en las que los principios de solidaridad social o justicia lo demandan (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

**§2.- Gestión de negocios ajenos sin mandato.**

**2.1. Concepto.**

El art. 1.888 del Código no define la gestión de negocios sino que describe el supuesto, cuando establece que: «El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su 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»

Ej. Un agricultor se da cuenta que el campo de su vecino, se encuentra invadido por una plaga que de no ser tratada adecuadamente le va a arruinar la cosecha. Habida cuenta de que su vecino, que además es amigo, se encuentra de vacaciones en el extranjero, decide sin consultarlo con aquel realizar el tratamiento de urgencia que necesitaba el campo.

**2.2. Caracteres.**

Esta figura presenta los siguientes caracteres (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN):

1º.- Falta de toda obligación, legal o voluntaria, de asumir la gestión.

2º.-Gestión de un negocio ajeno.

3º.-*Absentia domini*. Que el objeto de la gestión de negocios se halle abandonado, que el dueño se encuentre imposibilitado de hacerse cargo de él.

4º.- Asunto lícito.

5º.- Utilidad de la gestión.

**2.3. Objeto de la gestión.**

El art. 1888 se refiere a los negocios de otro, si bien la doctrina entiende la expresión negocio en sentido amplio, incluyendo no sólo los negocios jurídicos sino también la realización de actos materiales (reparación de la casa ajena, extinción de un incendio, etc.).

#### **2.4. Contenido.**

El gestor está obligado a continuar la gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que el sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo (art. 1.888)

El gestor está obligado a obrar con la diligencia propia de un buen padre de familia e indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño. (Art. 1890). El gestor asimismo está obligado a rendir cuentas de su gestión, aunque este extremo lo silencie el Código. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Para el *dominus* la ratificación de la gestión produce los efectos del mandato expreso (art. 1.892). Aún cuando no hubiera 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 hubiere sufrido en el desempeño de su cargo. (Art. 1983).(DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

#### **§3.- El enriquecimiento sin causa.**

El concepto de causa, propio de la normativa de los contratos (art. 1274) se utiliza también en relación con las atribuciones patrimoniales. Con esta idea se expresa la necesidad de que toda atribución y que todo desplazamiento entre patrimonios se justifique a merced de una situación previa considerada suficiente por el Ordenamiento. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una causa justa, el que ha recibido la atribución debe restituir. El empobrecido cuenta a su favor con una acción para obtener y reclamar dicha sustitución. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

La doctrina del enriquecimiento injustificado o sin causa, es una construcción jurisprudencial y doctrinal relativamente moderna que exige los siguientes requisitos:

- a) La adquisición de una ventaja patrimonial por parte del demandado con el correlativo empobrecimiento por parte del actor.
- b) Conexión entre empobrecimiento y enriquecimiento.
- c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento.

Un ejemplo citado por Díez-Picazo y Gullón, extraído de la jurisprudencia francesa es el de la empleada que a causa de una promesa de matrimonio, trabaja gratis para su patrón, además de ser su concubina. No habiéndose celebrado el matrimonio, los tribunales condenaron a aquél a pagarle los salarios que se ahorró y que contribuyeron a aumentar su patrimonio.

#### **§4.- El cobro de lo indebido.**

Este cuasicontrato surge cuando se ejecuta una prestación que no es debida por error. El código identifica la prestación con la entrega de una cosa, cuando en el art. 1885 establece 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».

Ej. Un supuesto habitual lo tenemos cuando en el banco por error se nos ingresa una determinada cantidad de dinero en una cuenta de la que somos titulares.

Quien ha pagado por error lo que no debía, tiene derecho a reclamar lo que el otro ha percibido indebidamente.



## Tema 25: La Responsabilidad civil extracontractual

- § 1.- Responsabilidad contractual y extracontractual.
- § 2.- Responsabilidad extracontractual y responsabilidad civil derivada de delito.
- § 3.- Clases de responsabilidad extracontractual.
- § 4.- Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva.
- § 5.- Responsabilidad directa o indirecta.
- § 6.- Requisitos comunes a todos los casos de responsabilidad
- § 7.- Principales supuestos legales de responsabilidad objetiva.
- § 8.- Las vías de reparación del daño

### §1.- RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL.

#### 1.1- INTRODUCCIÓN.

El **no causar daño a los demás** (*neminem laedere potest*) es una de las principales reglas de convivencia humana. El Ordenamiento jurídico- nos dice DE ANGEL YAGÜEZ- sanciona la conducta lesiva productora de un **daño**, de manera que el causante del mismo responde de él, es decir, se halla sujeto a una **responsabilidad** que se traduce la **obligación de indemnizar o reparar** el daño causado.

Existen **dos grandes grupos** de **actos dañosos** que integran las responsabilidad civil: los que consisten en incumplir un contrato, y los que se producen en el desarrollo de cualquiera de las actividades humanas, pero al margen de toda *relación jurídica* previa entre dañador y víctima.

En el primer caso, la obligación de indemnizar deriva de la violación de un contrato que ha sido incumplido. La doctrina al referirse a este supuesto lo denomina **responsabilidad contractual**, cuyo fundamento legal se encuentra en el art. 1.101 del CC: «Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella».

En el segundo supuesto, la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido una de las normas esenciales de convivencia, el principio *neminem laedere*. Estos supuestos originan la llamada **responsabilidad extracontractual o civil**, regulada en el art. 1.902 y ss. del Cc.: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

La STS 1ª de 3 de octubre de 1.968 establece que la **responsabilidad contractual** presupone una **relación preexistente**, que de ordinario es un contrato, pero que puede ser cualquier otra relación jurídica...; siendo la **responsabilidad extracontractual** que regulan

los arts. 1.902 y ss. la que se funda en la existencia de un daño con independencia de cualquier relación obligatoria antecedente entre las partes de la relación obligatoria subsiguiente de los perjuicios. (STS 1951) con la excepción de aquel **deber** que a todos nos incumbe, cual es el de no causar daño a los demás individuos de la comunidad social (*neminem laedere*).

## 2.2. LA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA

Junto con los términos responsabilidad civil también se utilizan las siguientes expresiones: «**Responsabilidad Aquiliana**», derivada de la *Lex Aquilia* que en Roma sancionaba la responsabilidad civil; «**obligación nacida de acto ilícito**» (art. 1089), «**responsabilidad cuasidelictual**» o simplemente «**responsabilidad civil**». En ocasiones, también se utiliza el término culpa dando lugar a las expresiones: **culpa extracontractual** y **culpa aquiliana**, atendiendo más que a la consecuencia (deber de responder) a la causa originaria del mismo, a la reprochabilidad de la conducta del mismo (a la culpa). Finalmente, el término puede aún acotarse más utilizándose el de **responsabilidad civil extracontractual**, en contraposición a la **responsabilidad penal** y a la **responsabilidad civil contractual**.

La expresión responsabilidad civil, utilizada de modo riguroso, engloba tanto la que deriva del incumplimiento del contrato (responsabilidad contractual) como la que se contrae al margen de una previa relación contractual (responsabilidad extracontractual). Sin embargo, es frecuente utilizar la expresión responsabilidad civil para referirse sólo a la responsabilidad extracontractual.

La última tendencia en la doctrina, es la de utilizar el término «**Derecho de daños**», para referirse a la parcela del ordenamiento jurídico que versa sobre la responsabilidad civil. La expresión pone todo su interés sino en la consecuencia lesivo del acto (el daño que origina el deber de indemnizar), dejando de lado la responsabilidad del sujeto productor del daño (DE ANGEL YAGÜEZ).

## 2.3.- DIFERENCIAS ENTRE AMBOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD.

Las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad son las siguientes:

1. *Respecto al grado de cualificación de la culpa.* -En materia contractual, la **culpa** es el fundamento de la responsabilidad, de tal forma que la responsabilidad por incumplimiento se equipara a responsabilidad por **culpa** (JORDANO FRAGA).

En materia contractual sólo a partir de la **culpa levis** se originará el deber de indemnizar, salvo pacto en contrario. En la **responsabilidad extracontractual o aquiliana**, el grado de intensidad de la culpa es menor, basta que la acción u omisión que haya causado el daño haya tenido lugar concurriendo cualquier género de culpa o negligencia. La responsabilidad surge incluso en el supuesto de culpa **levísima** que no hubiese dado lugar a

responsabilidad contractual.

2. *El alcance del deber de reparar.*- El alcance de la **indemnización** en materia de **responsabilidad contractual** es variable: si el incumplimiento de la obligación es de *buena fe* (culposo) la obligación la indemnización se limitará a los **daños previstos o previsibles al tiempo de contratar** (art. 1.107-1º Cc), en cambio en el supuesto del *dolo* (mala fe) se tiene que responder íntegramente (art. 1.107-2º Cc), (PANTALEÓN).

La indemnización en la **responsabilidad extracontractual** es total puesto que en este ámbito no se admiten graduaciones o moderaciones de la culpa. El criterio aplicable será el **resarcimiento integral** del art. 1.107-2; es decir la indemnización por todos los daños causados conocidos e incluso el beneficio dejado de obtener (*lucrum cesans*).

Los dos tipos de resarcimiento, limitado e integral, aparecen contemplados en el **artículo 1.107** que formal o sistemáticamente es un **desarrollo del 1.101** (este precepto consagra el principio de responsabilidad por el incumplimiento, o por el cumplimiento defectuoso o tardío de las obligaciones contractuales). Establece el art. 1.117- 1º que los «daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever **al tiempo de constituirse la obligación** y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento». Y añade su párrafo segundo que «en caso de dolo responderá el deudor de todos los (daños y perjuicios) que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación».

Pues bien, precisamente en, se basa la opinión de que aquel precepto no es aplicable al ámbito de la extracontractual (PANTALEON).

3. *Los plazos de prescripción.*- La acción para exigir la **responsabilidad contractual** prescribe por el transcurso de **15 años** de acuerdo con el art. 1.964 Cc, mientras que para la extracontractual es de tan sólo **1 año** (Art. 1.968.2)

4. *El régimen de responsabilidad en el caso de concurrencia de varios agentes.*- En materia de **responsabilidad contractual**, el Código civil, se inclina por la fórmula de la no presunción de solidaridad, esto es, la de la **mancomunidad** (art. 1.137). Por el contrario, en materia de **responsabilidad extracontractual**, los tribunales vienen optando por la **solidaridad** cuando varias personas concurren como autores en la producción de un daño.

No obstante la solidaridad va imponiéndose en todos los ámbitos como criterio general, aún a espaldas de la ley (YZQUIERDO TOLSADA).

5. *Admisibilidad de cláusulas de exoneración o limitativas de la responsabilidad.*- Este tipo de cláusulas son admitidas, si bien de forma limitada, en la responsabilidad contractual. En la responsabilidad extracontractual son inoperantes aquellas cláusulas por no existir contrato previo entre el agente causante del daño y la víctima (YZQUIERDO TOLSADA).

6. *Diferente régimen de la prueba de la culpa.*- En la esfera **contractual** la doctrina y la jurisprudencia dominantes reconocen la existencia de una **presunción de culpa del deudor** por aplicación analógica del artículo 1.183. Al acreedor le basta probar la existencia de la obligación preexistente y su incumplimiento (art. 217 Lec) El deudor para eximirse deberá probar las causas por las que el incumplimiento no le es imputable (YZQUIERDO TOLSADA).

En el ámbito de la **responsabilidad extracontractual** no existe presunción contra el agente causante del daño, recayendo sobre el perjudicado demandante la prueba de la culpa

del dañador. No obstante poco a poco se va instaurando el principio jurisprudencial de inversión de la carga de la prueba en materia de responsabilidad civil objetiva (YZQUIERDO TOLSADA). Este principio de inversión también se ha instaurado como consecuencias de determinadas leyes especiales de responsabilidad civil.

7.- *La capacidad de obrar.* Esta capacidad es presupuesto para la responsabilidad contractual, sin embargo, en materia extracontractual hay casos en los que el menor o incapaz responden civilmente de las consecuencias del daño (YZQUIERDO TOLSADA).

8.- *Responsabilidad por hecho del dependiente.* En materia extracontractual cabe la exoneración del responsable principal (si se demuestra que fue empleada por él la diligencia exigible (art. 1.903), por el contrario no se admite esta exoneración en el ámbito contractual (YZQUIERDO TOLSADA).

9. *Diferente competencia judicial territorial.*- El artículo 50 Lec determina que el **juez competente** para conocer de las **acciones personales** (entre las que se encuentra la de responsabilidad contractual) es, en primer término, el del lugar en que deba cumplirse la obligación; y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato. Por el contrario, es principio jurisprudencial ya asentado en materia de responsabilidad aquiliana que el juez competente para conocer de ella es el del lugar en que ocurrió el hecho dañoso.

## **§2.- RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO.**

### **2.1. INTRODUCCIÓN.**

Al concepto de responsabilidad civil se llega a través de sucesivos deslindes. El primero, diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual y el otro separa nítidamente el ámbito de la **responsabilidad civil** del de la **responsabilidad penal** (DE ANGEL ).

La razón de ser de esta distinción reside en el hecho de que en toda sociedad civilizada hay **conductas ilícitas** que son *merecedoras de la aplicación de una pena*, mientras que **otras** sólo dan lugar a la obligación de indemnizar a la víctima por el daño que se le ha causado.

Los primeros son comportamientos constitutivos de **ilícito penal**. Es característico de estos comportamientos punibles el hallarse debidamente descritos (**tipificados**) por la ley penal. Son los delitos y faltas de nuestras leyes.

El art. 1.092 CC es una norma de remisión al establecer que «Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o de las faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal».

A la acción contemplada en este precepto también se le denomina **acción civil ex delicto**. Algunos procesalistas (De la Oliva, Font Serra) estiman que la denominación correcta debería ser la de acciones civiles ejercitables en el proceso penal puesto que en realidad el origen de la responsabilidad civil *ex delicto* y la extracontractual es el mismo: el deber de reparar el daño.

El Código penal se ocupa de la responsabilidad civil en los arts. 107 y 117.

Las segundas conductas, las constitutivas de **ilícito civil** son comportamientos simplemente dañosos (contractuales o extracontractuales), no tipificados por la ley penal y cuya sanción por entenderse que sólo lesionan un interés particular consiste en imponer al autor de los mismos una **obligación de resarcimiento o indemnización** (Art. 1.092 y ss).

## **2.2. DIFERENCIAS ENTRE RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL.**

Las diferencias entre ambos tipos de ilícito son las siguientes:

1.- El ilícito penal se caracteriza por su **tipicidad**, al exigirse la prohibición de una conducta determinada en la ley penal. Será ilícito civil todo comportamiento dañoso no tipificado por la ley penal (YZQUIERDO TOLSADA).

2.- La culpa penal comporta el castigo de la conducta culposa con una **pena**, (prisión, multa, inhabilitación, cierre de establecimientos, privación de licencias, destierro) mientras que la civil supone el resarcimiento del daño a la víctima o sus allegados.

3.- La responsabilidad penal es estrictamente **personal**, sin posibilidad de transmisión a otros, mientras que la civil admite la condena por actos ajenos (arts. 1.903 y ss.).

4.- Si la **culpa civil** obedece a la infracción de un **deber objetivo de cuidado**, la **culpa penal** requiere además de ese elemento integrante de la tipicidad o de la antijuricidad, otro que forma parte de la culpabilidad, cual es la infracción de un deber subjetivo de cuidado, o «culpabilidad del autor».

5.- Si bien toda responsabilidad penal lleva aparejada una responsabilidad civil, no sucede lo contrario. Además, no es preciso que concurra ningún tipo de daño para que concurra la responsabilidad penal, mientras que sin daño no hay responsabilidad civil (YZQUIERDO TOLSADA).

6.- En los supuestos en que se admite civilmente la llamada responsabilidad objetiva o sin culpa, se apartando definitivamente las premisas de partida de la responsabilidad civil en relación con la penal.

7.- La acción civil derivada de delito se ejercita en el proceso penal junto con las acciones penales.

8.- La responsabilidad penal se extingue con la muerte del culpable (art. 115 L.E.Crim) mientras que la responsabilidad civil se transmite a los herederos del responsable y a los herederos del perjudicado (YZQUIERDO TOLSADA).

9.- La responsabilidad civil es **asegurable** mientras que la responsabilidad penal no puede ser objeto de un contrato de seguro (YZQUIERDO TOLSADA).

## **2.3.- LA UNIFICACIÓN DE RESPONSABILIDADES CIVILES.**

La doctrina estima que el diferente ámbito de regulación (penal o civil) entre una responsabilidad extracontractual de carácter general y una específica definida como derivada de delito o de falta debería de haber desaparecido desde hace mucho tiempo. El legislador del CP de 1995 no debería de haberla mantenido (DÍEZ-PICAZO).

El TS en alguna ocasión S. 20 febrero 1979 (RJA 709) ha dejado claro que «el delito en sí mismo la única consecuencia que produce es la sanción penal». En consecuencia, el hecho de que con ocasión del delito se produzcan *además* daños resarcibles, no modifica un ápice la naturaleza jurídico-civil de la obligación de reparar. Es el daño en sí mismo lo que hace nacer la responsabilidad, con absoluta independencia de lo que de reprochable pueda tener esa conducta para el ordenamiento penal (YZQUIERDO TOLSADA).

Según PANTALEÓN ambos tipos de responsabilidad tienen el mismo fundamento –el daño, que ha de ser atribuido al responsable mediante un adecuado criterio de imputación- e idéntica finalidad reparatoria. El ordenamiento jurídico por razones de economía procesal y en base a que toda culpa criminal es culpa civil, habilita al Juez penal, en los casos de sentencia condenatoria a pronunciarse sobre cuestiones resarcitorias puramente civiles. La doble regulación penal y civil también se explica por motivos históricos, ya que el Código Penal fue anterior al CC Por todo ello, hay que afirmar estamos ante una única acción de responsabilidad aquiliana que puede ser ejercitada por la vía penal o civil.

### § 3.- CLASES DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.

La responsabilidad civil extracontractual puede clasificarse de acuerdo con varios tipos de circunstancias:

A) En primer lugar se puede distinguir entre una **responsabilidad subjetiva** y una **responsabilidad objetiva**. La primera de ellas se funda exclusivamente en la culpa del causante del daño. La **objetiva** por el contrario tiene lugar con independencia de la culpa del causante del daño (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

B) La **responsabilidad** puede ser **directa** o **indirecta**. Es directa la que se impone a la persona causante del daño, es siempre una *responsabilidad por hechos propios*. La responsabilidad indirecta es la que se impone a una persona que no ha causado los hechos dañosos, ésta es *responsable por hechos ajenos*(DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

C) **Responsabilidad principal y subsidiaria**. Esta responsabilidad atiende a la exigibilidad de la obligación de indemnizar: es principal la responsabilidad inmediatamente exigible; es subsidiaria la responsabilidad que sólo puede exigirse en defecto del obligado principal, bien porque no existe, o no cumple o porque es insolvente (PARRA LUCÁN).

### § 4. - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

#### 4.1.- INTRODUCCIÓN.

Para la imposición de la responsabilidad extracontractual caben en principio dos

criterios distintos:

a) El sistema de la **responsabilidad subjetiva o por culpa**, en el que la responsabilidad deriva de la culpa en que haya incurrido el agente causante del daño.

b) El sistema de **responsabilidad objetiva o por riesgo**, en el que la obligación de resarcimiento se genera simplemente por la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido, independientemente de la existencia o no de culpa. Basta que se produzca el daño para que el responsable del mismo, aún sin culpa tenga que indemnizar a la víctima.

#### **4.2.- LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVO O POR CULPA.**

El principio fundamental sobre el que se apoya el art. 1.902 Cc. es el de la existencia de culpa o negligencia en la responsabilidad extracontractual. El principio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico ha sido el de «ninguna responsabilidad sin culpa» (PARRA LUCÁN).

La jurisprudencia, sin embargo, ha ido suavizando el rigor del principio culpabilístico a través de los denominados «**expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa**» (PARRA LUCÁN). Estos son los siguientes:

- a) *Mayor rigor en la interpretación y apreciación del art. 1.104 Cc.* La culpa en el ámbito extracontractual no consiste en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más elemental experiencia como sucede con la responsabilidad contractual, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible. Es decir que basta la culpa levísima para imputar la responsabilidad extracontractual.
- b) *No basta el cumplimiento de las disposiciones legales para evitar la responsabilidad.* La diligencia exigible no comprende sólo la adopción de aquellas garantías exigidas por leyes y reglamentos, sino todos aquellos que la técnica y la prudencia impongan. La adopción garantías reglamentarias por si solas no exoneran de responsabilidad.
- c) *Presunción de culpa del causante del daño.* Al agente corresponde desvirtuar aquella presunción demostrando que actuó con la diligencia debida, lo que supone una inversión de la carga de la prueba, ya que normalmente al demandante incumbe la prueba de los hechos constitutivos de su demanda (art. 217 Lec).
- d) *Principio de expansión de la apreciación de la prueba.* Cuando no puede probarse con exactitud la causa del daño y la culpa del agente se acude a este principio. Así ha sucedido en algunos pronunciamientos de la jurisprudencia en responsabilidad médica, como el de la STS 2 diciembre 1996 que admite el desplazamiento de la carga de la prueba «hacia la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba».

#### **4.3.- LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SIN CULPA.**

a) *Concepto.* - El principio fundamental sobre el que tradicionalmente se ha apoyado el art. 1.902 Cc. es el de que “no existe responsabilidad sin culpa”. Hoy en día aquel postulado ha de completarse con la figura de la «responsabilidad objetiva o por riesgo» que parte de la afirmación de que “no ha de haber daño derivado de un daño previsto sin indemnización” (PUIG BRUTAU).

La responsabilidad por riesgo tiene origen jurisprudencial y se basa en la idea de que quien crea un riesgo y con ello obtiene un beneficio debe responder de sus consecuencias ( «*eis commoda eius incommoda*».) (PARRA LUCÁN).

A pesar del origen jurisprudencial de la figura, actualmente existen varios supuestos legales de responsabilidad objetiva, tanto en leyes especiales como en el propio Código, en éste existen unos pocos supuestos de culpa objetiva en los que se genera responsabilidad extracontractual, aun cuando el responsable no haya incurrido en culpa o negligencia (LASARTE). Así ocurre:

A) En los casos de responsabilidad por **daños causados por los animales**, en los que el poseedor de aquellos debe responder de los daños, salvo que exista fuerza mayor, con independencia de que el responsable haya incurrido o en culpa o negligencia.

B) El propietario de **árboles** colocados en sitios de tránsito responderá de los daños causados por su caída, salvo que el daño provenga de fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima (art. 1908.3º)

El incremento de supuestos legales de responsabilidad no culposa, objetiva o por riesgo, ha sido es un fenómeno generalizado en los países de nuestro entorno. Desde la revolución industrial se ha producido un incremento de bienes de producción y servicios que, en sí mismos suponen representan una **mayor dosis de peligro de riesgo de daños para terceras personas**. Todo ello ha requerido que el legislador de una respuesta diferente a la ofrecida por el art. 1902 del Cc. (LASARTE). Ej. Una catástrofe aérea o la existencia de un grupo terrorista que causen daños a terceros exige contemplar la reparación de tales daños desde una perspectiva diversa a la culpabilidad del agente.

Se pasa de la responsabilidad subjetiva a objetiva cuando empiezan a autorizarse actividades en atención a la conveniencia general, pero que implican la creación de riesgos indudables. La contrapartida del riesgo creado es la obligación de reparar el daño con independencia de la concurrencia de culpa o de que esta tenga que probarse. (PUIG BRUTAU)

No toda actividad dañosa pueda dar lugar a una responsabilidad objetiva: la TS 2 marzo de 2000 (RJA 2000 ,1304), junto a la de 20 marzo de 1996 (RJA 1996, 2244) estiman que la aplicación de la **teoría del riesgo: « hay que aplicarla con sentido limitativo** (fuera de los supuestos legalmente prevenidos) **y no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerable anormal en relación a los estándares medios**. Y desde luego la puesta en uso y funcionamiento de unas escaleras mecánicas en una estación de ferrocarril, difícilmente podrá estimarse como el establecimiento de un riesgo superior a lo normal.

Generalizada la situación de riesgo, se entiende correcto que también debe generalizarse la reparación del daño de una forma objetiva (haya habido o no culpa), siempre y cuando se dé el correspondiente **nexo de causalidad** entre un determinado riesgo y los daños causados. De no exigirse la relación de causalidad la responsabilidad objetiva supondría que solo demostrando la existencia del daño se tendría derecho a la indemnización. La jurisprudencia



por el contrario también ha venido exigiendo el enlace causa-efecto entre la acción u omisión y el resultado dañoso en la responsabilidad por riesgo.

La responsabilidad objetiva produce la consecuencia procesal de **invertir la carga de la prueba** (LASARTE): al perjudicado por una catástrofe aérea le bastará demostrar que su casa ha sido destruida al estrellarse un avión contra la misma, con independencia de la culpa o no del piloto.

La responsabilidad por riesgo no supone, sin embargo, la total superación de la responsabilidad por culpa, puesto que desde un punto de vista estrictamente jurídico sólo cabe hablar de «soluciones cuasiobjetivas». Esta tendencia jurisprudencial encuentra sus **límites** en los principios de **culpa exclusiva de la víctima** o **asunción voluntaria del riesgo** (PANTALEÓN) o en el **caso fortuito**.

Las STS de 2 marzo de 2000 (RJA 2000 ,1304) 16 diciembre de 1988 (RJA 1988, 9469) han establecido que: «la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del art. 1902 del Código Civil su criterio subjetivista y sí, únicamente. ...ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado..... y, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del -riesgo-, bien de su equivalente del de -inversión de la carga de la prueba-, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado (dicho art. 1902 del Código Civil)». Ello, no es sin embargo causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también y como tiene proclamado esta Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño.....»,

*b) El seguro de responsabilidad civil.*- El fenómeno de la responsabilidad objetiva se cierra con la existencia de un **seguro obligatorio**, legalmente exigido en la mayor parte de los casos en que el Ordenamiento jurídico establece la responsabilidad objetiva. Mediante el aseguramiento obligatorio, (previsto en el art. 75 de la Ley de Contrato de Seguro) de todos aquellos que se encuentren en situación de crear riesgo, o que utilicen medios particularmente peligrosos, colaboran a sufragar los daños que efectivamente se produzcan en el sector (LASARTE). Ej. Todos los propietarios de automóviles han de abonar anualmente un seguro obligatorio, sufragándose así los daños a terceros que ocasionen los automóviles.

El art. 73 LCS ofrece el siguiente concepto de seguro de responsabilidad civil: «Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho».

## **§ 5.- RESPONSABILIDAD DIRECTA O INDIRECTA.**

La doctrina acostumbra a tratar el **origen** de la responsabilidad civil distinguiendo tres grandes grupos de daños:

- 1) Los ocasionados por la actividad directa de la persona (**responsabilidad por actos propios**).
- 2) los producidos por otra persona, de la que se tiene el deber de responder (**la llamada «responsabilidad por hecho ajeno»**).
- 3) los causados por animales o cosas.

### **5.1. RESPONSABILIDAD POR ACTOS PROPIOS**

La responsabilidad de la persona por los resultados dañosos de su propia conducta se asienta en la fórmula del artículo 1.902 del Código civil: « El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.»

La jurisprudencia viene formulando una descripción de los elementos que integran todo caso de responsabilidad civil o extracontractual: acción u omisión culposa, producción de un daño y relación de causalidad entre aquella y éste.

En otras ocasiones no se manifiesta expresamente el **requisito de la culpabilidad** y se habla, sin más, de **actividad dañosa, resultado perjudicial** y **relación de causa a efecto** (entre una y otro).

### **5.2.- RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO**

El art. 1903 Cc. impone a determinadas personas el deber de indemnizar como consecuencia de los daños causados, no por ellos mismos, sino por otros. Así, los **padres** responden de los daños causados por los hijos que estén bajo su guarda; los **tutores** responden de los daños causados por los pupilos que habiten en su compañía; los **dueños o directores** de un establecimiento o empresa responden de los perjuicios causados por sus dependientes; las personas físicas o jurídicas **titulares de un centro docente de enseñanza** no superior responden de los daños causados por los alumnos menores de edad durante el tiempo en que se hallen bajo la vigilancia del profesorado, ya sea en actividad escolar o extraescolar.

Podría pensarse que se trata de supuestos de **responsabilidad objetiva**, pues responde quien no ha causado el daño. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el párrafo último del artículo 1903 establece que «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 trata, por tanto, de responsabilidad por *culpa in vigilando* y *culpa in eligendo*: estas personas responden porque no vigilaron adecuadamente a quienes dependen de ellas, o porque no eligieron adecuadamente a sus trabajadores.

Nuestra Constitución establece también la **responsabilidad civil de la Administración** por los daños causados a los particulares. El artículo 106.2 CE reconoce el derecho de éstos, en los términos establecidos por la ley, «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». Esta responsabilidad se regula por lo dispuesto en las leyes de carácter administrativo.

Igualmente, el artículo 121 CE 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». Precepto que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### **5.3.- RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES Y COSAS**

El Código Civil establece una serie de reglas para imputar la responsabilidad de los daños causados por animales y cosas en los siguientes casos:

1º El **poseedor de un animal**, o el que se sirve de él, es responsable de los daños que cause, incluso si se le escapa o extravía, salvo fuerza mayor o culpa de quien lo hubiere sufrido (art. 1905).

2º El **propietario de una finca de caza** responde de los daños causados por las piezas de caza en las fincas vecinas cuando no haya hecho lo necesario para evitar su multiplicación, y cuando haya dificultado la acción de sus dueños para perseguirlas (art. 1906).

3.º El **propietario de un edificio** es responsable de los daños causados por su ruina, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias (art. 1907). También responden los propietarios por los daños causados por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia; por la inflamación de sustancias explosivas colocadas en lugares no suficientemente seguros; por los humos excesivos, nocivos a las personas o a las propiedades; por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, a menos que se deba a fuerza mayor; y por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, construidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen (art. 1908).

4º.- Por último, el **cabeza de familia** es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojaron o cayeren de la casa, o parte de ella, en la que habite (art. 1910).

La **responsabilidad** establecida en estas normas es **objetiva** en unos casos y **subjetiva** en otros. Así, la responsabilidad del propietario por daños causados por ruina de los edificios es subjetiva, ya que se exige que la ruina sea causada por falta de las reparaciones necesarias: hay culpa, pues el propietario omitió las reparaciones que debía realizar. En cambio, la responsabilidad del poseedor del animal es objetiva, pues sólo la fuerza mayor excluye el deber de indemnizar.

### **§ 6.- REQUISITOS COMUNES A TODOS LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD.**

Para que exista responsabilidad civil la doctrina exige la concurrencia de los siguientes requisitos o presupuestos (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN):

1º.- Un comportamiento, que según el art. 1902 puede consistir en una **acción** o una **omisión**.

2º.-Un **daño** como consecuencia de la acción o de la omisión (sin daño no habrá resarcimiento).

3º.- Una **relación o nexo de causalidad** entre el comportamiento y el daño.

4º.- La **imputabilidad**. Si bien la culpabilidad es el criterio habitual de imputabilidad, la ley admite otros criterios como sucede con la responsabilidad objetiva.

El TS en reiteradas ocasiones ha establecido que : « para que la responsabilidad extracontractual, regulada en el artículo 1902 del Código Civil, sea admitida, se hace preciso la conjunción de los presupuestos siguientes: uno, **subjetivo**, consistente en la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente atribuible a la persona o entidad contra la que la acción se dirige; otro, **objetivo**, relativo a la realidad del daño o lesión; y, por último, la relación causal entre el daño y la falta (por todas, las STS de 13 de julio de 1999 [RJ 1999, 5046] ) y 24 septiembre 2002 (RJA 7869)

### **6.1.- Formas de comportamiento dañoso: acción y omisión**

La responsabilidad extracontractual presupone la acción u omisión de una persona (cfr. arts. 1.089, 1.093 y 1.902). Es indiferente, por tanto, que se trate de un **hecho activo o de una abstención**. Tanto la acción como la omisión, el hacer como el dejar de hacer, pueden ser el antecedente sin el cual el daño no se hubiese producido.(PUIG BRUTAU)

### **6.2.- La ilicitud o antijuricidad.**

Para que la acción u omisión produzca la obligación de reparar el daño, -dice LASARTE- es necesario que sea ilícita, es decir, contraria a Derecho. Si bien el art. 1902 no menciona el requisito de la ilicitud; ello es debido a que probablemente la omisión del Código, se debe a que se presume que todo acto u omisión que cause daño a otro es antijurídico.

Por excepción, hay determinados **actos dañosos** que no son antijurídicos y por lo tanto no generan el deber de resarcimiento; son aquellos daños causados con ocasión de un caso fortuito o por fuerza mayor. En materia penal están exentos de responsabilidad criminal los que causan daño actuando en *legítima defensa* o en el caso de aquella conducta forzada por una situación de *estado de necesidad*. (PUIG BRUTAU)

### **6.3.- El daño.**

Civilmente la obligación de indemnizar sólo surge cuando la acción u omisión producen algún tipo de daño. (LACRUZ)

La jurisprudencia admite la indemnización tanto del **daño patrimonial** como del **moral**. El daño será moral cuando lesiona los bienes y derechos de la persona, y se indemniza con independencia de que la lesión repercuta en el patrimonio del perjudicado. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

Ej. Son supuestos de daño moral las lesiones del honor, intimidad personal y familiar, de la propia imagen; en casos de muerte el dolor por la pérdida de un ser querido, el daño estético, las afecciones de carácter psíquico, etc.

La doctrina jurisprudencial viene exigiendo que sea el perjudicado quien aporte la prueba de la existencia del daño, tanto moral como patrimonial, así como de su extensión. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

#### **6.4.- Relación de causalidad.**

La jurisprudencia ha venido exigiendo la existencia de un **nexo de causalidad** o **relación causa-efecto** entre la **conducta** del agente y el **daño** que ésta ha originado. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN). A la víctima del daño le corresponde demostrar la existencia de la causalidad mientras que el causante el daño intentará defenderse negando la existencia de la misma. (LACRUZ).

La objetivación de la responsabilidad no debe ser confundida con la desaparición de la relación de causalidad, que también será exigible en ese ámbito y probada también por el demandante ya que no le afecta la inversión de la carga de la prueba.

#### **6.5.- La imputabilidad de la responsabilidad.**

El Art. 1902 exige para que nazca la obligación de reparar el daño que en la acción u omisión intervenga culpa o negligencia.

El **criterio de la culpa**, que es el criterio legal de imputación, se sustancia en la obligación de prever los sucesos y tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso. Esta culpa supone un actuar negligente, descuidado, imprevisor que causa un daño sin quererlo el agente. Esta obligación de prever, no es mas que un traslado al ámbito de la responsabilidad extracontractual de los arts. 1104 y 1105 del Cc relativos a la responsabilidad contractual. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La culpabilidad tiene como presupuesto básicos (LASARTE):

A) **La imputabilidad del autor:** no responden los que no tienen discernimiento y conciencia (locos, menores, etc) .

B) Conducta **dolosa** o **culposa** por parte del autor del hecho. Si bien los arts. 1.902 y 1.903 aluden solamente a la culpa, hay que entender que se refieren a la culpa en sentido amplio, comprendiendo incluso al dolo.

La graduación de la culpa no tiene interés en la responsabilidad extracontractual, al contrario de lo que sucede en la culpa contractual, puesto que el autor del hecho ilícito responde del mismo independientemente del grado de la falta. En cuanto a la prueba de la culpa, la jurisprudencia exige que el actor o demandante pruebe la culpabilidad del demandado.

### **§7.- PRINCIPALES SUPUESTOS LEGALES DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA.**

Numerosas leyes especiales establecen la responsabilidad objetiva, principalmente en daños

causados por máquinas, nuevas tecnologías, y productos. Como más importantes, citaremos los supuestos siguientes:

1º.- *Daños causados a las personas por la circulación de vehículos de motor.* Se regulan, fundamentalmente, en el título primero de la **Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor**, redactado nuevamente por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.

Se establece un sistema de responsabilidad objetiva en daños personales, en cuanto que sólo se exceptúan del deber de indemnizar los daños debidos a la conducta o a la negligencia del perjudicado; o los causados por fuerza mayor, extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Expresamente se declara que no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos de éste ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos. Paralelamente, como suele suceder en los casos de responsabilidad objetiva, se establece un sistema de seguro mínimo obligatorio.

2º.- *Daños causados por la navegación aérea.* Se regulan en la **Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960**, estableciendo la responsabilidad objetiva de los empresarios. Así se deduce de su artículo 120, que establece el deber de indemnizar en base al accidente fortuito, incluso cuando el transportista, el operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia.

3º.- *Daños causados por la energía nuclear.* **La Ley de 29 de abril de 1964** establece expresamente el carácter objetivo de la responsabilidad por daños causados por instalaciones nucleares, aunque permite la compensación de culpas o la exención total del deber de indemnizar cuando fueron causados, en parte o en todo, por culpa de la víctima.

4º.- *Daños causados en el ejercicio de la caza.* **La Ley de caza de 4 de abril de 1970** establece la responsabilidad objetiva del cazador que causare daño a otro. Si se trata de una partida de caza y no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida. El Real Decreto 63/1994, de 21 de enero, aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador, de suscripción obligatoria.

5º.- *Responsabilidad por daños causados a los consumidores y usuarios.* **La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** de 19 de julio de 1984 en su art. 25. establece, como principio general, la obligación de indemnizar los daños que se deriven del consumo de bienes o de la utilización de productos o servicios, salvo que estén causados por culpa exclusiva de la víctima o de las personas por las que éstas debe responder; se trata, por tanto, de un sistema de responsabilidad objetiva. Pero éste queda distorsionado, al establecer la Ley la posibilidad de exoneración del responsable si prueba que se han cumplido los requisitos reglamentariamente establecidos, y los demás cuidados que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad. En definitiva, por tanto, se establece un sistema de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba, salvo para determinados bienes y servicios que requieren específicos controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad.

Sin embargo, este sistema ha quedado alterado por leyes especiales, de trasposición al

Derecho español de Directivas comunitarias. Así ha sucedido, por ejemplo, con la Ley de 6 de julio de 1994 sobre **Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos**, que establece la responsabilidad objetiva cuando se trate de daños causados por bienes muebles, gas y electricidad.

6º.- El Decreto -ley 3/1979 , de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, que declara la responsabilidad objetiva del Estado, de los daños y perjuicios que se causaren a las personas como consecuencia de los delitos cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizadas y armadas y sus conexos. El RD 1311/1988 regula los pormenores relativos al pago de la indemnización.

7º .- La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. En esta ley se establece un sistema de responsabilidad objetiva en base al cual pueden obtener un resarcimiento quienes sufren un daño físico o material en sus bienes como consecuencia del uso o consumo de productos defectuosos.

## § 8.-LAS VÍAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

La responsabilidad extracontractual genera un derecho de crédito a favor del perjudicado, que se traduce para el agente o responsable, en la obligación de cumplir una determinada prestación consistente en la obligación de reparar el daño causado (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La reparación puede llevarse a cabo de acuerdo con voluntad de las partes, es decir responsable y víctima; en caso contrario será necesario plantearla por vía judicial. (LASARTE). En cualquiera de ambos casos la obligación de reparar puede cumplirse *in natura*, mediante la reparación o restitución de la cosa, o *por equivalente* mediante la entrega de la indemnización correspondiente al daño experimentado. Asimismo el perjudicado puede solicitar la eliminación de la causa productora del daño (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).

La **cuantificación** del daño pueden realizarla las partes de mutuo acuerdo, en caso contrario el juez, en la sentencia que condene por los daños y perjuicios causados, fijará su importe en forma líquida o establecerá por lo menos las bases con arreglo a las que debe procederse a su cuantificación. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN)

En caso de **pluralidad de responsables** en materia de responsabilidad extracontractual, se plantea el problema si el perjudicado ha de reclamar contra los causantes del daño de forma solidaria o mancomunada. El Código guarda silencio al respecto y, si bien por aplicación de las reglas generales en materia de solidaridad y mancomunidad, la respuesta debería ser la reclamación con carácter mancomunado, lo cierto es que la Jurisprudencia, de forma reiterada se manifiesta por el **carácter solidario** de la **obligación extracontractual**. (LASARTE)

La acción para exigir la responsabilidad extracontractual tiene un plazo legal de un año de prescripción a contar desde que lo supo el agraviado (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN).