

el estudioso a la hora de enfrentarse con el problema. Una activa, representada por la parte que lleva a cabo el desistimiento, o lo que es lo mismo, por la que actúa bajo la acción de desistir (para lo cual, como veremos a continuación se debe de estar en posesión de legitimación); y otra, pasiva, referente a la parte relegada en este caso a soportar los efectos de la conducta de la otra, aunque también ejerza un papel a tener en cuenta para la plena eficacia del desistimiento.

Cada uno de estos aspectos, el activo y el pasivo, deben tenerse en cuenta en cualquier análisis que se efectúe alrededor de la esfera personal del desistimiento.

a.- Quien puede desistir: capacidad y representación.

Entramos en el análisis de la vertiente activa correspondiente al que desiste de seguir formando parte de la relación contractual que en otro momento se había comprometido a llevar a término, y como consecuencia al cumplimiento de una serie de obligaciones a la vez que ser destinatario de determinados y específicos derechos.

Ahora bien, la persona que va a hacer uso del desistimiento debe estar facultada para tal proceder, es decir,

poseer la legitimación necesaria para que la eficacia del acto sea total.

PUIG FERRIOL considera que el derecho al desistimiento unilateral puede corresponder a una de las partes del contrato o a las dos, ya incondicionalmente, ya en virtud de ciertos requisitos. Pero de todas las maneras, como produce una sensible modificación del derecho y constituye una disposición sobre la relación obligatoria o sobre el crédito, se requerirá facultad para disponer¹⁶¹.

Se parte de la idea de que la voluntad de desistir no es por sí sola título para el desistimiento. La parte que actúa debe estar legitimada. La legitimación se presenta como elemento preliminar, que debe concurrir en toda voluntad negociadora.

Todo ello indica que a un sujeto le es atribuida la facultad no sólo de querer, sino de hacer derivar de ese querer efectos que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela.

Ya vimos que la legitimación para desistir puede derivar o de la ley o de una cláusula inserta en el acto constitutivo de la relación jurídica base, lo cual en ningún momento debe encontrar

161.- op. cit. pág. 293.

En el mismo sentido ENNECCERUS, L. op. cit. Traducción por Pérez González y Alguer. V.I. Barcelona 1954. pág. 361.

obstáculo alguno, ya que responde a los intereses de los sujetos que así lo han querido¹⁶². En nuestro sistema jurídico, al no contemplarse el desistimiento en un precepto particular, nos tenemos que remitir a los casos expesos que así lo recoja, no pudiéndose en virtud del artículo 1256 proceder a la extinción de una relación contractual por la exclusiva voluntad de una de las partes.

Así las cosas nos debemos plantear ahora el tema de la capacidad, así como la posibilidad de representación, una vez que se ha establecido la alternativa del desistimiento como un medio más para llevar a cabo la extinción del contrato en su totalidad o la desaparición del vínculo del que desiste respecto de las demás partes, siempre y cuando se trate de un contrato plurilateral.

Nos podemos plantear la siguiente cuestión: ¿la legitimación para el ejercicio del derecho de desistir tiene carácter personal o por el contrario está limitado a su titular? Para contestar a esta cuestión hemos de fijarnos en el tipo de relación ante la que nos encontramos, ya que si el carácter de la relación es *intuitu personae*, excluye la posibilidad de que un

162.- En algunos ordenamientos jurídicos como es el caso del Italiano, dicha conducta se encuentra con la limitación recogida en el artículo 1373 relativo al desistimiento, el cual establece entre otras cuestiones, que si alguna de las partes se le atribuye la facultad de desistir del contrato, ésta puede ser ejercitada siempre que el contrato haya tenido un inicio de ejecución. (CALLEGARI. *op. cit.* pág.241).

tercero lleve a cabo el ejercicio de los intereses del otro.

De todos modos, esta conclusión sólo es abstractamente exacta, por lo que debe ser aceptada con algunas reservas, como puede ser el dato de que el desistimiento es considerado como un negocio jurídico preconstituido, lo que induce a admitir la representación en los casos en los que el acto de desistir no incida sobre una relación constituida en razón de la persona que la integra¹⁶³ pudiéndose llevar a cabo en todos los demás casos en los que proceda.

Ya vimos al estudiar la naturaleza jurídica del desistimiento, que era un negocio jurídico constituido mediante una declaración de voluntad, por lo que el tema de la representación debemos situarlo alrededor de dichas declaraciones de voluntad¹⁶⁴.

163.- Este es el caso de las relaciones de trabajo y de carácter asociativo, en donde no cabe la posibilidad de representación ya que los contratos se han celebrado en función de la persona en sí.

164.- DIEZ PICAZO, considera como una de las categorías más importantes de los actos jurídicos la que consiste en la producción de declaraciones de voluntad o que se realizan a través de éstas, no existiendo la menor duda de que uno de los más importantes temas de la relación representativa estará constituido por el campo de las declaraciones de voluntad. Y como en esta materia el papel que puede jugarse es doble, doble ha de ser también la función de la representación. En las declaraciones de voluntad hay, ante todo, una emisión o producción de la declaración. Hay también la recepción o recogida de la declaración efectuada por otro. La representación puede ser de éste modo activa o pasiva.... Naturalmente, ambas funciones de la representación podrán coincidir en un solo acto jurídico. Por ejemplo, el que representa a otro en la formación de un contrato emite declaraciones de voluntad y recibe al mismo tiempo las declaraciones de voluntad de la otra parte contratante. (La representación en el derecho privado. Madrid 1979. pág.82).

Partiremos del principio por el cual la voluntad de llevar a cabo el desistimiento puede provenir del que declara quererlo o de su representante, debiendo considerarse en tal sentido la validez del desistimiento¹⁶⁵.

Concluimos diciendo que cabe en toda su amplitud la representación, tanto la legal como la voluntaria, debiendo admitirla sólo si el desistimiento no incide sobre una relación constituida *intuitu personae*.

b.- Quien puede o debe soportar el desistimiento.

165.- Para algunos autores la clase de representación a la que nos estamos refiriendo es la voluntaria y en ningún momento debe considerarse legal, y ello por dos razones fundamentales:

- 1.- Porque sólo la representación voluntaria debe ser considerada como verdadera y propia representación.
- 2.- Porque la representación legal es superflua, en el sentido de que para la actividad del desistimiento y los límites en los cuales es posible la sustitución del sujeto legitimado, se necesita que sea necesaria la capacidad de la parte. (D'AVANZO, W. *op. cit.* pág. 1033.).

Nuestra opinión es la contraria en el sentido de que la representación voluntaria desde luego tiene cabida en el desistimiento unilateral, lo que no compartimos es el hecho de que la representación legal sea excluida con todo lo que ello supone, ya que no se puede dejar a un lado supuestos como el que nos puede suceder referidos a la incapacitación posterior a la celebración del contrato, en los cuales juega ya la representación legal, pudiéndose perfectamente establecer, si las condiciones así lo aconsejan, un representante que haga las veces del que antes iba a desistir del contrato en cuestión.

Vid. en el mismo sentido:

MOSCO, L. La representación voluntaria en los negocios jurídicos. Notas sobre legislación española por CARRILLO QUILES, F. Barcelona 1963. pág. 69 y ss.

ALBALADEJO GARCIA, M. op. cit. V.I. Introducción y Parte General. Barcelona 1983. pág. 497 y ss.

En este apartado pocas son las cuestiones que nos plantea en el tratamiento de nuestro tema, ya que lo que le da importancia al mismo es la vertiente activa o de la parte que por su conducta da lugar a que éste aparezca.

Ahora bien, no podemos dejar a un lado la parte que se ve constreñida a soportar los efectos y consecuencias de la conducta del que desiste (aunque, como ya veremos, se verá compensada por una indemnización por todos los daños y perjuicios causados), y que es o son el resto de las partes que se encuentran vinculadas en la relación que se pretende hacer desaparecer por medio del desistimiento.

Será por consiguiente la parte, con la cual celebró el contrato con el que ahora desiste del mismo, la que soporte obligadamente el desistimiento; decimos obligada porque no puede hacer nada para evitar que se produzca la desaparición del contrato, pues si así está recogido en la propia ley o las partes lo habían acordado e incluido en una de sus cláusulas por mutuo acuerdo, ello se llevará a su efectivo cumplimiento una vez que lo quiera la parte facultada para poner en marcha el mecanismo del desistimiento.

B: Elementos formales.

Estudiaremos aquí todo lo referente a los elementos formales que concurren en esta figura jurídica, centrándonos en la esencia del fenómeno, es decir, en la declaración unilateral de voluntad.

Primero hemos de decir que partiremos de la idea de que el desistimiento es un negocio formal, en el sentido de que está ajustado a una formalidad, la cual a la vez que determinada está sujeta a distintas modalidades, como puede ser el hecho de la forma oral y escrita¹⁶⁶.

Por el dato tantas veces repetido de no existir una regulación expresa en nuestro ordenamiento del instituto en estudio, debemos señalar que a veces dicha actuación va a estar sujeta a lo que las partes hayan establecido mediante una convención en la que se recoja la forma a seguir. Esto es, prevalecerá la llamada forma convencional¹⁶⁷.

166.- A veces, y especialmente en relación al contrato de trabajo, y sobre todo si se trata de contratos colectivos, se establece una forma determinada que debe ser observada en sus más estrictos términos.

(BARASSI, L. Il diritto del lavoro. II. pág. 396.)

La Corte Italiana frente a estos supuestos establece la forma oral. (Corte de Cassazione: 20-mayo-1936). Foro Italiano 1936. pág. 334.

167.- ALBALADEJO GARCIA al tratar el tema de la extinción de las obligaciones y dejar claro el carácter incompleto del artículo 1156 dedicado a las causas de extinción de las mismas, considera un medio más de desaparición de la relación obligatoria el "mutuo consentimiento" de las partes que contrataron. (

La facultad de desistir se encuentra de alguna forma desvinculada del rigor exigido a una particular forma en que deba ser manifestada.

Solamente debemos señalar que al tratarse de un acto unilateral, se debe considerar la exigencia de que la voluntad de desistir debe dirigirse al sujeto destinado a recibirla y a "sufrir" sus efectos. Esto es la llamada voluntad recepticia, exigida en dicha actuación.

Ahora bien, ello no quiere decir siempre voluntad sujeta a notificación, ya que se pueden producir todos los efectos deseados, sin que se haya efectuado dicha notificación, entendiéndose por ésta el acto formal por el que se pone en conocimiento del destinatario una determinada voluntad jurídicamente relevante¹⁶⁸.

En sustancia, la forma va dirigida a la manifestación y posterior conocimiento de una voluntad, cuestión que como dejamos apuntado no tiene que llevar aparejada la notificación. Esta es

op.cit. T.II. Vol. 1 . pág. 295).

168.- Dicho requisito de la notificación, aparece como elemento indiscutible en todo contrato donde se efectúe el desistimiento. Contrato de obra, mandato, sociedad, etc.

libre y por tanto libre también es su forma¹⁶⁹.

En conclusión, el desistimiento, aunque estimo que ello no debería ser así dada la importancia, exige única y exclusivamente la manifestación de dicha declaración de voluntad, no debiéndose seguir forma alguna para llevarlo a su efectividad total. Al no estar impuesta la notificación, habrá de deducirse ésta de actos concluyentes¹⁷⁰.

De todos modos, se pueden plantear problemas, como el de que en el desistimiento esté interesada más de una persona, por lo que se debe en estos casos instar una determinada forma acorde con los intereses concurrentes. Póngase en el caso de una obligación solidaria o de un contrato plurilateral, en donde hay más de un deudor y más de un acreedor, interesados todos ellos en que se efectúe, no el desistimiento del contrato. Creemos que aquí la notificación podría constituirse como elemento formal exigible.

En cuanto a la renuncia a la participación del Juez, sólo hay que decir a este respecto, que en el análisis histórico

169.- Vid. en este sentido:

Novissimo Digesto Italiano. op. cit. pág. 1036. Aquí se recoge forma exigida en Derecho italiano, partiendo, eso sí, de un desistimiento legal expreso.

170.- Son actos concluyentes, la interposición de una demanda, una determinada conducta, etc.

efectuado al comienzo¹⁷¹, se imponía como una formalidad a tener en cuenta para la plena validez de la figura, la participación judicial, debiendo el juez dictaminar en su caso la procedencia, o no, de la figura.

En cambio, no se exige este requisito de la participación del juez en todos sus términos, no siendo ello, por lo tanto exigencia formal del desistimiento.

C: Elemento temporal: la oportunidad del desistimiento. Contratos de tracto sucesivo.

La facultad por la cual, mediante una declaración de voluntad se procede a poner fin a un vínculo con sus correspondientes derechos y obligaciones, no puede llevarse a cabo en cualquier momento, ni tampoco actuar de la misma manera sobre todo tipo de contratos.

Por ello trataremos en este apartado de señalar el momento a partir del cual se puede declarar la voluntad de desistir, así como el especial tipo de contratos en función del tiempo, en que se puede celebrar.

171.- Vid. supra, p. 103 .

Si analizamos como punto de partida, aquellos contratos que de alguna forma tienen regulada la figura, nos encontramos con el artículo 1594 relativo al contrato de obra y su extinción, en donde no se impone un momento a partir del cual puede el dueño o comitente de la obra desistir del contrato:

"...aunque se haya empezado la construcción...".

Esto quiere decir, que se podrá llevar a cabo, temporalmente, el acto de desistir se háyase o no comenzado la realización de la obra¹⁷².

Verdaderamente el sentido del desistimiento y la puesta en marcha de éste va a estar situado en el momento en el que efectivamente esté constituido el contrato o la relación obligatoria de que se trate, pues de otra manera no supondría una verdadera extinción por faltar el contrato o la relación que habría de extinguirse.

Por otra parte, y en cuanto al tipo de contrato en el que se da, deben quedar desde el primer momento eliminados los contratos de tracto único, ya que no cabe que en una relación o contrato que es de ejecución instantánea se proceda a su

172.- El derecho italiano en el Código civil recoge en el ya conocido artículo 1373 una expresión, que si bien no impone un momento en el cual efectuar el acto de desistir, si encierra que se podrá llevar a cabo siempre y cuando el contrato no haya comenzado a ejecutarse.

extinción de forma unilateral, ya que al constituirse será cuando se ejecute y, por tanto, cuando desaparezca¹⁷³.

Se dará, por el contrario, en aquéllas relaciones cuyo desenvolvimiento no se agota en una sola prestación, sino que supone un periodo de tiempo más o menos largo, en el que aparecerá el desistimiento por cuanto su contenido implica bien una conducta duradera o bien la realización de prestaciones periódicas. A tales relaciones se les denomina "relaciones duraderas"¹⁷⁴.

173.- La posibilidad de un desistimiento unilateral aunque la ley o el negocio no concedan expresamente una facultad semejante, debe ser admitida cuando la relación obligatoria radica entre otras, las siguientes características: que se trate de una obligación duradera o de tracto sucesivo. En principio, el desistimiento o la renuncia no son aplicables a las relaciones de tracto único, ni tampoco a aquéllas en que una prestación única haya quedado fragmentada o distribuida en prestaciones sucesivas. (DIEZ-PICAZO, L. *op. cit.* pág. 853.).

174.- LARENZ, K. *op. cit.* T.I. pág. 41.

Este autor considera que pertenecen a este grupo, entre otras, las relaciones de arrendamiento de uso y de uso y disfrute, el mutuo, el depósito, las relaciones de trabajo y las sociedades; también corresponden a él los contratos de suministro. Es decisivo para el carácter de la relación de obligación duradera que la prestación total dependa del tiempo durante el cual deban hacerse periódicas las prestaciones parciales. Por consiguiente no se está ante una relación duradera, cuando se haya pactado desde un principio la entrega de una cantidad total, que se entregará parcialmente en distintos momentos. En tal contrato carece el tiempo de influencia sobre el contenido y la extensión de la prestación, y no repercute sino sobre el modo de hacerla.

Otras consideraciones acerca de lo que se entiende por obligaciones de ejecución continuada las encontramos en el Derecho italiano, en donde la doctrina en el intento de definir las relaciones obligatorias de ejecución continuada, procede a agruparlas en dos categorías o a distinguir las bajo dos criterios:

A) Una, que sostiene que la prestación en ella contenida debe ser realizada durante cierto tiempo.

B) Y otra, que sostiene que una obligación será de ejecución continuada cuando la relación se fracciona en una serie de prestaciones autónomas y distintas.

Agrupando dentro de cada uno distintas relaciones contractuales, en función de que correspondían a uno u otro criterio. (DEVOTO, LUIGI. *Appunti per una definizione delle obbligazioni a esecuzione continuata. Rivista del Diritto Commerciale. V.XL.(1942).Milano 1942-XXI.Págs.297 y ss.*)

Una relación de obligación duradera puede constituirse por un tiempo determinado, con cuyo transcurso se extingue; pero puede también terminarse mediante acuerdo posterior o por acto unilateral, de formación o de modificación jurídica, de una de las partes, es decir, a través de un desistimiento o de una denuncia, como se expresa la doctrina alemana¹⁷⁵. Ahora bien, para llevar a cabo tal acto de modificación jurídica está solamente facultada una de las partes cuando le haya sido atribuido un derecho de formación, una facultad resolutoria.

Este desistimiento extingue la relación duradera en cuanto tal. Después puede subsistir una relación de obligación simple cuando aún no se hayan cumplido determinados deberes de prestación; si acontece cuando esté pendiente el pago de determinadas prestaciones, deberán éstos liquidarse en todo lo posible¹⁷⁶.

175.- LARENZ, K. op. cit. Pág. 42.

176.- Vid. en este sentido SANGIORGI, S. Rapporti di durata e recesso ad nutum. Milano 1965. Págs. 13 y 14.

D: Elementos accidentales del desistimiento.

El negocio del desistimiento, aparte de los elementos examinados, que son los considerados como constitutivos, es susceptible de elementos accidentales. Es en el elemento tiempo donde puede surgir uno de dichos elementos accidentales, en la forma de preaviso.

Otro elemento que podemos calificar de accidental es el hecho de que el desistimiento aparezca sujeto a condición. La doctrina alemana niega esta posibilidad, fundamentada dicha negativa en el hecho de que, al ser el desistimiento un negocio que pone fin a una relación jurídica, postula una certeza y una determinación con la cual contrasta la incertidumbre que supone toda condición¹⁷⁷.

Frente a esta postura rígida y excesivamente formalista, nos encontramos con otras que parten del presupuesto de que la existencia de condición no es contraria a la índole del negocio del desistimiento, admitiendo la posibilidad de que verdaderamente hay condiciones que no tienen por qué crear incertidumbre allí donde sean impuestas; éste es el caso de las *condiciones iuris* y el de las *potestativas*, sobre todo de las que

177.- CROME, C. I concetti fondamentale delle obbligazione. Roma 1940. pág. 137.

dependen de la voluntad de las partes¹⁷⁸.

El sistema italiano, por el contrario, admite tanto la existencia de la condición suspensiva como de la resolutoria¹⁷⁹.

Creemos que la existencia de la condición en el negocio del desistimiento es inadmisibles, no tanto por la incertidumbre que crea, sino porque es incompatible con la índole del negocio, el cual supone la rápida producción del efecto, mientras que una declaración de voluntad condicionada a la voluntad del sujeto que la emite o a otro evento, contrasta con el carácter constitutivo del desistimiento.

Por todo ello, la existencia de elementos accidentales, no aparecerá nada más que en determinadas relaciones contactuales, como puede ser el contrato de trabajo, en donde el preaviso, tal y como hemos señalado anteriormente, es un elemento accidental. Con carácter debemos pronunciarnos e el sentido de que el desistimiento es un negocio puro, sin más elementos que los que lo constituyen como tal.

178.- Esta vertiente doctrinal, menos rígida y formalista que la anterior, también pertenece al Derecho alemán y está representada especialmente por MOLITOR. op. cit. Pág. 84 y 87 y THIELE. op. cit. pág. 149. Amos autores citados por CALLEGARI. op.cit. pág. 234.

179.- BARASSI. op. cit. pág. 309.

6.- Efectos del desistimiento.

Los efectos del desistimiento, es decir, las consecuencias que conlleva el que se haga uso de él, pueden incidir y de hecho lo hace, sobre los elementos personales, las partes afectadas y los terceros, y sobre los reales o la cosa objeto del contrato.

También debemos partir de la base de que el efecto puede ser extintivo en su totalidad; con ello queremos decir que extingue la relación contractual con todo lo que ello supone, o también puede ser extintivo sólo del vínculo que une al que desiste con los demás, manteniéndose por lo demás la relación en sí¹⁸⁰.

A veces pues, el efecto del negocio que estamos tratando es extintivo, pero en otras ocasiones interrumpe solamente el curso de la relación extinguiendo un vínculo, pero dejando subsistente todo lo demás. Por ello el efecto es meramente interruptor o modificativo¹⁸¹.

Vamos a partir de la idea de que el efecto extintivo del desistimiento es un efecto instantáneo, ya que si ello se

180.- Siendo aquí, pues, el efecto modificativo y no extintivo.

181.- GHIRON. Obbligazioni. (Código civile. comentario diretto da D'AMELIO. V.I. Firenze. Pág. 515.

identifica con la extinción de una relación jurídica, no puede operar en fases sucesivas, ni ser retardado¹⁸².

Junto al efecto instantáneo, ha que decir que el desistimiento es como tal total, quedando excluida la posibilidad de un efecto parcial, ya que no se puede admitir un desistimiento unilateral con eficacia limitada¹⁸³.

Por último, otro efecto a señalar es su carácter irretroactivo, es decir, posee eficacia "ex nunc", aunque esto puede ser modificado por las partes en virtud de una cláusula, que puede transformar la eficacia "ex nunc" en eficacia "ex tunc".

Nosotros podemos plantear como un efecto claro y a la vez importante en todo acto de desistir, el de la obligación de indemnizar y resarcir a la parte afectada por el desistimiento.

Una vez contemplados los efectos generales del desistimiento, veremos su incidencia en las distintas facetas de

182.- Solamente en el caso de la aparición de un elemento accidental como puede ser el de preaviso, se retardará el efecto extintivo, ya que lo que el preaviso hace es suspender dicho efecto, porque de lo contrario éste sería inmediato.

183.- A veces, se puede pensar en la posibilidad de un desistimiento parcial, cuyo efecto es únicamente la modificación en la relación obligatoria en sí, lo cual no se puede considerar un desistimiento en sí, sino una novación autorizada o no por la ley, que permite en este último caso que se lleve a cabo.

todo contrato. Comenzaremos por la esfera personal, ya que la única forma de poder estudiar los efectos de la figura a nivel personal y real es trasladar a distintas esferas los efectos generales, es decir, la influencia de efectos como el de operar instantáneamente, ser irretroactivo y de carácter total en la persona que desiste en el que soporta el desistimiento y en la cosa objeto del contrato o en la prestación en sí, sea cual sea su naturaleza jurídica¹⁸⁴.

A: Respecto de las partes contratantes.

La influencia de los efectos del desistimiento sobre el que lo efectúa, van a ser los verdaderamente deseados por él, en el sentido de que con su actuación él pretendía extinguir la relación o el vínculo, en el caso de que se trate de contratos plurilaterales, de una forma total, y estos efectos con carácter irretroactivo.

Ahora bien, lo que sí tendrá que soportar y lo que está obligado frente a la otra parte, es indemnizarle de los daños y perjuicios causados.

184.- Los efectos del ejercicio del poder de desistimiento afectan:

- Al que actúa.
- Al sujeto pasivo de la relación.
- Al objeto del contrato, con la idea de que si se pacta o el contrato así lo estipula, que se devuelva la cosa objeto de la relación, en caso de desistimiento: ¿qué ocurre si ésta se pierde o está considerablemente deteriorada?. (LARENZ, K. op. cit. Pág.394).

La parte que desiste se libera del contrato procediéndose a su liquidación. Cuando el efecto del desistimiento de la parte que desiste frente a las demás, es exclusivamente extintivo del vínculo, el desistimiento lejos de ser parcial, modifica la relación contractual dejando intacta su identidad así como la esencia principal del contrato, ya que éste va a continuar para las demás partes¹⁸⁵.

En definitiva, las consecuencias para el que desiste son la desaparición total del contrato o del vínculo, y la obligación de resarcir el perjuicio que se le haya causado a la otra u otras partes.

Ahora bien, habrá que tener en cuenta qué tipo de relación contractual es ante la que estamos, ya que a veces varían los efectos¹⁸⁶.

185.- Señalaremos a este respecto que es generalmente en los contratos de carácter asociativo donde se puede llevar a cabo una desaparición del vínculo, siguiendo intacta la relación para las demás partes; ya que si se tratara de un contrato bilateral la ruptura del vínculo hace que desaparezca en su totalidad el contrato, no subsistiendo para nada.

186.- Así en el mutuo y en el contrato de depósito, que podemos considerarlos contratos reales, se produce como efecto más primario la desaparición de la relación.

En cambio, en otras relaciones, produce ulteriores consecuencias patrimoniales; así en el contrato de sociedad se lleva a cabo de forma más inmediata la división de los bienes entre los socios, así como la liquidación del patrimonio.

En el contrato de trabajo se pueden traducir los efectos en pensiones dirigidas a la otra parte; este derecho surge con la extinción de la relación de trabajo. De todas formas, la pensión no se puede considerar como una continuación de la relación laboral, ya que dicho derecho es autónomo y surge con la cesación del contrato de trabajo, sea cual fuere la causa, siempre y cuando no sea imputable a la parte con derecho a la misma. (BARASSI, L. op. cit. Pág. 380).

B: Consecuencias para el que soporta el desistimiento.

Los efectos para la persona o el sujeto de la relación que de alguna forma ha soportado el desistimiento, son si no más importantes, sí más relevantes, ya que dicha parte se ve relegada a lo que la otra, por la razones que sea, ha llevado a cabo.

Las consecuencias se pueden agrupar en dos bloques:

- 1 .- Frustración de la finalidad contractual perseguida por la parte, por circunstancias en principio ignoradas por ella.
- 2 .- Derecho a verse resarcido por los daños y perjuicios que dicha frustración contractual le ha podido causar¹⁸⁷.

187.- El artículo 1594 del Código civil, relativo al contrato de obra refleja claramente los términos en los que debe ir dirigida dicha indemnización: "...indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella".

C: Respecto a terceros.

Los efectos del desistimiento, en principio y por regla general, van dirigidos a unos destinatarios que son las partes contratantes, con las variedades ya expuestas. Ahora bien, hay relaciones obligatorias y contractuales en las cuales se ven implicados terceros que aun no formando parte del contrato en si aparecen afectados por la conducta de la parte contractual efectiva.

No tenemos nada más que pensar en el supuesto de acreedores de una de las partes contratantes, ya sea relativa a la que desiste, en cuyo caso no podrá obtener el pago con el que se le iba a satisfacer su crédito, ya sea la que debe de soportar la conducta del otro, pues al verse frustrado su contrato se frustra también el beneficio que podía obtener con el cual satisfaría la deuda, no pudiendo desde luego con ello hacer frente al pago de la misma.

D: Respecto del contenido del contrato.

Ya hemos señalado que uno de los efectos del desistimiento es su carácter irretroactivo o "ex nunc", afectando a todo lo que a partir del acto de desistimiento ocurra, dejando intacto todo lo demás, por lo que, y aquí podemos vislumbrar una

clara diferencia entre la rescisión y el desistimiento, las cosas no vuelven al estado inicial, sino que es a partir del momento en el que se efectúa el desistimiento cuando los efectos de éste comienzan a producirse hacia adelante y nunca hacia lo anteriormente efectuado.

Con el punto visto anteriormente, quedan contestada la cuestión de si las prestaciones efectuadas deben ser restituidas, ya que se trata de un negocio con efectos "ex nunc", y el objeto del contrato ha sido transformado a lo largo del desarrollo del mismo, no cabe la restitución pues los efectos están dirigidos al futuro y nunca hacia lo que antes del acto de desistir se ha producido.

Para concluir, hemos de decir que solamente cabe la restitución de la cosa o de la prestación en sí, si ésta no ha sufrido transformación ni menoscabo en su esencia, y si desde luego el contrato o las partes así lo han acordado.

E: Indemnización y resarcimiento: tratamiento jurídico.

Dedicamos este apartado al tema indemnizatorio y a las consecuencias del desistimiento, a pesar de que ya hemos hecho mención él, y ello porque consideramos que la importancia

es máxima al verse en juego los intereses que mueven a las partes a la celebración y constitución del contrato; por ello la ley establece en lugar de los deberes de prestación anulados por el acto de desistir, otras obligaciones encaminadas a la restitución de las prestaciones recibidas¹⁸⁸.

El desistimiento tal como viene recogido en el sistema alemán, es una rescisión en nuestro ordenamiento ya que se anula la eficacia total del contrato con eficacia retroactiva por medio del acto de desistir¹⁸⁹.

Hay que tener en cuenta a la hora de proceder a resarcir los daños y perjuicios causados por el desistimiento el estado en el que se encuentra la cosa o la prestación en el momento de adoptar una determinada conducta. En nuestro ordenamiento jurídico el hecho de que el objeto del contrato haya sido, o no, destruido por negligencia del titular del desistimiento no supone una imposibilidad de restituir el daño, sino todo lo contrario, ya

188.- Tratándose de servicios ya prestados, o de la cesación ya realizada del aprovechamiento de una cosa, ha de satisfacerse el valor de estas prestaciones, o en caso de haber sido estipulada una contraprestación contractual en dinero, ésta deberá ser cumplida. Por consiguiente entre las partes contratantes se origina una relación legal de liquidación y las obligaciones de ella derivadas. (LARENZ, K. *op. cit.* T.I. CIII. Pág. 391).

Ante esto decir que en nuestro ordenamiento jurídico se recoge en las normas del Código civil, que la devolución de la cosa con sus frutos y de precio con intereses va a implicar el efecto retroactivo, que como hemos visto aboga por él el sistema alemán a la hora del desistimiento pero del que nosotros no partimos.

189.-LARENZ, K. *op. cit.* Pág. 39.

que eso se traduce en una indemnización correspondiente al valor del daño o de la cosa en sí¹⁹⁰.

El tratamiento jurídico de la indemnización y resarcimiento de los efectos producidos, se deduce de la práctica jurídica, en el sentido de que al no tener un precepto concreto en el que se recoja, será lo que la jurisprudencia y la doctrina entiendan como tal¹⁹¹.

7.- Clases de desistimiento unilateral.

El desistimiento, como negocio jurídico unilateral preceptivo, recoge, fruto de su configuración jurídica, diversas variedades del mismo.

Nosotros nos vamos a centrar en dos clases fundamentales en función de las fuentes de procedencia de cada una de ellas:

190.- Todo lo contrario ocurren en el Derecho alemán, en donde al gozar el desistimiento de efectos retroactivos, éste queda excluido cuando el titular del mismo, en virtud de su negligencia haya determinado la cosa o haya dado lugar a la circunstancia que ahora hace imposible su devolución. Vemos que el efecto principal del desistimiento es la constitución de la cosa tal y como al inicio del contrato se encontraba. (LARENZ, K. op. cit. pág. 396).

191.- De todas formas, hay preceptos, como el ya mencionado artículo 1594, en el que de alguna manera se recoge el concepto de indemnización por causa de desistimiento del dueño de la obra. Este comprende, los gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener de ella; conceptos estos últimos que también deben ser delimitados por la jurisprudencia a causa de la falta de un precepto legal que los defina y dé contenido.

desistimiento legal, establecido por la ley, y desistimiento convencional, instaurado por la voluntad de las partes.

Se pueden establecer otras clasificaciones en atención a otros motivos. Así si nos atenemos a los efectos, el desistimiento queda configurado como extintivo de la relación contractual y extintivo del vínculo obligatorio, si estamos ante un contrato plurilateral¹⁹².

A: Desistimiento unilateral establecido según la ley: DESISTIMIENTO LEGAL. Relaciones contractuales en las que se da.

Podemos establecer en este punto todos aquellos supuestos que se pueden considerar desistimiento y que vienen de alguna forma reflejados en la ley, ya sea en el Código civil, en el Código de comercio y en leyes especiales, pudiéndose en todos estos casos llevar a cabo sobre una base legal.

Acudiremos tanto a nuestro ordenamiento jurídico como a otros cuerpos legales que regulan también la figura.

Depende de lo que se entienda por desistimiento, para que al

192.- CALLEGARI, D. op. cit. Pág. 198.

dirigirnos al ordenamiento jurídico, se puedan analizar los supuestos en los que aparece. Nosotros vamos a partir de la idea de que el "verdadero" desistimiento que recoge nuestro ordenamiento jurídico, es el reflejado en el contrato de obra, concretamente en el artículo 1594 que, como ya sabemos, está referido al acto de desistir llevado a cabo por el comitente o dueño de la obra.

Ahora bien, en todas las demás figuras que recogen entre su articulado la posibilidad de extinción unilateral de la relación, en un principio constituida bilateral o plurilateralmente, dependerán de lo que el intérprete considere por tal, para encuadrarlas o no como acto de desistir.

Hay un sector de la doctrina, que considera desistimiento el recogido en el contrato de obra, así como al de sociedad, mandato, depósito, etc, aunando en un mismo bloque todos aquellos supuestos de extinción unilateral sea cual fuere la causa¹⁹³, e incluso cuando se utilizan expresiones distintas a la de desistir.

En cambio hay otro un sector que intenta diferenciar el desistimiento del artículo 1594 de otros supuestos, para así

193.- DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos de Derecho civil patrimonial. V.I. Madrid. 1986. pág. 853.

En el mismo sentido CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho civil español, comun y foral. T.III. Derecho de obligaciones. Madrid 1983. pág.615.

delimitar más estrictamente su campo de aplicación. Es el caso de FEDERICO DE CASTRO, el cual excluye cualquier posibilidad de considerarlo como rescisión¹⁹⁴.

Todo ello supone también el considerar con el mismo alcance y contenido, los conceptos utilizados en cada caso, pues en ninguno es utilizado el mismo que en los demás supuestos.

Aparte de esta regulación legal del desistimiento recogida en supuestos especiales no encontramos en el Código civil precepto alguno que, de forma general, establezca qué se entiende por desistimiento y cuándo debe ser aplicado a los supuestos, es decir, las características necesarias para su correcta y eficaz aplicación.

El sistema jurídico italiano establece una triple clasificación legal de casos de desistimiento partiendo, eso sí, de la regulación legal del desistimiento convencional en el artículo 1373 del Código civil italiano.

La clasificación es la siguiente:

1 .- Desistimiento unilateral extintivo de la relación contractual.

194.- El negocio jurídico. Madrid 1967. págs. 518 y 519.

LUCAS FERNANDEZ, F. considera al desistimiento de este artículo 1594, como una especial forma de revocación, para así poderle dar forma y conceptualización jurídica a la figura. (op. cit. Pág. 407).

- 2 .- Desistimiento unilateral del vínculo obligatorio.
- 3 .- Casos dudosos, que pueden o no constituir la figura del desistimiento¹⁹⁵.

Dentro de los casos de desistimiento unilateral extintivo de la relación contractual, se encuadran gran cantidad de figuras contractuales que recogen el desistimiento configurado como tal. Estas figuras son: el arrendamiento de cosas, el de obra, el contrato de trabajo, el contrato de sociedad civil y mercantil, el mandato tanto civil como mercantil, el depósito, el contrato de transporte.

En el segundo caso, se agrupa aquellos contratos plurilaterales como la sociedad tanto en la esfera civil como comercial, en los contratos de tipo asociativo, en la sociedad comanditaria por acciones.

Y entre los casos dudosos de desistimiento, está la devolución del fondo enfitéutico, entre otros¹⁹⁶.

195.- CALLEGARI, D. op. cit. pág. 45 y 46.

196.- CALLEGARI, D. op. cit. pág. 46.

B: Desistimiento unilateral establecido según la voluntad de los contratantes.

Se establece la posibilidad, sobre todo en el caso del sistema español, de recoger entre las cláusulas del contrato un desistimiento convencional que de alguna forma contemple la posibilidad de extinguir el contrato por la voluntad de una de las partes. En estos casos, el desistimiento tiene su fuente en la voluntad de los contratantes y por ello es convencional¹⁹⁷.

De todas formas esta libertad de obligarse, en todos los casos que las partes así lo establezcan, se encuentra con límites impuestos por el propio Código civil¹⁹⁸, en el artículo 1250, que prohíbe dejar la validez y el cumplimiento de los contratos a la voluntad de una de las partes. Límite éste discutible por no saber exactamente el alcance de dicho precepto, como veremos en el capítulo cuarto.

197.- Ello con una adecuada argumentación jurídica reflejada en el artículo 1255 del Código civil.

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

198.- El Código civil italiano, no solamente pone límites a esa libertad, sino que introduce entre sus preceptos una autorización para que se lleve a cabo dicha conducta. Es el ya mencionado artículo 1373.

A diferencia del ordenamiento jurídico italiano, que de hecho puede establecer el desistimiento convencional, siempre y cuando no haya habido un principio de ejecución, tanto por la ley, como por la introducción de cláusulas que permiten dicha conducta, el nuestro no plantea dicha posibilidad.

8.- Ambito de aplicación del desistimiento:

¿Es ampliable la figura a toda relación contractual o sólo a las que expresamente así lo reconozca la ley?

En una primera aproximación, y como ya hemos señalado en páginas anteriores, el ámbito de aplicación de la figura en estudio queda circunscrito a la relaciones obligatorias y contractuales de tracto sucesivo o duraderas.

Es por ello por lo que, de entrada, puede ser aplicado en gran número de contratos que gozan de dicha característica, sobre los cuales ya dedicaremos un apartado más amplio. De lo que se trata, es de establecer en qué medida y bajo qué condiciones es o puede ser aplicado el desistimiento, no solamente en aquellas relaciones de carácter meramente contractual y obligacional, sino en todos los otros campos que componen el Derecho civil.

Otra perspectiva a tener en cuenta, es la idea de que al establecer la posibilidad de llevar a cabo el desistimiento

mediante la incorporación de una cláusula que así lo establezca, ello no quiere decir que el campo de aplicación de dicha figura sea infinito, pudiéndose trasladar a cualquier clase de relación.

No sólo hay, como veremos, límites legales¹⁹⁹, sino también límites basados en otras razones que hacen imposible su aplicación y, por supuesto, su eficacia²⁰⁰.

A: ¿Aplicabilidad a los contratos de carácter obligatorio y continuado?.

Podemos decir que el desistimiento unilateral está pensado para aquellas relaciones de carácter *obligatorio* y *continuado*.

Continuados son aquellos contratos que producen efectos sucesivos en el tiempo, haciendo surgir entre los contratantes una relación que los va a obligar para todo el periodo necesario para su ejecución. Los contratos que pueden prolongarse en el tiempo son los de arrendamiento, mutuo y los plurilaterales, entre otros, estos últimos reúnen a personas para producir un

199.- Artículo 1256 del Código civil.

200.- Este puede ser el caso de requisitos formales, en algunos contratos impuestos a nivel legal. Es el caso del preaviso en los contratos de carácter laboral.

resultado en el tiempo.

Hay otros contratos de breve duración, como puede ser el contrato de obra que tiene por objeto el cumplimiento de una obra de pequeña entidad, un mandato que consista en la ejecución de un único acto, un depósito breve, etc. Estos, aunque por su naturaleza son continuados, en el sentido de que no se señala o se asegura el momento de la conclusión, están destinados a producir efectos por una duración más o menos larga, dejando a los contratantes la posibilidad de extinguir el contrato durante el período que hay entre la constitución de la relación y la ejecución.

Así las cosas, el desistimiento unilateral podrá aplicarse tanto en los contratos de duración, como en los destinados a realizarse sus efectos rápidamente y que pueden por ello no ser continuados, ya que no posee relevancia la mayor o menor duración. Ello, no obstante, influirá sobre el tiempo de ejercicio, siendo también irrelevante que el contrato haya o no tenido principio de ejecución, no siendo por ello indispensable el inicio del mismo.

En conclusión, diremos que el desistimiento es una característica propia de los contratos obligatorios y continuados, que hace extinguir la relación contractual o el vínculo. En los contratos de duración tanto determinada, como

indeterminada, producen la extinción anticipada sucede que en las relaciones "sine die" se pone fin a un vínculo que en principio podía durar de por vida²⁰¹.

B: No aplicabilidad en los contratos con eficacia real.

No se concibe el desistimiento en los contratos que se perfeccionan y producen su efecto en un único momento. Ahora bien, hay causas de extinción en estos contratos que son adjudicadas a la voluntad unilateral o que esta misma puede promover; éste es el caso de la resolución, rescisión, etc., las cuales tienen un fundamento diverso y no constituyen figuras encuadrables en el desistimiento. Es por ello por lo que en los contratos con eficacia real no es posible la extinción por la voluntad de una de las partes.

Las razones estriban en la propia naturaleza y configuración del desistimiento, ya que, como sabemos, la esencia y finalidad de éste es hacer cesar una relación que obligaba y unía a dos o más personas. Tienen que existir al menos dos personas.

En cambio, los contratos con eficacia real se perfeccionan

201.- GIERKE. Das deutsche schuldverhältnisse cit. pág. 386. (citado por CALLEGARI, D. op. cit. pág. 179).

en un único momento y actúan directamente sobre el titular y el bien en sí. La voluntad unilateral podrá extinguir la relación pero por renuncia, lo cual, como ya hemos señalado es distinto al desistimiento.

Por otra parte, hay derechos reales en los que de alguna forma puede darse la figura en estudio siempre y cuando estos sean de carácter continuado. Es el caso de la enfiteusis en la cual puede haber una relación obligatoria y continuada entre las partes y que puede hacerse cesar mediante el desistimiento, si éste ha sido establecido anterior y convencionalmente por las partes. Pero éstos son casos excepcionales, que desde luego van a hacer aparición en relaciones de dudosa naturaleza real.

C: Excluido de los contratos o relaciones familiares.

También está excluido el desistimiento de las relaciones de familia, aunque estas sean de carácter continuado, ya que la ley las regula de modo taxativo y las sustrae de toda manifestación de la autonomía privada, tratándose de normas de "ius cogens".

Hay un sector de la doctrina Derecho italiano que opina que en el caso de promesa de matrimonio cabe la posibilidad de un

desistimiento²⁰². El fundamento está basado en el elemento fiduciario presente en dicha promesa, el cual no puede perdurar al venir "a menos" la voluntad de uno de los que prometen.

D:¿Regula uniformemente el Código civil dicha figura?.

Como conclusión al ámbito de aplicación y como respuesta a la cuestión formulada, diremos que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una regulación uniforme de la figura en sí, debiéndose proceder a una interpretación de los textos legales por parte de la doctrina y de la jurisprudencia para poder delimitarla con mayor exactitud.

El ámbito queda de la siguiente forma :

- Relaciones obligatorias.
- De carácter duradero o de ejecución continuada.
- En contratos no solamente típicos recogidos por la ley, sino también en contratos atípicos, perfeccionados por acuerdos de las partes pero que gozan del carácter obligatorio y continuado.

202.- BARASSI, L. op. cit. pág. 802.

En el mismo sentido TEDESCHI G. La promessa di matrimonio nel diritto civile italiano. In archivio giuridico. 1930. (XX 4 serie). Pág. 157.

Para terminar, debemos señalar que la disciplina del desistimiento que se ha intentado construir hasta ahora, se refiere esencialmente a las relaciones de indole privada. Pero no se debe ignorar que el desistimiento, como voluntad directa de hacer cesar una relación jurídica, encuentra aplicación en el Derecho público, ya sea de parte de la Administración pública o de cualquier ente público.

Tal ámbito está claro que no puede considerarse aplicable en igual medida que la disciplina privada del desistimiento, ya que los intereses privados son los que constituyen el presupuesto de las relaciones jurídicas de esta indole y la naturaleza de los sujetos que operan y la causa son típicas de la misma. Así pues, la singular especie sobre la que actúa el desistimiento, hace que en las relaciones de indole pública no tengan efecto todas las modificaciones voluntarias²⁰³.

9.- Ejercicio del desistimiento.

Con este apartado nos vamos a referir a la declaración de voluntad como elemento constitutivo y esencial del desistimiento, mediante la cual se procede a la puesta en marcha del mismo. Es decir, el ejercicio así entendido va a consistir en

203.- D'AVANZO, W. op. cit. pág. 1038.

la manifestación de la voluntad mediante el acto de declaración de la misma.

Declaración que, como veremos, consiste en un poder concedido por la ley o por la voluntad de las partes, en función de la clase de desistimiento ante el que nos situemos.

Veremos todos aquellos aspectos que rodean a la declaración de voluntad, ésto es, requisitos, formalidades y demás cuestiones a tener en cuenta.

A: Acto libre y voluntario.

Se considera la manifestación de voluntad del desistimiento como un acto de ejercicio de un derecho potestativo, entendiéndose por éste:

El poder en virtud del cual el titular del mismo puede hacer influir su situación jurídica preexistente, cambiándola, extinguiéndola o creando una nueva, y todo ello mediante una actividad propia y unilateral²⁰⁴

Por ello lo vamos a considerar como acto libre y voluntario, en donde la voluntad del sujeto es fundamentalmente relevante, ya que mediante ella se producirá la desaparición del negocio en

204.- TABELLINI, T. op. cit. pág. 19.

todos sus términos.

Debemos señalar que esa libertad debe ser entendida en el sentido de que el desistimiento no es expresión de libertad²⁰⁵, sino ejercicio de un poder o, si se quiere, de un derecho potestativo en cuanto incide sobre la esfera personal del negocio en sí.

B: El desistimiento se hace valer mediante una declaración de voluntad del titular.

El desistimiento se ejercita mediante declaración unilateral de voluntad del que actúa, debidamente notificada si así está impuesto, a la otra parte, ya que en definitiva va a influir sobre su esfera jurídica.

En todos los contratos en los cuales se aplica, se reconoce directamente el efecto a la declaración de voluntad, la cual posee carácter constitutivo, ya que ella es la causa generatriz de la nueva situación jurídica extintiva de la relación

205.- No puede negarse que siendo actos unilaterales, no son simples expresiones de la libertad de regular de modo vinculante los intereses del autor, como puede ser el caso de la renuncia a un derecho. (GABRIELLI, G. *op. cit.* pág. 122).

contractual en sí, o simplemente del vínculo²⁰⁶.

Así las cosas, el ejercicio del desistimiento queda relegado a la "nuda voluntas" del titular, el cual lo puede realizar a su arbitrio, siendo totalmente diferente la extinción por voluntad unilateral que por medio de sentencia.

Por voluntad unilateral el efecto de la declaración es automático y con carácter constitutivo, ya que como sabemos, modifica la preexistente situación jurídica; mientras que por sentencia, es la autoridad judicial con su poder discrecional la que ateniéndose a las circunstancias o motivos estudiados, puede acordar, siempre que convenga que no concurra otros extremos para la extinción.

Nosotros optamos por considerar a la declaración de voluntad como el medio para el ejercicio del poder de desistir, y en los casos que está protegido por la ley se le debe reconocer el carácter de negocio jurídico.

Por la importancia que tiene la declaración de voluntad, debe reunir una serie de requisitos y características que la van

206.- El Derecho alemán se pronuncia por una intervención judicial, haciéndose valer el desistimiento, no por la declaración de voluntad, sino por vía judicial mediante una sentencia, tratándose en estos casos, más que de desistimiento de una resolución judicial.

a dotar de eficacia y aplicabilidad:

- Puede darse el caso de la aparición de vicios de la voluntad, destancandose el tema del dolo, el cual puede provenir de persona distinta del destinatario, ante lo cual se actuará conforme a las sanciones impuestas por tal proceder.

- Pueden existir discrepancias entre la voluntad y la declaración, por lo que en estos casos se actuará conforme a la buena fe, dándosele prevalencia a ésta.

- Es imprescindible que la declaración provenga de la persona a la que se le ha atribuido el poder de desistir, es decir, el titular.

- La declaración debe ser clara, determinada y que no deje lugar a dudas; ésto es, ser plenamente eficaz e idónea para llevar la extinción del contrato a su término²⁰⁷.

207.- BARASSI, L. Istituzioni cit. pág. 96.

También SCUTO, E. Istituzioni di diritto civile. I. Napoles 1931. pág. 245.

CAPITULO TERCERO.

CARACTER EXCEPCIONAL DEL DESISTIMIENTO
UNILATERAL COMO CAUSA DE EXTINCION.

I.- EL DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCION.

1.- El desistimiento unilateral y el artículo 1156.

A: Comparación del desistimiento con otros modos de cese de la relación.

B: Posibles razones de la exclusión del desistimiento del artículo 1156.

2.- La acción resolutoria del artículo 1124, por causa de incumplimiento.

A: ¿Es desistimiento la conducta del acreedor del artículo 1124?

B: Posible relación desistimiento--incumplimiento.

3.- Ejercicio de la acción redhibitoria por vicios.

A: ¿Podría llevarse a cabo en caso de vicios ocultos en el objeto del contrato la aplicación del desistimiento?

B: Supuesto del artículo 1460-2 .

II.- CARACTER EXCEPCIONAL DEL DESISTIMIENTO.

1.- Como excepción al principio de *pacta sunt servanda*.

A: La prohibición del artículo 1256 ¿abarca sólo a la validez y el cumplimiento?. ¿Y la extinción?

B: Problema de la validez y eficacia del desistimiento.

2.- Postura del Tribunal Supremo respecto del principio de *pacta sunt servanda* y su relación con el desistimiento.

I.- EL DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCION.

Este capítulo estará dedicado a todo lo referente al desistimiento unilateral como forma de extinción de una relación jurídico-contractual y/u obligatoria; realizaremos realizando un análisis pormenorizado del carácter extintivo de la figura desde la perspectiva fundamental de considerarlo como una forma más de llevar a cabo la desaparición de cualquier contrato, siempre que éste reúna las características necesarias para poder actuar sobre él unilateralmente¹, extinguiéndolo en todos sus términos, ya sea porque libremente lo hayan estipulado las partes en el contrato o porque expresamente esté regulado en la propia ley².

¹.- Carácter obligatorio y continuado. Vid. supra pág.

².- Señalábamos en páginas anteriores cómo en algunos contratos, o en todos aquéllos donde expresamente no venga estipulado, no podía de hecho una de las partes extinguir la relación contractual que le unía a la otra parte, porque para ello debía haber un imperativo legal que así lo estipulara.

Ahora bien, todo depende de la concepción que se tenga del desistimiento, es decir, si se atribuye o no en toda su dimensión a dicho imperativo, ya que si se considera como "un medio de liberación unilateral de una relación jurídica, que se concede sólo excepcionalmente por la ley". (CARIOTA FERRARA, L. Negocio jurídico. Trad. de Albaladejo García, M. Madrid 1966 págs. 132 y 133) no podrá configurarse como producto de la autonomía privada de las partes que componen la relación.

La misma idea es compartida por los que piensan que de las relaciones constituidas bilateralmente, no es posible liberarse sino mediante negocio bilateral, siendo en casos excepcionales posible liberarse mediante el negocio unilateral del desistimiento. Dicha excepcionalidad deberá venir expresamente recogida en una norma, también excepcional. (CRESPO ALLUE, F. La revocación del mandato. Madrid 1984. pág. 144).

De otro lado tenemos a los que sostienen una doble postura:

Antes de nada, si lo que vamos a tratar es el desistimiento como causa de extinción, debemos examinar qué se entiende por modos o causas de extinción y así encuadrar al desistimiento en función de su propio contenido.

CASTAN TOBEÑAS considera que son causas de extinción:

"los distintos hechos o negocios a virtud los cuales la obligación deja de existir" ³.

Así las cosas, serán pues causas de extinción todas aquellas que de alguna forma van a poner fin a la relación obligatoria ya constituida; bien sea por el cumplimiento de la obligación como por aquellas otras causas en que la extinción se produce por algún modo de satisfacción del acreedor, distinto, eso sí, del cumplimiento mismo o aun -que este puede ser el caso del desistimiento- sin que el acreedor llegue a ser satisfecho⁴.

- La de considerar a la figura como una facultad enteramente libre y voluntaria, que no tiene por qué fundarse en ninguna causa especial contemplada por la ley, como presupuesto de ejercicio de la facultad de extinción de la relación.

- Y la de los casos expresamente recogidos en la ley como tales, estando aquí la figura resguardada por el ya mencionado carácter legal que se le puede atribuir. (DIEZ-PICAZO, L. op. cit. Madrid 1986, pág.851. También DIEZ-PICAZO, GULLON BALLESTEROS. op. cit. V.II. Madrid. 1988. pág. 266).

³.- Derecho civil español, comun y foral. T.III. Derecho de Obligaciones. Madrid 1983. pág.360.

⁴.- Hay otro sector de la doctrina que restringe mucho más el concepto de causas de extinción de las obligaciones.

"Aquellos acontecimientos surgidos con posterioridad a la contratación del vínculo, de naturaleza totalmente extrínseco al mismo y que, asentados en la voluntad expresa o presunta de las partes, dan fin a la vida de la relación obligatoria". (PUIG PEÑA. Tratado de Derecho civil. T.V. V.I. págs. 326)

Ya veremos que si nos inclinamos por el concepto amplio aportado por la doctrina representada por CASTAN, el desistimiento unilateral tiene cabida entre los distintos modos de extinción de la relación obligatoria que, como más adelante veremos, son clasificados y contemplados desde distintos puntos de vista.

También realizaremos un análisis, si no comparativo, si paralelo, a otras distintas formas de extinguir un contrato o una relación obligatoria, estén o no recogidas en la ley. Porque lo que hay que buscar no son los fenómenos por los cuales queda satisfecho o extinguido un derecho de crédito o por los cuales se libera el deudor de una deuda, sino aquellos fenómenos extintivos de la relación obligatoria considerada como una unidad. De esta forma, la extinción de la relación obligatoria constituye el punto final del sistema de organización de intereses establecido entre las partes y el agotamiento de la relación de intercambio y de cooperación existente entre ellas⁵.

También queremos o dar una respuesta coherente a la cuestión de considerar el motivo por el cual el desistimiento deba venir regulado exclusivamente por un precepto legal, junto con los

⁵.- DIEZ PICAZO L. Fundamentos... cit. pág. 850.

Además, cuando se extingue una obligación todavía puede subsistir el deber de liquidación, el cual va a surgir, precisamente, como consecuencia de la extinción de la relación. (LARENZ, K. Derecho de Obligaciones. T.I. C.IV. Versión española de Santos Briz, J. Madrid 1958. pág. 408.).

distintos modos de extinción de las obligaciones, o si por el contrario si es suficiente una regulación, llemosla particular, allí donde la ley lo estime oportuno es decir, en cada contrato y dentro del apartado dedicado a la extinción en particular⁶.

En nuestro caso, como ya se ha observado a lo largo del trabajo debemos de recurrir a las particulares relaciones obligatorias. Será en ellas donde encontremos las abundantes referencias que la ley hace a los fenómenos de extinción, siempre contemplando cada una de tales relaciones obligatorias como un todo o unidad⁷.

1.- El desistimiento unilateral y el artículo 1156.

Para comenzar debemos realizar un estudio histórico a través de la evolución del precepto dedicado a las distintas formas de extinción de las obligaciones. Observaremos una línea común: la de la enumeración sistemática de las distintas causas, a la vez que el carácter incompleto de todas ellas, ya que en cualquier elaboración legislativa del mismo, se dejan a un lado

⁶.- Este es el caso del artículo 1594 del Código civil, referente a una de las formas de extinción del contrato de obra, por causa de desistimiento por parte del dueño o comitente de la misma. En este caso, como en el de todos los demás que así lo tienen estipulado, no hay una regulación general de dicha posibilidad, sino particular allí donde es posible llevarlo a cabo.

⁷.- DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos... cit. pág.851.

supuestos que pueden ser considerados en todos sus términos como causas extintivas.

Son tan variadas las enumeraciones, que cuesta trabajo encontrar dos códigos o dos tratadistas que coincidan en la enunciación de las causas de extinción de las obligaciones. Las combinaciones posibles son muchísimas, y a no ser porque el asunto se revista de gran importancia, la confusión afecta a cualquier estudioso del Derecho civil².

².- QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. Código civil...cit. Revisado por el Sr. D. Pascual Marín Pérez. T.XIX. Artículos 1088 a 1213. De las Obligaciones. Madrid 1957. pág. 928.

Las Partidas, sin dejar de reconocer todos los medios propios de morir las obligaciones, consideraban como medios directos de "pagas" y "quitamientos" de una obligación: primero, el cumplimiento; en segundo lugar, el perdón de la deuda; después, la novación; luego la delegación o cambio de persona obligada; más adelante la compensación, y por último la muerte de la cosa que debía ser dada. Pero la ley que trataba también este asunto se refería finalmente a "otras maneras muchas"; lo que significa que en el pensamiento de los autores de aquel cuerpo legal no era cosa muy llana no hacerla someter a clasificación las formas o los medios de que venimos tratando. (Partida 5 . T.XIV. Ley 2). Observamos ya en las Partidas cómo se deja abierta una vía para poder incluir otros medios distintos a los expresamente recogidos en la ley, para llevar a término una relación obligatoria-contractual.

En el Proyecto de Código de 1851 en el artículo 1086 bajo la denominación de DISPOSICIONES GENERALES, se enumeran las distintas causas de extinción:

"Las obligaciones se extinguen por el mutuo consentimiento de las partes contratantes.

También se extinguen: por el pago o cumplimiento, por la delegación subrogación, por la compensación, por la novación, por la quita o perdón, por la cesión de bienes, por la confusión, por la pérdida de la cosa debida, por la rescisión, por la prescripción".(GARCIA GOYENA, F. Concordancias motivos y comentarios del Código civil español. Madrid 1852. Pág.118).

El posterior Anteproyecto de 1882-1888, en el artículo 1173 decía:

"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".(PEÑA BERNARDO DE QUIROS, M. El anteproyecto de Código civil español. (1882-1888). Madrid 1965. Pág.367).

Observamos en estos dos proyectos de Código, que se numeran taxativamente todas las causas de extinción de las obligaciones, pero en un sentido más estricto que el anteriormente comentado en las Partidas, ya que no tiene un cajón de sastre en donde incluir las otras posibilidades existentes de poder extinguirse cualquier relación obligatoria. Sólo mediante una interpretación extensiva de ello se podrá configurar a la vez que aplicar cualquier otra causa de extinción de las obligaciones, como puede ser la posibilidad de que por las actuaciones unilaterales de una de las partes se pueda hacer desaparecer la relación en sí.

Distintos comentarios del precepto, dedicado a la extinción de las obligaciones, han sido elaborados, muchos de los cuales aludiendo a la posibilidad de extinción por la voluntad de una de las partes, además de por las causas enumeradas.

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA considera que son muchos los medios de desligarnos de un compromiso, y de quedar fuera del alcance de las reclamaciones de nuestro acreedor sin cumplir la obligación materialmente. Al tratarlos todos intenta dedicarse la sección del Código con la mayor amplitud, lo que hace preciso el dar una ligera idea, a título de indicación preliminar.

Para algunos jurisconsultos, parecía que la primera de las formas de extinguirse las obligaciones es aquella que se corresponde exactamente con la de establecerlas. Al consentimiento con que se forma un contrato se opone de esta manera, en primer término, el mutuo disenso de los contratantes. Pero este pensamiento se refiere evidentemente a las obligaciones de orden contractual, y como aquí tratamos en general de todas ellas, y son muy numerosas las que no tienen su origen en el consentimiento, sino, por ejemplo, en una imposición de la ley misma, tomar por término primero la enumeración que se relaciona con un sólo género de las obligaciones, no sería

ciertamente un procedimiento de lógica sana⁹.

Para otros autores, los modos de extinguirse las obligaciones han sido clasificados en distintos grupos, que van desde la tradicional división, que los distingue según que produjeran la extinción *ipso iure* o *ope exceptionis*, influida por el Derecho romano¹⁰, hasta la de otros que distinguen entre los expresados modos los generales y los especiales, según que puedan producirse en todas las obligaciones o tan sólo en algunas de ellas, siendo ejemplos respectivamente de uno y otro grupo, el pago y la condición resolutoria¹¹.

⁹.- op. cit. pág. 929.

Continúa diciendo que el presente artículo que recoge las causas o motivos de terminación, no es doctrinal, sino de mera indicación y preparación. Establece los distintos medios con que se extinguen las obligaciones, abriendo el camino a la exposición que viene después de los preceptos relativos a cada uno de ellos.

¹⁰.- Es decir, que quedase de pleno derecho roto el vínculo que la obligación supone, y sin acción el acreedor, como sucede en caso de pago, o que conservando esta dicha acción con su necesaria eficacia, y subsistiendo la obligación exigible, adquiriera el deudor un medio que oponer a aquella, servidumbre, la prescripción. (IGLESIAS, J. Instituciones de Derecho romano. Madrid 1976. pág. 568 y ss.).

¹¹.- Entre los escritores extranjeros, es usual la clasificación elaborada sobre las bases principales, en la cual los modos de extinción de las obligaciones pueden producir tal resultado por el cumplimiento, bien directo (pago, cesión de bienes), bien indirecto (compensación); por convenio, del que son especies y manifestaciones el mutuo disenso, la remisión, la novación, la transacción y el compromiso. O también por imposibilidad de cumplimiento, imposibilidad que puede proceder ya del sujeto (muerte), ya del objeto (pérdida), ya de la obligación misma, la confusión, la condición resolutoria y la prescripción. (MANRESA Y NAVARRO, J.M. Comentarios al Código civil español. T.VIII. V.I. Revisado por Miguel Moreno Mocholi. Madrid. 1967. págs. 581 y 582).

Ahora bien, dejando a un lado estas indicaciones tanto históricas como comparativas, conviene indicar cuántos son en rigor los modos de extinción de obligaciones que nuestro Código admite, completando la disposición general con otras del Derecho de obligaciones.

A primera vista, parece que la enumeración de sólo seis modos es más incompleta que la de otros Códigos¹². Pero a poco que profundizemos en el tema, se observa que no sólo están comprendidos esos otros modos en nuestro Derecho, sino que éste autoriza algunos más: en suma, todos los que tienen realmente eficacia para extinguir obligaciones. Así las cosas, la prescripción, por ejemplo, es un modo de extinguirse las obligaciones según los preceptos del último título de este libro cuarto del Código, explicándose que no la enumere en el artículo 1156, porque es el modo de extinción en que quizás predomine el carácter excepcional; por lo cual, y en su lugar oportuno, expresa la ley con acertada precisión que se extinguen las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones.

¹².- El Código civil francés en su artículo 1234, comprende nueve, añadiendo a las seis del nuestro la nulidad o rescisión, el efecto de la condición resolutoria y la prescripción.

El Código civil argentino enumera en su artículo 724 ocho causas de extinción de las obligaciones,, añade a las de nuestro derecho la renuncia del acreedor y la transacción.

Algunos otros Códigos, como el portugués, el federal de obligaciones suizo, el austriaco, el alemán y el mejicano, no enumeran las causas por las cuales las obligaciones se extinguen, pero las establecen y regulan en el capítulo o título correspondiente, y aun alguno de ellos, como es el austriaco (artículo 1411), empieza sentando el concepto o doctrina general de la extinción.

El Código civil italiano de 1942, omite también la enumeración y trata del pago en sus artículos 1176 y ss. dentro de la regulación del cumplimiento de las obligaciones más amplia que la del pago.

Sobre las restantes causas de extinción, se expresan los artículos 1230 y ss. bajo la rúbrica "de los modos de extinción de las obligaciones distintos del cumplimiento".

Lo mismo sucede en relación con la renuncia al derecho del acreedor (artículo 6-2), la cual debe ser incluida dentro de la remisión o condonación de la que nuestro Código se ocupa.

La muerte de alguno de los contratantes, principalmente del obligado, es causa para que dentro del concepto más amplio de imposibilidad de cumplimiento pueda producirse tal resultado en algunas obligaciones, asemejándose entonces en sus efectos a la pérdida de la cosa y por ello debería encontrarse en la sección relativa a esa última causa.

El efecto extintivo de la condición resolutoria cumplida, está expresamente declarado por el Código al tratar de las obligaciones condicionales en el artículo 1117: "La condición de que ocurra algún suceso en un tiempo determinado extinguirá la obligación desde que pasare el tiempo o fuere ya indudable que el acontecimiento no tendrá lugar"¹³.

Resulta admitida la influencia del plazo resolutorio hasta cierto día. Se sanciona también la legítima y evidente influencia extintiva del mutuo disenso, ya por la libertad de la contratación, ya por la afirmación rotunda de que para el

¹³.- La imposibilidad sobrevenida como causa de extinción de las obligaciones acarrea la extinción de la obligación operando como condición resolutoria, independientemente de que se haya o no cumplido. (ALBALADEJO GARCIA, M. Derecho civil...op. cit. pág 295).

resultado opuesto de existir las obligaciones, se necesita el requisito, opuesto también, del mutuo consentimiento. Se reconoce igualmente en algunos contratos (sociedad, mandato) la extinción determinada excepcionalmente por la voluntad de un solo contratante, e igual efecto produce en los mismos la alteración en el estado civil de los que lo celebraron.

Finalmente, puede decirse que, si bien con las consiguientes restricciones y dificultades de prueba, cabe según nuestro Derecho la extinción de las obligaciones por sobrevenir acontecimientos imprevistos en este apartado va a tener cabida la posibilidad, ya expuesta, de hacer desaparecer la relación por la exclusiva voluntad de una de las partes¹⁴. Por lo que para poder apreciar

¹⁴.- Insistiendo en lo dicho, ha de verse, en el precepto que ahora estudiamos, una recopilación de aquellos motivos de extinción que a continuación el Código expone y regula, pero en modo alguno cabe deducir en el propósito de exclusividad, que supondría manifiesta contradicción con aquéllos otros del mismo Cuerpo Legal que declaran el efecto extintivo en el supuesto que contemplan, y contra lo que no podría prevalecer un artículo como el comentado. (MANRESA Y NAVARRO, J.M. *op. cit.* pág.585.)

Hay a este respecto numerosa jurisprudencia que reconoce la virtualidad de otros modos de extinción distintos a los recogidos:

S.T.S. 15-abril-1925 en donde el mutuo disenso es considerado como causa extintiva, aunque sin designarlo por este nombre, al expresar que la rescisión es invalidación de los contratos que debe su origen a la ley cuando concurren las circunstancias de equidad en la ley prevenidas y responden a la voluntad de los propios contratantes en los casos que les conviene, y por ello así lo acuerdan.

También las sentencias de 5 diciembre 1940 y 24 de octubre de 1955, que saliendo, por lo visto, al paso de cualquier interpretación torcida sobre la anterior resolución, dicen terminantemente que la enumeración "no agotadora" que el artículo 1156 del Código civil hace de los motivos de extinguirse las obligaciones, ha de ser completada con las demás causas previstas especialmente en otros lugares del propio Cuerpo legal, o que resultan por modo claro de la adecuada combinación de sus preceptos; y por ello el convenio a que se refiere la sentencia, implica forma legal de extinción, ya se le conciba como resolución del contrato originario, ya se estime como novación a que expresamente alude el artículo 1156.

La S.T.S. 18-marzo-1942, aunque no tan explícitamente, viene a confirmar esta doctrina, al no expresarse en términos de exclusividad, pues dice que la extinción de una obligación de crédito ha de operarse siempre por alguno de los modos "concretamente establecidos en la ley", no especificándose cuál ha sido el adoptado.

la extinción de una obligación hace falta que se pruebe¹⁵, la existencia de hechos que, calificados jurídicamente, integren verdadera causa extintiva por, así estatuirlo expresamente la ley en el supuesto a que conduzca dicha calificación; bien sea dicho supuesto de lo enumerados en el artículo 1156, que por imperativo de este precepto, producen, sin necesidad de que cada uno de ellos lo declare, la extinción, bien sea los recogidos en el artículo 1156 o en los que el Código regule en otros lugares de su texto, aunque con la repetida exigencia de que al tratarlo ordene como efecto propio la extinción de la obligación¹⁶.

La sentencia de 23-abril-1956, declara que la enumeración contenida en el artículo 1156 sobre los modos de extinguirse las obligaciones, no es limitativa respecto a las establecidas en otros lugares del mismo Código y, además, que por la voluntad y libre consentimiento de las partes se puede dar por resuelto un determinado evento.

La presencia de un precepto como el 1156 hace pensar que su inclusión en el Código puede resultar superflua, ya que, fuera de su contribución a la claridad expositiva del capítulo relativo a la extinción de las obligaciones y de las

¹⁵.- En base al artículo 1214 del Código civil:

"Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone".

¹⁶.- MANRESA Y NAVARRO, J.M. *op. cit.* pág. 586.

consecuencias interpretativas, que cabe deducir del orden introducido con la enumeración que establece, no añade nada que enriquezca el contenido normativo de esta parte del Código¹⁷.

En definitiva, el artículo 1156 de nuestro actual Código civil, no contiene pues, sino la enumeración de unas causas de extinción que se regulan en el capítulo que las contiene, y que no son ni mucho menos todas las causas, sino, a lo sumo, las más significativas, que se caracterizan por ser generales y producir como efecto único y principal la extinción de las obligaciones automáticamente¹⁸.

Creemos que no se debe tachar de imperfecta la elaboración y posterior proyección del artículo, ya que aunque no las comprende a todas en su contenido, las demás formas de extinción se pueden encontrar en otras partes del Código¹⁹. Este

¹⁷.- La muestra es que su supresión, no implicaría en principio, ningún cambio importante en dicho contenido normativo, ya que como hemos señalado anteriormente hay otros cuerpos legales, como el Código civil italiano de 1942 (Vid. supra nota 12), en donde aparte de tratar separadamente (en distintos capítulos) el cumplimiento de las obligaciones y las demás causas de extinción de las mismas, aborda directamente dichas causas de extinción, sin necesidad de encabazarlas con un artículo cuya redacción se limite a ser índice de las mencionadas secciones. (BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, R. Comentarios al Código civil y compilaciones forales. T.XVI. artículo 1156. pág. 5).

¹⁸.- Estas dos notas de generalidad y efecto automático se refieren a que la primera afecta o es aplicable a todas las obligaciones y la segunda a que no necesitan declaración judicial alguna. (BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, R. op. cit. pág. 6).

¹⁹.- Vid. en este sentido CAMUS, E.F. Código civil explicado. T.IV. La Habana 1945. pág. 99. También OSSORIO MORALES, J. Lecciones de Derecho civil. Granada 1956. pág. 163.

es el caso de la prescripción²⁰, la condición resolutoria²¹, y el mutuo disenso²².

A pesar de ello, algunos autores, entre los que destaca ALBALADEJO, consideran que el artículo 1156 enumera inútilmente algunas causas, ya que las que verdaderamente se consideran como tales serán por poseer tal naturaleza, pero no porque se las numere en dicho artículo²³.

Nos proponemos ahora a elaborar un posible esquema a partir del cual poder dar una clasificación lo más completa posible de las distintas formas de extinción de las obligaciones, sin tener en cuenta la enumeración que el Código civil lleva a cabo en el citado precepto, para desde ahí extraer conclusiones respecto de la situación en que se encuentra el desistimiento como tal causa de extinción.

²⁰.- Artículos 1930 a 1975 del Código civil.

²¹.- Artículo 1113 y 1123 del Código civil.

²².- Artículo 1256 del Código civil.

²³.- Derecho civil.II. De las Obligaciones. V.I. Barcelona 1983. pág. 294.

Continúa diciendo este autor que la enumeración es incompleta, en el sentido de que no abarca todas las causas por las que cualquier obligación puede extinguirse. Pero a la vez es suficiente en cuanto que recoge las causas generales de extinción

Cualquier clasificación de las causas o modos de extinción de las obligaciones presenta escaso interés, tanto práctico como teórico.

Para ello debemos partir de los supuestos por los cuales se puede dar por extinguida una obligación o una relación obligatoria, para ver si la voluntad unilateral está comprendida entre ellos. DIEZ-PICAZO, considera que toda relación obligatoria, como fenómeno unitario, se extingue por lo menos en los siguientes casos:

1 .- Cuando ambas partes han celebrado un negocio jurídico extintivo de la relación (contrato extintivo o mutuo disenso y novación extintiva).

2 .- Cuando se ha logrado plenamente la finalidad económica pretendida y se han agotado todos los efectos buscados, porque han quedado plenamente satisfechos los intereses de ambas partes y ejecutadas todas las obligaciones previstas.

3 .- Cuando se produce la circunstancia expresamente prevista como momento final de la relación obligatoria. Así ocurre cuando, establecido un término con el carácter de término final, en una relación obligatoria duradera, expira el tiempo convenido; lo mismo ocurre cuando se produce en una relación obligatoria duradera una expresa condición resolutoria.

4 .- Cuando le es atribuida a una de las partes la facultad de dar unilateralmente por terminada la relación obligatoria. Esta facultad de terminación obligatoria por voluntad unilateral, puede ser enteramente libre o necesitar como fundamento una justa causa especialmente contemplada por la ley como presupuesto del

ejercicio de la facultad de extinción de la relación ²⁴.

Vemos que se recoge la posibilidad de extinción por la mera voluntad de una de las partes, considerándose como tal dicho medio, independientemente de que esté o no reflejado en la ley, en la enumeración de dichas causas.

Son varios los autores, tanto pertenecientes a la doctrina española como extranjera, que han elaborado una clasificación de los distintos modos de extinción de las obligaciones o de la relación contractual en sí, sin ceñirse al carácter estricto que puede imponer el artículo 1156; el cual, como bien señala algún autor, sólo va a suponer un índice de lo que posteriormente se va a desarrollar por el Código civil en dicho capítulo²⁵.

Si comenzamos por la doctrina extranjera, podemos destacar en primer lugar la del derecho francés representada por PLANIOL Y RIPERT, los cuales consideran que el artículo 1234 que enumera las causas de extinción de las obligaciones es incompleto, pues

²⁴.- Fundamentos. cit. pág. 851.

Dedica este autor un apartado especial, por la importancia y excepcionalidad que tiene, a la facultad unilateral de extinguir la obligación, estableciendo su estructura, presupuestos y efectos.

Deberá reunir las características de ser relaciones duraderas en el tiempo o de tracto sucesivo, que no tengan previsto un plazo de duración y que estén basadas en la confianza, por lo que la pérdida de esta última ocasiona la desaparición de la relación.

²⁵.- BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, R. op. cit. pág. 5.

Vid. en el mismo sentido SANTAMARIA CRISTOBAL, J.L. Comentarios al Código civil. Artículo 1088 y disposiciones transitorias. Madrid. 1958. pág. 101.

en lugar de recoger siete, son trece los modos, los cuales pueden dividirse a su entender en tres grupos:

En el primero considera que la obligación sólo se extingue cuando el deudor ha sido satisfecho por el cumplimiento de la obligación. Son el pago, la dación en pago, la novación, la compensación, la confusión y el plazo extintivo.

En el segundo que por excepción, hay tres causas que extinguen la obligación, sin que se haya cumplido en forma alguna aquélla. Estas son: la remisión de la deuda, la imposibilidad de cumplir y la prescripción.

Por último en relación a las obligaciones contractuales, hay otros modos de extinción que atacando al contrato mismo, liberan al deudor, porque el contrato del que se derivaba su obligación es destruido o suprimido. Aquí van a tener cabida la anulación del contrato, su resolución, la rescisión y la revocación²⁶.

En la doctrina italiana la clasificación realizada por GIORGI Y STOLFI. Distingue, el primero de estos autores entre modos que consisten en el cumplimiento de la obligación, en los que tendría cabida el pago y el pago por consignación, modos que consisten en un acuerdo liberatorio, formado por la *datio in solutum* o pago por entrega de bienes, la remisión de la deuda, el mutuo disenso en los contratos y la novación, y un tercer grupo

²⁶.- Tratado elemental de derecho civil. Las obligaciones. México 1945. pág. 271.

Continúan diciendo que la lógica más elemental exige que los modos agrupados en el tercer punto se sustraigan de la teoría general de las obligaciones consideradas independientemente de sus fuentes, para estudiarse dentro de la teoría de los contratos.

sobre los modos consistentes en un hecho que natural o legalmente hace imposible la ejecución, compuesto por la compensación, la confusión, la pérdida de la cosa debida, la anulación o rescisión, la condición resolutoria, el término "ad quem", la muerte del acreedor o del deudor en las obligaciones vitalicias, el desistimiento unilateral en los contratos en que se tolera, y la prescripción.²⁷

Por su parte STOLFI es más escueto a la hora de elaborar una clasificación de los modos de extinción, distinguiendo dos grupos: los que procuran al acreedor la satisfacción de lo que se le debe, es decir, el pago, la *datio in solutum*, la novación, la compensación y la confusión. Y los que extinguiendo la obligación, no procuran satisfacción al acreedor, y son: la remisión de la deuda, la pérdida de la cosa debida y la prescripción²⁸.

En general hemos observado, en estos autores más significativos, que en la mayor parte de las clasificaciones efectuadas se considera a la voluntad unilateral como causa o modo de extinción de cualquier relación obligatoria. Veamos ahora cual es la tónica general en la doctrina española.

²⁷.- GIORGI, J. Teoría de las obligaciones. Vol. IV. Madrid 1977. (Traducción realizada por la Revista general de legislación y jurisprudencia). pág. 179.

²⁸.- GASPERI, L. Tratado de las obligaciones. V.III. Parte especial. Buenos Aires 1946. Págs 4 y 5.

ALBALADEJO parte de la idea de que las causas o modos de extinción de las obligaciones presentan escaso interés, tanto práctico como teórico por lo que se limita a apuntar las clasificaciones más usuales²⁹, no elaborando ninguna particular que aporte novedad alguna.

En cambio hay otro sector de la doctrina, representado por CASTAN TOBEÑAS, que sí ha construido un cuadro general alrededor del cual se clasifican las distintas causas de extinción de las obligaciones, quedando del siguiente modo:

1 .- MODOS VOLUNTARIOS:

- a) Extinción por el cumplimiento mismo: Pago y consignación.
- b) Por sustitución en el cumplimiento: Compensación, dación en pago y novación.

c) Por acuerdo liberatorio:

- convenio posterior al nacimiento de la obligación: Mutuo disenso, desistimiento unilateral (en los contratos en que esté admitido) y remisión de la deuda.

-convenio simultáneo al nacimiento de la

²⁹.. Estas son:

- Modos satisfactorios y no satisfactorios, según que la causa de extinción llene (aunque sea de una manera indirecta) o no el interés del acreedor: es satisfactorio, el pago o la compensación; no lo es la condonación.

- Modos voluntarios y no voluntarios, según dependan o no de la voluntad de los sujetos. Depende de ella la condonación (de la del acreedor); no depende, la pérdida de la cosa debida. (Derecho civil cit. pág. 294.)

obligación: Condición resolutoria y término extintivo.

2 .- MODOS INVOLUNTARIOS:

a) Por razón del sujeto: confusión, muerte de los contratantes (en las obligaciones personalísimas).

b) Por razón del objeto: pérdida de la cosa o imposibilidad de cumplir la prestación.

c) Por falta de ejercicio: prescripción liberatoria ³⁰.

Como conclusión, o mejor como respuesta a la cuestión que encabezaba este apartado tenemos que decir que el DESISTIMIENTO UNILATERAL por el solo hecho de no encontrarse entre las causas de extinción del artículo 1156, no se debe de excluir el considerarlo como extintivo de relaciones contractuales. Ahora bien, lo que si debe señalarse al respecto, es el hecho de que es tal causa de extinción, pero acompañandola del calificativo de la excepcionalidad, ya que no va ser un medio muy usual o general para dar por terminada una relación contractual, y se llevará a término siempre y cuando así venga estipulado en el contrato, porque éste reúna las características necesarias para que pueda entrar en práctica el mecanismo.

³⁰.- Derecho civil. cit. pág. 363.

A: Comparación del desistimiento con otros modos de cese de la relación.

A nivel de mera exposición llevaremos ahora a cabo un estudio paralelo de las distintas formas o causas de extinguirse una relación obligatoria, en relación con el que es el objetivo de nuestro estudio: el desistimiento unilateral.

No se trata de establecer las diferencias entre unas y otras modalidades extintivas, sino de ver la incidencia de todas ellas, así como su aplicabilidad y eficacia.

Ya hemos comprobado como el artículo 1156 no recogía en su contenido todos los modos existentes de extinción, siendo considerado por algún sector de la doctrina como un primer indicio de lo que posteriormente se va a desarrollar en el mismo Código civil. Ahora bien, no debe ser tampoco contemplado el mencionado precepto como un cajón de sastre en el que tengan cabida todas las demás causas, sino que en él deberán ser tratadas única y exclusivamente las allí expuestas, considerándose a las excluidas como modos también de desaparición de cualquier relación contractual, que carecen de regulación específica, pues son tratadas en lugares aparte y bajo calificativos situados fuera del significado de la expresión "disposiciones generales" que encabeza el mencionado precepto.

Dos aspectos son los que vamos a abordar:

- 1 .- Las causas del artículo 1156 y el desistimiento unilateral.
- 2 .- Y los demás modos de extinción no recogidos en dicho precepto y el desistimiento unilateral.

Así las cosas, el desistimiento va quedar configurado como una modalidad extintiva de la relación obligatoria/contractual, que se va a diferenciar de otras causas en la variabilidad de la estructura del hecho extintivo y en los efectos del contrato extintivo, tanto respecto de los supuestos del artículo 1156, como de los allí no reflejados.

Con la expresión VARIABILIDAD DE LA ESTRUCTURA DEL HECHO EXTINTIVO nos queremos referir a la conducta del sujeto que desiste, la cual deberá ajustarse a un molde determinado para que se pueda llevar a su total efectividad. Y respecto a los EFECTOS DEL CONTRATO EXTINTIVO, queremos decir, que no van a ser lo mismo los efectos que produce una relación obligatoria extinguida por el cumplimiento, en donde desde luego, y como es obvio, no van a surgir deberes de liquidación entre las partes una vez que se ha llevado a su estricto cumplimiento³¹, y los que van a producir

³¹.- Son causas por las cuales queda satisfecho el interés del acreedor y por supuesto del deudor de dicha relación. Es el caso del pago o cumplimiento.

otras modalidades de extinción, entre las que destacamos el desistimiento unilateral, en el que, una vez extinguida la relación por el acto de desistir van a surgir unos deberes que pueden ser entre los que se enumeran el de liquidación, consecuencia de dicho desistimiento, y que por supuesto deberán de ser satisfechos en su totalidad.

Todo ello como efectos importantes a tener en cuenta para un estudio paralelo de estas causas, ya que hay otras cuestiones significativas³² que si bien algunas de ellas ya han sido expuestas en páginas anteriores, otras se estudiarán con mayor profundidad en el siguiente capítulo dedicado a los contratos en los cuales se puede dar dicha figura.

La situación jurídica que crean en general todas las causas del artículo 1156, en lo que se refiere a la estructura del hecho extintivo en relación con el sujeto que desiste, ha sido, por motivos de su plasmación legal, ampliamente estudiada y comentada por la doctrina y jurisprudencia, comportando una serie de premisas que deben ser observadas en su totalidad para que se produzcan todos sus efectos; y ello independientemente de que estén o no incluidas entre los modos voluntarios o no voluntarios, ya que posteriormente el Código civil, realiza un

³².- Nos referimos con ello a la existencia obligatoria en cada contrato de "buena fe", "justa causa", el elemento "confianza", etc, que por supuesto la van a caracterizar frente a otras causas de extinción, las cuales, surtiendo el mismo efecto, no van a requerir dichos elementos, sino otros que la caracterizan en su contenido.

análisis pormenorizado de cada uno de los supuestos del 1156³³, señalándose en toda su dimensión los requisitos que deben ser observados por el que lleve a cabo la acción de extinguir, estableciéndose de este modo su particular estructura extintiva, como tal hecho.

En relación con las causas no reflejadas en el artículo 1156, distintas del desistimiento unilateral³⁴, debemos decir que el hecho extintivo en sí, en relación con el sujeto que lleva a cabo la conducta, se va a diferenciar de la conducta referida al acto de desistir, no en la existencia de una regulación legal al respecto, sino en presupuestos, que vienen impuestos por la propia interpretación legislativa, jurisprudencial y doctrinal,

³³.- Del artículo 1157 al 1213, dedica el Código civil al desarrollo en todas sus facetas, de las distintas modalidades de extinción de las obligaciones plasmadas de forma general en el precepto que los precede.

La sección primera, dedicada al PAGO, está compuesta por un número de artículos considerable, tratándose en todas las vertientes la posibilidad de cumplimiento de la obligación por medio del pago,, reflejándose la "imputación de pagos" (artículos 1172 a 1174), "el pago por cesión de bienes" (artículo 1175), y del "ofrecimiento del pago y de la consignación" (artículos 1176 a 1181). En todos estos preceptos referidos al pago, se expresan los distintos requisitos a tener en cuenta a la hora de ponerlo en funcionamiento, considerándose a nivel legal, totalmente nulo, el pago realizado bajo otras premisas diferentes o no llevando a su total puesta en práctica algunas de ellas.

Los restantes artículos- 1187 a 1213- están referidos a otros modos de terminación, como la NOVACION, en sus modalidades extintiva y modificativa, a la PERDIDA DE LA COSA DEBIDA, a la CONDONACION DE LA DEUDA, a la CONFUSION DE DERECHOS y a la COMPENSACION.

³⁴.- Este es el caso del MUTUO DISENSO, CONDICION RESOLUTORIA, TERMINO EXTINTIVO, MUERTE DE LOS CONTRATANTES, etc.

que deberán concurrir en cada uno de ellos³⁵.

Los efectos de los modos de extinción recogidos en el artículo 1156 del Código, se pueden entresacar del propio articulado que lo regula, siendo ello, como ya hemos indicado una premisa importante para la verdadera efectividad de la extinción³⁶, ya que al estar recogido por la propia ley, es esta misma la que va a señalar sus efectos.

Esto no quiere decir que las causas no contempladas por la ley como tales causas extintivas, no tengan dicho efecto, pues

³⁵.- En el caso de mutuo disenso, al ser éste un acuerdo de voluntades, dirigido a dejar sin efecto la relación obligatoria, se precisará para su plena validez, al ser un nuevo contrato, requisitos de capacidad, objeto, causa, forma, etc. (DIEZ-PICAZO, GULLON BALLESTEROS. op. cit. V.II. Madrid 1988. pág.265).

Lo mismo de decirse en relación con la resolución de la relación por causa de incumplimiento, en la cual, a diferencia del desistimiento no se requiere la aparición de una causa justificada o no que no se sea conveniente a una de las partes para continuar el contrato, sino que lo único que es imprescindible como primera medida es un incumplimiento imputable a una de las partes y un cumplimiento por parte de la otra, para que se pueda llevar a cabo la resolución de la relación obligatoria.

³⁶.- Los efectos del pago, así como de las demás causas van a ser la extinción total de la relación obligatoria. Ahora bien, esto como efecto principal, ya que como consecuencia de dicho efecto, van a surgir otros que deberán ser observados en la medida en que conlleven un cumplimiento por alguna de las partes implicadas.

Por ejemplo el efecto del pago hecho por tercero es:

-La extinción de la deuda.

- La acción de reembolso.

- Y la subrogación. (CASTAN TOBEÑAS. Derecho civil. cit. pág. 368 y 369).

En cuanto a los efectos de la condonación, diremos que estos van a ser los mismos que los del pago, o sea extinguir la obligación. Si la remisión recae sobre la obligación principal, se extinguirán todas las accesorias que de ella dependan; en cambio si recae sobre las accesorias la principal continuará subsistente. (artículo 1190). (CASTAN TOBEÑAS. Derecho civil. cit. pág. 413).

como ya señalábamos en páginas anteriores³⁷ no es causa de extinción en función de estar o no recogido entre las del 1156, sino porque la configuración jurídica de la figura así lo demanda, y esto por que el efecto principal de toda modalidad extintiva va a ser la desaparición del negocio; y dependiendo de la clase de extinción si irá o no acompañada de otros efectos accesorios, que generalmente van a ser deberes de liquidación respecto a las otras partes contratantes.

En definitiva, las diferencias en cuanto a los efectos extintivos del desistimiento y las causas del 1156 no son tales por la plasmación legal de unos y otros, sino por la configuración jurídica particular de cada uno de los supuestos³⁸.

En relación con los supuestos distintos del desistimiento que tampoco están contemplados por la ley, cabe decir que también el efecto principal de todos ellos es la extinción, ya que la finalidad perseguida, a no ser que se trate de supuestos como la muerte de alguno de los contratantes, va a ser impuesta por las circunstancias acaecidas a lo largo del desarrollo del contrato y cuya consecuencia será la extinción del mismo.

³⁷.- Vid. supra pág. 302 .

³⁸.- Distinto es que los efectos de unos estén recogidos en la ley y los del desistimiento deban deducirse de los casos allí donde se pongan en funcionamiento, siendo generalmente susceptibles de interpretación por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

B: Posibles razones de la exclusión del desistimiento del artículo 1156.

Para terminar el estudio del artículo 1156, en relación con el desistimiento, no incluido en el mismo, deberemos de concluir señalando cuales han podido ser las razones que han movido al legislador a no incluirlo entre los modos de extinción enumerados en el precepto, o si, en lugar de pensar en una exclusión deliberada, se debe a un olvido, que crea como consecuencia una laguna legal, que deberá ser subsanada en las próximas reformas que sobre materia de obligaciones se realice.

El que la obligación o la relación obligatoria se extinga por la voluntad de una de las partes contratantes, no deja de ser un acto que a primera vista, va en contra de las disposiciones generales establecidas alrededor de los contratos, pues como bien dice el artículo 1256:

" (1) a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes."

Ello supone dejar a la voluntad de una de las partes; lo que en un principio esté prohibido, la desaparición del vínculo que la unía a la otra u otras .

El carácter excepcional del que queda cubierto el

desistimiento unilateral, entre otras razones por la expuesta anteriormente, puede ser una de las que han movido al legislador a no incluirlo entre las causas del artículo 1156; y ello porque lo habrá dispuesto de tal forma que aparezca solamente en aquellas relaciones contractuales que por sus características permita el que se lleve a cabo una actuación como la que nos ocupa y que, como tal, tendrá una regulación allí donde el contrato lo permita.

Otra razón que puede explicar la ausencia del desistimiento en el precepto, es el carácter no exhaustivo del mismo; opinión ésta coincidente tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia³⁹, ya que el Código contiene en otros lugares de su articulado otras causas de extinción de las obligaciones y de los contratos en particular⁴⁰.

Su carácter sistematizador, hace que su incorporación sea superflua. Muestra de ello es la ausencia de un precepto de estas

³⁹.- BEPCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, R. Comentarios al Código civil. cit. pág. 3.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también comparte la opinión doctrinal:

S.T.S. 5-diciembre-1940, 10-diciembre-1947, 24-octubre-1925, 23-abril-1956, 20-noviembre-1963, 13-febrero-1965. Todas ellas reconocen como causas de extinción aparte de las expuestas en el artículo 1156 las siguientes:

- el acuerdo de las partes en relación con la resolución del contrato.
- la expropiación del plazo previsto.
- La renuncia de los derechos.
- el acuerdo de las partes en relación con la fijación de un término final.
- la prescripción del artículo 1963.
- el acuerdo de las partes.

⁴⁰.- Vid. supra nota n^o 6.

características en otros Códigos europeos⁴¹.

También razones de tipo histórico⁴², han hecho que se vaya transmitiendo el mismo, con pocas modificaciones en lo que al contenido de las causas se refiere.

También puede achacarse aunque ésto resulte un recurso cómodo, a un simple olvido del legislador.

2.- La acción resolutoria del artículo 1124, por causa de incumplimiento.

Una vez encuadrado el desistimiento unilateral entre las distintas formas de extinción de las obligaciones, vamos a tratar el tema relativo al ejercicio de determinadas acciones, en virtud

⁴¹.- El Código civil italiano de 1942, el portugués y el suizo, abordan directamente el estudio de las causas sin una previa enumeración de las mismas.

⁴².- El artículo 1234 del Código de Napoleón es el punto de partida del precepto dedicado a la extinción de las obligaciones de nuestro actual texto.

Este artículo decía:

"Las obligaciones se extinguen:

- por el pago,
- por la novación,
- por la condonación,
- por la compensación,
- por la confusión,
- por la pérdida de la cosa,
- por la nulidad o la rescisión,
- por efecto de la condición resolutoria,
- y por la prescripción.

Se observa que no está incluido el desistimiento entre los modos de extinción.

de las cuales una de las partes de la relación obligatoria da lugar a la desaparición de la misma por el mero hecho de poner en práctica dichas acciones.

Ahora bien, lo que trataremos de ver en estos supuestos es si dicha actuación unilateral tiene algo que ver con el desistimiento, o si los presupuestos que la caracterizan son distintos y por tanto quedan situados al margen de la figura que nos ocupa.

La primera de las acciones que vamos a abordar es la resolutoria por causa de incumplimiento, ejercida por la persona afectada por la conducta de la otra parte; intentando dejar lo más claro posible su correlación, o no, con el desistimiento como causa de desaparición del contrato.

En este primer punto abordaremos lo relativo a la acción de resolución, en lo que a su evolución, presupuestos y características se refiere, así como el tratamiento de la misma en las codificaciones extranjeras.

A: ¿Es desistimiento la conducta del acreedor del artículo 1124?

El pensar que la acción de resolución tiene algo que ver con el desistimiento unilateral, se basa en dos puntos o

premisas fundamentales:

Primero: consistente en considerar que por el ejercicio de la acción se produce la extinción de la relación contractual.

Segundo: que se pueda ejercitar unilateralmente por la parte habilitada para ello.

Así las cosas, debemos centrar la acción de resolución en aquellos contratos de carácter continuado o sucesivo y obligatorios, que será donde tendrán cabida los supuestos de desistimiento, ya que de lo contrario ello sería ya motivo para excluirlos de la aplicación del mismo, aunque si fuera posible en toda su dimensión la acción de resolver⁴³.

¿Qué se entiende por resolución?. Ya en el capítulo conceptual señalábamos las distintas posturas, tanto doctrinales, legales y jurisprudenciales, sobre la misma⁴⁴.

La resolución de la relación obligatoria, que supone su desaparición, es considerada por un sector de la doctrina representado por DIEZ-PICAZO, como "una extinción sobrevenida de la relación contractual que se produce como consecuencia de una

⁴³.- Cuando analicemos detenidamente las características que debe revestir todo contrato en el que se pueda proceder a su resolución por el ejercicio de la acción, veremos cómo ésta tiene cabida tanto en los contratos de tracto único como de tracto sucesivo.

⁴⁴.- Vid. capítulo PRIMERO . Págs. 122 y s.s.

declaración de voluntad o de una acción ejercitada por una de las partes, que no es sin embargo reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en una hipótesis o supuesto de hecho a tal efecto previsto por la ley"⁴⁵.

Observamos que existe en la relación por incumplimiento tanto el derecho de impugnación que la misma supone a nivel judicial, mediante el ejercicio de la acción de resolución, como la declaración de voluntad dirigida a la parte incumplidora en el sentido de dejar sin efecto el contrato por causa de incumplimiento; pero tanto en uno como en otro caso, el derecho de resolución procede de la ley, no teniendo en ningún momento su

⁴⁵.- Fundamentos cit. pág. 854.

Otros conceptos relativos a la acción de resolución los encontramos en los comentarios al Código civil llevados a cabo por prestigiosos comentaristas y tratadistas. Destaca la definición de MANRESA Y NAVARRO al referirse a la acción resolutoria como "aquella facultad o remedio, que con carácter principal y genérico, otorga la ley en las obligaciones recíprocas para resolverlas y a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber a la otra asignado". (Comentarios al Código civil cit. pág. 353.)

Otras definiciones o conceptos son aportados por la doctrina extranjera, destacando a este respecto la alemana y la italiana:

ENNECCERUS-LEHMANN definen la resolución por causa de incumplimiento como "la declaración, dirigida a la otra parte, de que contrato, concluido con eficacia plena, debe considerarse como no incluido". (Tratado de derecho civil de las obligaciones, T.II. Barcelona 1933. pág. 192.)

MESSINEO afirma en este sentido que "la resolución presupone un contrato perfecto, pero además un evento sobrevenido, o un hecho objetivo nuevo o un comportamiento de la contraparte posterior a la formación del contrato que de algún modo altere las relaciones entre las partes, tal como se había constituido originariamente o perturbe el normal desarrollo (ejecución) del contrato, porque se ha modificado o en absoluto se ha roto aquella composición de intereses, cuya expresión constituye el contrato y a la cual las partes han hecho referencia al celebrarlo". (Manual de Derecho civil y comercial. Traducción de S. Sentís. T.IV. Buenos Aires 1955. pág. 522).

origen en la voluntad de las partes⁴⁶.

Podemos observar pues una primera diferencia entre desistimiento e incumplimiento, ya que el primero puede proceder de la ley o de la voluntad de las partes, mientras que la acción de resolver única y exclusivamente de la Ley⁴⁷. Nuestro Código civil, por ello, prevé la posibilidad de resolución del vínculo obligatorio en varios supuestos, entre los que destacamos los siguientes:

1 .- Con carácter general, aplicable a todos los contratos con obligaciones recíprocas que se denominan obligaciones sinalagmáticas. Previsto dicho supuesto el artículo 1124 del Código civil:

⁴⁶.- Es por ello por lo que se debe establecer la diferenciación de la resolución por incumplimiento, de la condición resolutoria expresa u ordinaria, ya que ambas pueden ser objeto de confusión. Se diferencian, por su diverso origen. Mientras la condición resolutoria tiene un origen convencional, producto de la voluntad de las partes que la insertan en el contrato, la resolución por incumplimiento tiene un origen legal, derivado de la ley misma, que es la que la establece. (ALVAREZ VIGARAY, R. La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Granada 1986. pág. 70).

En el mismo sentido se sitúa la doctrina jurisprudencial, destacándose la sentencia de 14-noviembre-1962 la cual en uno de sus considerandos reconoce a la ley como ministerio originario de la acción de resolución. También la sentencia de 25-marzo-1954.

En el mismo sentido Vid. PLANIOL Y RIPERT, Derecho civil cit. pág. 206.
DEMOLOMBE. Cours de Code Napoleon. T.XXV. Paris 1877. pág. 498.

⁴⁷.- Así se manifiesta también la jurisprudencia en Sentencia de 10-enero-1944 al decir: "aunque se atribuye a un contratante la facultad del resolver "por sí" las obligaciones bilaterales, son los Tribunales los que en definitiva han de declarar si esa resolución está bien o mal hecha y son ellos también, los que previa esa fundamental declaración, han de discernir sus consecuencias.

Destaca en el mismo sentido la sentencia de 30-marzo-1960, en relación con un contrato de arrendamiento, en el cual la demandada resolvió unilateralmente el contrato, sin expresar un motivo para ello, hasta un mes después, lo cual constituye un incumplimiento que recae en el artículo 1256 y da lugar a que el perjudicado por ello, en este caso el actor, pueda pedir la resolución del contrato amparándose en el 1124, con el resarcimiento correspondiente de los daños causados.

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en la recíproca, 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, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

EL Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la ley hipotecaria".

2 .- Los artículos 1504 y 1505 del Código civil, que aplican el esquema de la resolución por incumplimiento al contrato de compraventa: la resolución de la venta en interés del vendedor, por incumplimiento por parte del comprador de la obligación a su cargo del pago del precio.

3 .- En relación con el artículo 1569, el arrendador puede desahuciar judicialmente al arrendatario cuando se produce una falta de pago en el precio convenido para el arriendo, cuando el arrendatario infringe cualesquiera de las condiciones estipuladas en el contrato, destina la cosa arrendada a usos o servicios no pactados que la hagan desmerecer o no se sujeta en el uso a lo que ordena la ley. Se trata de los artículos 114 y siguientes de la L.A.U.

4 .- En el contrato de arrendamiento de servicios y en el de trabajo, pueden determinarse el despido de los trabajadores con fundamento en una justa causa, como es, por ejemplo una infracción de los deberes contractuales. Artículos 1584 del Código civil, y 77 de la Ley de contratos de Trabajo.

5 .- La disolución de la sociedad de carácter civil puede ser reclamada por cualquiera de los socios si interviene un justo motivo. Artículo 1707 del Código civil⁴⁸.

Así las cosas, para una más exacta definición de la figura, y, como consecuencia, de una más exacta delimitación de la misma, conviene detenerse en las características de la acción resolutoria nacida del artículo 1124, y que es la que a nosotros nos interesa.

Es muy nutrida la jurisprudencia respecto de este artículo, señalando como presupuestos de su aplicación los siguientes:

- a) acusada reciprocidad de las obligaciones en juego, no de obligaciones unilaterales, sino bilaterales.
- b) la exigibilidad de las mismas.
- c) que el reclamante haya cumplido lo que a él le incumbía.

⁴⁸.- DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos cit. pág. 855 y 856.

Continúa diciendo este autor, que la acción resolutoria es, desde el punto de vista que lo estamos tratando una medida de protección del interés del contratante cumplidor, permitiéndole desligarse, más que una sanción impuesta al que incumple.

d) una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor⁴⁹.

La tendencia de la jurisprudencia evoluciona en el sentido de trasladar la acción resolutoria desde el campo subjetivo y voluntarista a un terreno objetivo, donde el remedio resolutorio va a funcionar con independencia de la real o hipotética voluntad de los interesados.

⁴⁹.- Sentencia del T.S. 1-febrero-1966. Respecto del contenido de estos cuatro presupuestos señalaremos en relación con cada uno de ellos lo siguiente:

1.- Las obligaciones bilaterales y recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: genético en cuanto que es una atribución patrimonial en su origen y funcional por la interdependencia de las dos atribuciones patrimoniales en el desarrollo de la relación contractual (S. 28-septiembre-1965).

2.- La resolución sólo puede solicitarla el que ha cumplido por su parte. (sentencias de 19-febrero-1969, 3-junio-1970 y 5-junio-1981.).

3.- Ha de haber propio y verdadero incumplimiento referente a la esencia de lo pactado, sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato. (sentencia 4-octubre-1983).

4.- El hecho incumplidor ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de las partes. (Sentencias de 27-octubre-1981, 11-octubre-1982, 7-marzo-1983).

5.- Se precisa una voluntad manifiesta de incumplir, constitutiva de un hecho impeditivo, una actitud rebelde, que obste el cumplimiento. Si así no ocurre la jurisprudencia aconseja mantener el contrato, en homenaje a la voluntad contractual. (Sentencias 4-octubre-1983, 11-junio-1969). Ahora bien, esa voluntad puede revelarse por la prolongada inactividad o pasividad del deudor, frente a la voluntad de cumplimiento de la otra parte. (Sentencia de 10-marzo-1983).

Sin embargo, tampoco puede exigirse una aplicación literal de una voluntad deliberadamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo, sino más razonablemente apreciar incumplimiento, cuando se frustra, por la conducta de la parte, el fin contractual, o cuando se obligue, por ejemplo, al acreedor, acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento. (Sentencia 18-noviembre-1983). Esta sentencia también admite la resolución parcial de acuerdo con más sentencias, así como el hecho de pagar por mandato de una sentencia judicial sea cumplimiento, que exima de responsabilidad al deudor que así se vio forzado al pago.

6.- En los casos de compraventa se ha declarado que la entrega de una cosa por otra constituye incumplimiento. (Sentencia 14-diciembre-1983).

Son compatibles de forma subsidiaria las peticiones de resolución y de cumplimiento aparte de la opción que concede el precepto. (Código civil. Comentarios y jurisprudencia. COLEX. Madrid 1984. Artículo 1124. Pág. 241.).

También se sitúa la doctrina del Tribunal Supremo alrededor del carácter judicial de la resolución. Cuestión ésta reflejada en el párrafo tercero del artículo ya comentado 1124. Con ello pretende darle una mayor fuerza al vínculo contractual y que no sea cualquier incumplimiento o cualquier voluntad rebelde la que resuelva el contrato⁵⁰.

La jurisprudencia se pronuncia más enérgicamente respecto de la acción de resolución del 1124, no haciéndolo en ningún momento respecto del fenómeno del desistimiento. Lo que sí hemos observado es que en determinados supuestos de desistimiento, si se pronuncia dejando claro que no se trata en ningún momento de un incumplimiento⁵¹.

⁵⁰.- Vid. las siguientes sentencias: 23-noviembre-1964, 9-julio-1941, 30-marzo-1960, 5-julio-1941, 6-julio-1952, 30-noviembre-1985.

⁵¹.- La sentencia de 19-junio-1986, en relación con la acción resolutoria y el ejercicio de ésta, establece que no se puede identificar el arrepentimiento o desistimiento del contrato con un incumplimiento culpable reflejado en el artículo 1124: "la identificación entre arrepentimiento o desistimiento y la conducta que recoge el 1124, es inadmisibile, en cuanto que el desistimiento implica el lícito ejercicio de una facultad o derecho potestativo concedido por el ordenamiento jurídico, y el incumplimiento supone la vulneración del contenido obligacional asumido por la parte; es decir, un incumplimiento culpable".

Sin perjuicio de que en el capítulo siguiente realicemos una más amplia exposición, también la jurisprudencia al estudiar el contrato de obra en relación con el artículo 1594, que recoge el desistimiento del comitente o dueño de la obra establece las posibles diferencias entre el desistimiento y un posible incumplimiento. Destacamos la sentencia de 7-octubre-1982, en donde se establece que el derecho a percibir la indemnización del artículo 1594, no depende de que concurren o los presupuestos del 1124, por ser preceptos autónomos e independientes, ya que la facultad que concede el primero de ellos, se deja al arbitrio del titular, sin necesidad de justificación, mientras que en el segundo depende de la conducta de los contratantes. En el mismo sentido la Sentencia de 24-enero-1970.

En conclusión, para la doctrina jurisprudencial no es lo mismo desistir que llevar a término la acción resolutoria, ya que los presupuestos o requisitos que ésta última necesita no tienen nada que ver con los del desistimiento, el cual es considerado en toda su dimensión como un derecho potestativo para poner en marcha el ejercicio de una facultad dejada al arbitrio de su titular, que en el caso del contrato de obra es el comitente o dueño de la misma, sin necesidad de justificación, cuestión ésta última totalmente impensable en el caso de la acción resolutoria, condenada a la necesidad de que se den todos los presupuestos establecido por la ley, hecho reiteradamente expuesto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Antes de concluir este punto debemos exponer brevemente cual es la posición que adoptan, en relación con el supuesto que ahora nos ocupa, los Códigos de otros países, estudiada en profundidad por su propia doctrina y jurisprudencia.

Comenzaremos con el Derecho francés, el cual expresa en el artículo 1184 del Código civil la resolución de los contratos por causa de incumplimiento, en los siguientes términos:

La condición resolutoria se entiende siempre comprendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso de que una de las partes no cumpliera adecuadamente su compromiso.

En estos casos, los contratantes no pueden resolver de pleno derecho. La parte que ha ejecutado su compromiso, puede elegir entre forzar a la otra al cumplimiento en todo lo que sea posible o pedir la resolución con indemnización por los daños causados.

La resolución debe ser pedida en justicia, pudiendo ser acordado un plazo en función de las circunstancias.

De lo expuesto parece desprenderse que la resolución por incumplimiento en Derecho francés es siempre judicial, quedando excluida la resolución por el acuerdo de las partes, o por la declaración de voluntad de la parte cumplidora.

Ante esto DEMOLOMBE planteaba la cuestión de ver si es posible la resolución consensual, ante lo cual se expresa del siguiente modo: "mantenemos que en un caso parecido ni el texto, ni los principios se oponen a una resolución convencional, y que esta resolución deberá producir los mismos efectos que una resolución judicial. Aunque el artículo 1184 dice que la resolución deberá ser demandada judicialmente, el objeto de esta disposición es marcar la diferencia entre la condición resolutoria tácita por causa de inejecución, que debe ser demandada en justicia, y la condición resolutoria ordinaria, que opera de pleno derecho la revocación de la obligación; pero sería prestar al legislador una intención que no ha tenido y que verdaderamente no podría tener, el interpretar su disposición en este sentido de que ha querido constreñir a las partes a litigar, aun cuando no haya necesidad

alguna. No puede ser así."⁵².

La Cour de Cassation se pronuncia en el mismo sentido al expresarse así en determinadas sentencias. Por ejemplo la sentencia de 11-enero-1892 dice:"la parte que sufre la inejecución no puede romper por su propia autoridad un contrato que no es resuelto de pleno derecho, ni negarse a ejecutar sus obligaciones, en tanto que ella no ha puesto en mora de ejecutar las suyas a su contratante"⁵³.

Ahora bien, sólo en determinados contratos en los cuales el elemento personal asume un papel preponderante se admite tanto por la doctrina como por la jurisprudencia la posibilidad de que el contratante pueda romper el contrato por su propia autoridad y acudir a los Tribunales⁵⁴.

⁵².- Cours de Code Napoléon. T.XXV. Paris, 1877. Pág. 493.

⁵³.- En el mismo sentido vid. las sentencias de la Cour de Cassation de 24-enero-1910, 4-mayo-1898. También referidas a los efectos de la resolución.

⁵⁴.- Este es el caso de los contratos que implican relaciones personales entre los contratantes y estas relaciones no pueden ser mantenidas en espera de la sentencia judicial. Es el caso del contrato de trabajo, cuando el obrero o empleado incumple sus obligaciones. También se admite la posibilidad de resolución por decisión de la parte cumplidora, cuando el mantenimiento provisional del contrato, causaría un perjuicio considerable a una de las partes, perjuicio del cual ella no podría obtener reparación adecuada. (Vid. en este sentido HOUIN, B. La rupture unilatérale des contrats synallagmáticos". Paris 1973. También BOCCARA, B. De la notion de promesse unilatérale. J.C.P. 1970. I:2357 bis, n° 6.).

El Código civil italiano de 1942 regula la resolución por incumplimiento del siguiente modo:

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumpliera su obligación, el otro podrá, a su elección, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato sin perjuicio en todo caso del resarcimiento del daño.

La resolución podrá ser demandada también aunque el juicio hubiese sido promovido para obtener el cumplimiento; pero no podrá pedirse ya el cumplimiento cuando se hubiera demandado la resolución.

Desde la fecha de la demanda de resolución, el incumplidor ya no podrá cumplir su obligación.

A la parte incumplidora la otra podrá intimarle por escrito a que cumpla dentro de un término conveniente, bajo apercibimiento de que, transcurrido dicho término, el contrato se entenderá, sin más, resuelto.

El término no podrá ser inferior a 15 días, salvo pacto en contrario de las partes o que, por la naturaleza del contrato o de acuerdo con los usos, resulte conveniente un término menor.

Transcurrido el término sin que se haya cumplido el contrato, éste quedará resuelto de derecho.

También dispone que no se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra.

Asimismo los contratantes podrán convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que determinada obligación no se cumpliera según las modalidades establecidas.

En este caso la resolución se producirá de derecho cuando la parte interesada declare a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

A su vez si el término fijado para la prestación de una de las partes debiese considerarse esencial en interés de la otra, ésta, salvo pacto o uso en contrario, si quisiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días.

En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución.

Por último dispone que la resolución del contrato por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contratos de ejecución continuada y periódica, respecto de los cuales el efecto de la resolución no se extiende

a las prestaciones ya efectuadas.

La resolución aunque no se hubiese pactado expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución.

De esta regulación (contenida en los artículos 1543 a 1549) se puede deducir fácilmente cuales son los principios fundamentales en los que se basa el incumplimiento en Derecho italiano. La ley italiana admite dos formas de resolución: por sentencia judicial y por la autoridad del acreedor, el cual intima por escrito a la parte incumplidora para que cumpla, con apercibimiento de que, transcurrido un término no inferior a quince días, el contrato será resuelto⁵⁵.

En relación con el Derecho alemán, cabe decir de la resolución que si bien el B.G.B. recoge dicho derecho de resolución, el derecho de Pandectas alemán, anterior al actual

⁵⁵.- ALVAREZ DE VIGARAY, R. La resolución cit. pág. 48.

Descantan varios autores italianos que elogian la estructura del Código respecto de la resolución.

BARASSI dice: La iniquidad de la teoría más amplia y misericordiosa para el deudor es confesada por aquellos mismos que la propugnan para el Derecho constituido. En realidad, con la demanda judicial la parte incumplidora ha firmado su derecho de libre elección entre la resolución y el cumplimiento, según lo que mejor le convenga, y no es justo que el incumplidor disfrute en su propio favor una situación que en el entretanto, durante la duración del pleito, se ha modificado en forma para él ventajosa. Sería un premio al incumplimiento y un daño para la observancia contractual." (BARASSI, L. La teoría generale delle obbligazioni. Milán 1948. T.III. págs 417 y 418.)

Vid. también RUBINO, D. Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento. Rivista de Diritto Commerciale. 1947. T.I. Págs 56 a 58.

MOSCO, L. La risoluzione del contratto per inadempimento. Nápoles 1950. págs. 232 a 237.

Código ere decididamente contrario a la resolución del contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes⁵⁶.

Actualmente son los párrafos &323 y &325 del B.G.B. los que regulan la resolución de los contratos bilaterales⁵⁷. En el caso de la resolución, se puede optar entre:

a) Exigir indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento; pero el que lo solicita queda obligado a cumplir su propia prestación.

⁵⁶.- WINDSCHEID, B. afirmaba: "quien ha cumplido tiene el derecho de exigir el cumplimiento a la otra parte, pero ¿tiene también el derecho, cuando tal cumplimiento no se realice, de repetir lo que ha sido por él prestado?. Según el Derecho actual eso está excluido como regla en todos los contratos bilaterales. En todo caso el derecho de resolución hoy no puede valer más, por la misma razón que ya no rige la "condictio ob causam datorum" en los contratos bilaterales! Si el derecho de desistimiento se ha establecido expresa o tácitamente, nada hay que objetar". (Diritto delle Pandette. Traducción de Fadda y Bensa. Vol. II. Turín 1930. Pág. 248.).

⁵⁷.- & 323: "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación de conformidad con los párrafos 472 y 473.

Si la otra parte exige, según el párrafo 281, entrega de la indemnización obtenida por el objeto debido a cesión de la prestación de indemnización, queda obligada a la contraprestación, ésta se aminora, sin embargo de conformidad con los párrafos 472 y 473, en la medida que el valor de la indemnización o de la pretensión de indemnización quede por debajo del valor de la prestación debida.

Siempre que se haya efectuado la contraprestación no debida según estas disposiciones, lo pagado puede ser repetido según las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto".

& 325: "Si la prestación que incumbe a una parte, derivada de un contrato bilateral, se hace imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder, la otra parte puede exigir indemnización de daños a causa de cumplimiento o desistir del contrato. En caso de imposibilidad parcial, si el cumplimiento del contrato no tiene para ella interés ninguno, está autorizado a exigir indemnización de daños a causa de no cumplimiento de toda la obligación, de conformidad con el párrafo 280 2 o a desistir de todo el contrato. En lugar de la pretensión de indemnización de daños y del derecho de resolución puede también hacer valer los derechos señalados para el caso del párrafo 323". (Código civil Alemán (B.G.B.) Traducción Melón Infante. Barcelona 1955.

b) Desistir del contrato, en cuyo caso se producirá como consecuencia la extinción de los deberes de prestación recíprocos, pudiendo el acreedor, en el supuesto de que por su parte haya cumplido ya su prestación, reclamar la restitución de lo entregado. Pero esta rescisión o desistimiento del contrato, que se produce extrajudicialmente mediante notificación a la parte cumplidora, no da lugar a la indemnización de daños y perjuicios en el supuesto.

c) Ejercitar los derechos establecidos para el caso del parágrafo 323, es colocarse en el punto de vista de que se ha extinguido su obligación de realizar la contraprestación.

d) Finalmente el acreedor puede reclamar la entrega. A primera vista no se ve la utilidad de esa postura. Esa utilidad sí se encuentra en el caso de que el deudor haya percibido una indemnización o adquirido derechos con ocasión de la pérdida de la cosa que debía entregar⁵⁸.

En definitiva, son varios los supuesto de resolución por incumplimiento que recoge el Derecho alemán, destacándose como conclusión al mismo, que el acreedor pone al deudor en mora, señalándose un plazo razonable para el cumplimiento, pasado el

⁵⁸.- LARENZ, K. Derecho de Obligaciones. T.I. Madrid 1958. Pág. 352.

cual puede pedir al deudor la indemnización de daños y perjuicios, o considerar el contrato resuelto de derecho. Por lo tanto, como el contrato, concurriendo esos requisitos, se resuelve de derecho, si el deudor promoviera contienda judicial, el juez se limitará a comprobar si la inejecución ha tenido lugar, para en caso afirmativo declarar producida la resolución, que él desde luego no pronuncia, sino que se limita a comprobar o constatar⁵⁹.

Para terminar y contestar a la cuestión que presidía este apartado debemos decir que la acción resolutoria, plasmada en nuestro ordenamiento principalmente en el artículo 1124, así como en los correspondientes citados de la codificación extranjera, no tiene nada que ver con el desistimiento⁶⁰, por lo que los supuestos y los ámbitos en los que actuarán cada uno de ellos, sustancialmente no se corresponden en nada; en todo caso solamente en el hecho de que los dos van a provocar la extinción o desaparición de la relación obligatoria sobre la que actúan, si bien son aquí también en este sentido, los efectos

⁵⁹.- ALVAREZ VIGARAY, R. La resolución de los contratos cit. pág. 57.
Esta será la misma línea a seguida por todos los códigos de inspiración germánica.

⁶⁰.- El hecho de que el Código civil alemán lo utilice entre sus expresiones, en los artículos dedicados a la resolución de los contratos por causa de incumplimiento, no quiere decir que lo considere como tal. Ello es una muestra más de la confusión conceptual existente en relación con el adecuado término a utilizar. Vid. capítulo segundo.

contrapuestos⁶¹.

B: Posible relación desistimiento-incumplimiento.

Una vez establecidas las diferencias entre la acción resolutoria por incumplimiento del artículo 1124 y el desistimiento, y haber comprobado que no son fenómenos jurídicos semejantes, nos vamos a plantear en que términos o en qué sentido puede ser considerado el desistimiento, tal y como está configurado en nuestro ordenamiento jurídico: un incumplimiento por parte del sujeto que lleva a cabo el desistimiento⁶².

Es fácil dar a primera vista una respuesta a esta premisa, sobre todo, una vez que hemos concluido que no tiene nada que ver la acción de resolución con el desistimiento, como modos de

⁶¹.- En principio, debe entenderse que la resolución determina la extinción de la relación obligatoria. Sin embargo los efectos de la resolución, no sólo se van a proyectar para el tiempo venidero, como es el caso del desistimiento unilateral, sino que se producen con efecto retroactivo. Por consiguiente, cada una de las partes deberá reintegrar o restituir a la otra las cosas o las prestaciones que hubiesen sido entregadas o ejecutadas. Surgen, como consecuencia de la resolución, deberes de liquidación y de restitución.

La regla de la retroactividad de los efectos resolutorios no se aplica cuando la resolución afecta a relaciones obligatorias duraderas, que total o parcialmente se encontraban ya consumadas. La resolución en tales casos va a operar como en relación al desistimiento, es decir, con efectos "ex nunc". Excepcionalmente, la retroacción se refiere a aquellas prestaciones consumadas respecto de las cuales el cumplimiento no se haya producido. (DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos cit. pág. 876).

⁶².- Por ejemplo: ¿cabría plantearse un incumplimiento en el caso del desistimiento del comitente o dueño de la obra, si hace uso de él en el contrato de obra celebrado con la otra parte contratista?

extinción de la relación obligatoria. Pero una cosa es que se proceda a regular el incumplimiento contractual por el artículo 1124 y el desistimiento por el 1594, y otra que un desistimiento pueda ser considerado como un incumplimiento y como tal pasar a regularse por el artículo 1124.

Dos puntos, pues son los que nos van a ayudar a esclarecer la duda planteada:

1 : Que el desistimiento como figura de carácter excepcional tiene su propia regulación en los Códigos, por lo que conforme a lo dicho, tendrá también recogidas las consecuencias de dicha actuación⁶³.

2 :Que cualquier incumplimiento, por muy justificado que esté, no está previsto, en cuanto a sus condiciones, en ningún precepto de ningún Código civil, solamente lo están las consecuencias del mismo se deriven así como las posibilidades del perjudicado por el incumplimiento. En cambio, la posibilidad de

⁶³.- Volviendo al artículo 1594, cuando procede el comitente a desistir del contrato, se expresan en el mismo precepto las consecuencias de dicha conducta : "...indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella". No remitiéndose en ningún momento al artículo 1124 con sus cargas para el que incumple".

Y si es el caso de que el desistimiento no esté contemplado en la ley, sino que sea producto de la voluntad de las partes, desistimiento convencional, éstas también tendrán que recoger entre las cláusulas de dicha convención las consecuencias de dicha actuación.

Lo mismo en relación con otra serie de contratos, que si bien no tienen recogido entre sus expresiones el término desistir, les es aplicable también el desistimiento, por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Este es el caso del Mandato, del contrato de sociedad, depósito, entre otros. En ellos, también se exponen las cargas a las que está sometido el que renuncia, revoca, etc. Vid. en este sentido los artículos 1736, 1737, 1705, 1707, etc.

desistimiento si queda reflejada como tal⁶⁴.

3.- Ejercicio de la acción redhibitoria por vicios:

Vista la posible correlación existente entre el desistimiento y la acción resolutoria del artículo 1124, y el alcance que tiene, artículos como el 1486 y 1460 del Código civil, recogen en su contenido la posibilidad de desistimiento por parte del comprador en el contrato de compraventa. El primero de ellos por causa de existencia de vicios ocultos en la cosa comprada y el segundo por pérdida de la misma.

Veremos si ambas posibilidades pueden ser consideradas como verdaderos desistimientos, en toda la amplitud del término, o si por el contrario ha sido utilizada la expresión "desistir" por lo legislador con el mismo ánimo con que hubiera utilizado otra análoga en su lugar.

A: ¿Podría llevarse a cabo en caso de vicios

⁶⁴.- Confróntese LARENZ. K. Derecho de Obligaciones. Cit. pág.330.

ocultos en el objeto del contrato la aplicación del desistimiento?.

El planteamiento de esta cuestión viene a colación por la propia letra de la ley. El artículo 1486 -ubicado en la sección tercera dedicada al saneamiento, subsección 2, referida al saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida- dice:

" En los casos de los artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión".

Es obvio que no se trata exactamente de un incumplimiento del contrato, en el caso de compraventa, por parte del vendedor⁶⁵, sino de la existencia de vicios o gravámenes ocultos que le impiden al comprador hacer un uso total del objeto del contrato. Al existir la posibilidad de un uso parcial o disminuido de la cosa, no puede ajustarse a las premisas del incumplimiento en general, ya que se pone en funcionamiento el artículo transcrito, en los casos de una falta de pleno cumplimiento.

⁶⁵.- Pues en ese caso se dirigiría al artículo 1124, recogiendo en estos casos las consecuencias de la existencia de vicios, en el propio artículo.

En páginas anteriores⁶⁶, apuntábamos los diferentes casos de resolución que se podían deducir de la lectura del Código civil, encontrándonos, en el caso de la compraventa de bienes inmuebles, un grupo de normas de las cuales resulta la posibilidad de provocar una extinción de la relación obligatoria por la voluntad del comprador, el cual actúa en su propio interés.

Son las llamadas acciones rescisorias o redhibitorias, en los casos de falta de pleno cumplimiento, por la existencia de vicios ocultos en las cosas vendidas, que hacen distorsionar el uso al que debían ser destinadas⁶⁷.

Ahora bien, no podemos señalar en este sentido una línea uniforme por parte de la doctrina y la jurisprudencia, ya que en numerosas ocasiones se opta por la aplicación de las reglas del incumplimiento recogidas en el artículo 1124⁶⁸.

⁶⁶.- Vid. supra pág.

⁶⁷.- Vid. en este sentido los artículos 1469, 1470, 1471 y 1489 del Código civil.

⁶⁸.- La jurisprudencia del Tribunal Supremo pas por dos etapas etapas en el tratamiento de los casos de vicios ocultos.

Una primera en la que la aplicación de las reglas del incumplimiento era general, sin distinción de supuestos, fuera o no la causa de vicios o gravámenes ocultos o no. Sentencias 1-julio-1947, 9-noviembre-1959, 25-enero-1957, 12-mayo-1949. En ellas la ruptura con la normativa del saneamiento es clara y manifiesta. destacamos uno de los considerandos, concretamente de la sentencia de 9-noviembre de 1959, en el que se dice literalmente:

" Considerando que igualmente fundado en los citados número primero y séptimo se esgrime el motivo, en el que se invoca la violación de los artículos 1124 y 1102 del Código civil al partir la sentencia recurrida, a decir de la entidad recurrente, de que el incumplimiento de un contrato consiste en discordar de lo en él convenido al ejecutarlo, apartándose de la obligación contraída bien por omisión,

En definitiva, y en opinión de ORTI VALLEJO, la aplicación de las reglas del incumplimiento a estos supuestos no obedece a la utilización del criterio de la acumulación de acciones, sino al propósito de llenar una laguna para un determinado tipo de compraventa (las de cosa genérica) que no fue prevista por el legislador y a las que no se les puede aplicar la regulación del saneamiento, cuyos presupuestos son radicalmente distintos⁶⁹.

bien por la irregularidad en la ejecución, siendo así, que además de esto, se precisa una voluntad terca dirigida al quebrantamiento, con maliciosa querencia, a éste e camino más lo único que en la realidad la ley exige es que en el cumplimiento de las obligaciones se incurra en dolo, negligencia o morosidad, o de algún modo se las contravenga; de modo que lo que el incumplimiento contractual requiere es la infracción de la obligación, tal cual se pactó, la cual implica desde luego una irregularidad en la ejecución...pero sin que la persistencia, la reiteración en tal actitud sea indispensable, puesto que basta la constancia de haberse incumplido lo convenido en punto esencial a la finalidad contractual; pero, cuando como en el presente caso, se empleó un material distinto de clase muy inferior al estipulado, e inadecuado para el destino pretendido, y esto se verificó por elementos técnicos-unos fabricantes- tal empleo, persiste en su utilización, no se aviene a la presunción de buena fe en ello; con lo que viene a darse los dos elementos, objetivo y subjetivo, a los que se refiere la entidad recurrente.."

Aquí el Tribunal Supremo delimita el supuesto de defecto o vicios en las cosas vendidas y los califica como un incumplimiento. (ORTI VALLEJO, A. La protección del comprador por defecto de la cosa vendida. Granada 1987. pág. 125).

En una segunda etapa trata de aplicar sólo las reglas del incumplimiento a los casos de "aliud pro alio"; todos los casos que giran en torno a la problemática de los defectos de la cosa vendida que aparecen en la jurisprudencia, en esta etapa, son calificados de "aliud pro alio". Destacan las sentencias de 23-marzo-1982, 19-enero-1982, 10-junio-1983, etc.

La doctrina más significativa en este tema está representada por:

ESPIN CANOVAS, D. Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa de las acciones generales de nulidad, resolución y daños contractuales. R.G.L.J. 1967. I. pág. 925.

ENNECERUS, KIPP Y WOLFF. Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones. Vol. II. Barcelona 1944. págs. 72 a 75.

⁶⁹.- Ibidem. pág. 166.

Continúa diciendo este autor, que no es que se compatibilicen ambos regímenes, general del incumplimiento y saneamiento, sino que coexisten dos regímenes jurídicos distintos, para distintos supuestos, el de saneamiento por la venta de cosa específica y el del incumplimiento por el de la cosa genérica.

Así las cosas, e independientemente de que se trate de casos de compraventa de cosas específicas o genéricas, nosotros vamos a partir de la premisa de que en los casos de saneamiento no pueden ser aplicados de ninguna de las formas los presupuestos del incumplimiento, debiéndose acudir, para estos supuestos, a las reglas específicas elaboradas en este sentido. Estas reglas son la acción redhibitoria y la *quantum minoris*.

La acción redhibitoria es la que corresponde al comprador o adquirente a título oneroso para desistir del contrato, abonándosele los gastos que soportó, por los vicios o defectos ocultos que tuviese la cosa transmitida⁷⁰. Generalmente optará el comprador por ella cuando verdaderamente no pueda hacer uso de la cosa en ninguno de los aspectos para los que estaba destinada, ya que si puede parcialmente usar de ella, puede entablar la acción *quantum minoris*, destinada a obtener una reducción del precio por los vicios o defectos ocultos que tuviese la cosa transmitida. El saber exactamente que entiende el comprador por imposibilidad total o parcial de poder usar la cosa, es algo que ha sido discutido por la doctrina, dejándolo desde luego a su libre

⁷⁰.- DELGADO, C. Voz Acción redhibitoria. En el diccionario de Derecho privado de CASSO ROMERO Y CERVERA. T.I. Labor 1950. pág. 105.

elección⁷¹. Es importante subrayar la diferencia entre una y otra, ya que la primera tiene como efecto principal la extinción de la relación contractual, mientras que la segunda implica su mantenimiento con la modificación de uno de sus elementos esenciales⁷².

A la luz del contenido de estas dos acciones, vamos a centrarnos en el supuesto de que el comprador opte por el ejercicio de la acción redhibitoria con todas sus consecuencias, por ser la que, mediante el desistimiento del comprador, va a producir la extinción de la relación contractual.

Que el comprador pueda desistir del contrato de compraventa, ha sido muy discutido por la doctrina y la jurisprudencia, ya que la circunstancia de que utilice el legislador la expresión "desistir", no quiere decir que se trate de un verdadero desistimiento, sino que es una muestra más de la confusión conceptual existente a la hora de denominar cualquier extinción

⁷¹.- MANRESA, señala que la elección corresponde al vendedor, pues nadie mejor que él puede decidir, si a pesar de sus defectos, la cosa puede prestarle alguna utilidad, de tal suerte que se entiendan satisfechos los fines del contrato, aunque sea de un modo imperfecto o inacabado. (Comentarios. cit. pág. 343).

⁷².- RUBINO, D. La compraventa. Tratado de CICU-MESSINEO. Milán 1962. pág. 802.
Cabe pensar que en algunos supuestos no está capacitado el comprador para llevar a cabo la elección, éste es el caso de que haya enajenado la cosa a un tercero, pudiendo en este caso solamente pedir la disminución del precio que él pagó al objeto de resarcirse de la pérdida que ha sufrido por razón del vicio o defecto, o si la cosa viciosa o defectuosa se pierde por caso fortuito o por culpa del comprador. (GARCIA CANTERO, G. Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Artículo 1486. Madrid 1980. pág. 347.)

de la relación contractual por la conducta unilateral de una de las partes⁷³. Es por ello por lo que algunos autores acuden a la acción "rescisoria de los contratos" para darle contenido a la expresión⁷⁴, y otros por analogía a los efectos de la "anulabilidad de los contratos"⁷⁵.

Es la falta de regulación legal, alegada en otros lugares de este trabajo, la que permite la aplicación analógica de a otras instituciones, siempre y cuando la norma invocada no desvirtue la finalidad de la acción de desistimiento⁷⁶.

⁷³.- No hay unanimidad en la propia terminología del Código civil, pues mientras que en esta sede, se denomina "desistimiento" a la conducta que puede llevar a cabo el comprador, en el párrafo 2 del mismo artículo se habla de "rescisión", en el 1491-1 de "redhibición", en el 1495 de "resuelta la venta", y de "acción redhibitoria" en el 1499. (GARCIA CANTERO, G. *ibidem*).

GARCIA GOYENA, en sus comentarios, al estudiar el artículo 1408, correspondiente al que ahora nos ocupa señala que fue el artículo 1644 del Código civil francés el que sirvió de modelo al proyecto de 1851, traduciendo la expresión "L'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix", como "separarse del contrato". (*op. cit.* pág. 751).

⁷⁴.- SCAEVOLA, Q.M. Código civil. *op. cit.* T. XXIII. pág. 751.

⁷⁵.- BADENES GASSET, R. El contrato de compraventa. Barcelona 1979. pág. 703.

⁷⁶.- En este sentido destaca la sentencia de 7-junio-1966, en la que en uno de sus considerandos deja patente dicha interpretación en el siguiente sentido: "(q)ue la rescisión, en general, opera teniendo por base una disposición legal, y no tiene como normal funcionamiento la voluntad exteriorizada de las partes, si bien, nuestro Código civil, emplea a veces como equivalente los términos resolución y rescisión, aunque esta última en general suponga la anulabilidad por lesión o razones de equidad; mas el artículo 1485 del Código civil, en el caso de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos, es el que señala al respecto la responsabilidad del vendedor ante el comprador, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del mismo precepto legal, dando el artículo 1486 una opción al comprador en los casos de los artículos anteriores, uno de cuyos términos es el desistimiento del contrato con las consecuencias prescritas por la ley, y la consiguiente rescisión, cual se desprende de la comparación entre los dos párrafos del mentado artículo 1486."

Nosotros, uniéndonos a la opinión de otros autores, consideramos el sentido, así como el contenido, de la expresión "... podrá optar entre desistir del contrato...", es el de una facultad, atribuida *ex lege* al comprador, de extinguir el contrato de compraventa, perfecto y consumado, con eficacia retroactiva, liquidando las relaciones contractuales existentes *inter partes* como si nunca se hubiera celebrado⁷⁷.

Ahora bien, es por esta misma definición por la que lo encuadraríamos más alrededor de la rescisión de los contratos que del desistimiento. Pero por tratarse de un contrato de las características de la compraventa y ser tan usual en el mercado de los hombres, ha sido objeto de una particular o especial regulación por el legislador, en aras de la protección del comprador como sujeto más vulnerable al daño dicho contrato.

Para completar este punto, sólo resta decir que el desistimiento al que puede acceder el comprador, como ejercicio de la acción redhibitoria, aunque tiene algo que ver con el desistimiento que nosotros queremos dejar plasmado en este trabajo, no es el mismo, ya que aquí actuará única y exclusivamente en los casos en que se pruebe la existencia de gravámenes o vicios ocultos en el objeto del contrato, siendo

⁷⁷.- GARCIA CANTERO, G. *ibidem*. pág. 348.

ello la causa de su aparición; requisito éste no necesario en el desistimiento unilateral, ya que no necesita justa causa o motivo que lo justifique para su completa aplicación y eficacia. Además, y para acentuar aún más la diferencia, el desistimiento del artículo 1486 está limitado al contrato de compraventa, no pudiéndose aplicar a otros contratos con eficacia real en los que se pueda demostrar la existencia de vicios ocultos.

A: ¿Podría llevarse a cabo en caso de vicios ocultos en el objeto del contrato la aplicación del desistimiento?

Para terminar este punto y dejar aún más claras las diferencias entre el desistimiento unilateral y el recogido en el artículo 1485, basta señalar los efectos que se derivan de la elección del mismo por el comprador afectado, y vislumbrar más la separación que existe entre ambos.

La primera consecuencia del desistimiento, es la de que el comprador debe restituir la cosa comprada. Aunque el Código civil no dice nada a este respecto, sí lo expresa en relación con la redhibición de animales del artículo 1498. De él se deduce que el comprador responderá del deterioro causado por el uso normal de la cosa, pues ésta puede haber experimentado una reducción de sus valor. Ahora bien, no responderá de los deterioros producidos

por caso fortuito⁷⁸.

También tiene obligación de devolver los frutos que percibió desde la perfección del contrato (artículo 1468), si bien es admitida la compensación en relación con los intereses del precio⁷⁹.

Y la última consecuencia del desistimiento del comprador es el abono de los "gastos que pagó"; con ello se refiere al precio que, en el momento de la celebración y perfección del contrato hizo efectivo, en sentido real y efectivo.

A la luz de estos resultados procede señalar que los efectos del desistimiento, en el caso de vicios en el contrato de compraventa, se ajusta a unos parámetros situados en torno al contrato de compraventa y que se encuentra más cerca del fenómeno de la rescisión por lesión que del desistimiento en sí.

⁷⁸.- SCAEVOLA. *op. cit.* T.XXIII. pág. 197.

Se aplicarán en estos casos los artículos 1488 y 1487, si la pérdida se debe a un vicio o defecto.

⁷⁹.- GARCIA CANTERO, G. *ibidem.* pág. 349.

B: Supuesto del artículo 1460-2 .

Nos adentramos en este punto en el tema de los riesgos en el contrato de compraventa ⁸⁰. Lo que nos interesa del artículo 1460, dedicado a la pérdida de la cosa vendida, es su párrafo segundo que dice:

"....Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido".

Estamos de nuevo ante una doble alternativa para el comprador: la de desistir del contrato o la de reclamar la parte existente.

Es obvio que nos vamos a centrar en la posibilidad de desistimiento, para así poder conocer las características y naturaleza del término, en base a su paralelismo con lo que en verdad se entiende por él.

Cabe observar, como ya es habitual tanto en la doctrina como en los distintos cuerpos legales, una incorrecta expresión legal en el punto fundamental de la eficacia de la compraventa. No se sabe exactamente a qué se refiere el legislador con la

⁸⁰.- La jurisprudencia considera que conforme a la doctrina legal que rige sobre el riesgo, éste recae sobre el poseedor o dueño de la cosa, máxime una vez realizada la entrega, como dispone el artículo 1460, al contemplar la pérdida de la cosa como causa para la ineficacia del contrato al tiempo, eso sí, de celebrarse la venta, no después de la entrega, pues entonces, en general, sólo liga al vendedor al saneamiento de la cosa vendida. (Sentencia de 4-noviembre-1958).

utilización del vocablo "desistir". MANRESA Y NAVARRO opina que dicho desistimiento no es resolución, porque se resuelve lo que existe, lo que ya ha tenido nacimiento, y por ello, lo que se concede al comprador, en vista de la pérdida parcial de la cosa, es la facultad de dar vida legal al contrato o dejarlo reducido a la categoría de propósitos o las intenciones que no llegan a realizarse de los actos preparatorios de otro que no logra su consumación⁸¹.

Por consiguiente o partimos de que en la hipótesis de que el comprador optare por el desistimiento, ello equivaldría a dar por inexistente el contrato, ante la pérdida parcial de la cosa comprada. Pues bien, hemos de señalar que no se trata de un desistimiento unilateral en todos sus términos sino también de una forma de extinción que se acerca más a las características de la rescisión, aunque no esté desde luego contemplada por la ley como tal supuesto en los artículos dedicados a la rescisión⁸².

Independientemente de que sea desistimiento, resolución,

⁸¹.- op. cit. T.X. pág. 203.

Lo mismo opina BADENES GASSET, R. cuando dice en relación con los efectos de la pérdida parcial de la cosa, que hay "una opción entre desistir o seguir adelante el contrato, consumándolo en la parte que queda de la cosa. Para interpretar realmente este precepto conviene aclarar que la facultad de elección que se concede al comprador no implica una condición resolutoria, pues el desistimiento no es la resolución; la facultad que se concede al comprador es la de dar vida legal al contrato o dejarlo reducido a la categoría de los propósitos.

Si el comprador se decide por el desistimiento, habrá habido simplemente unos actos preparatorios de un contrato proyectado que no logra su perfeccionamiento". (op. cit. T.I. pág. 456.)

⁸².- Vid. artículos 1291 y siguientes.

rescisión, etc, donde si está contemplada la pérdida de la cosa debida, sin distinguir que sea total o parcial, es en el artículo 1156, referido a la extinción de las obligaciones, por lo que ello es motivo para pensar que todas las obligaciones pendientes de cumplimiento en el contrato de compraventa desaparecen por la pérdida, aunque ésta sea parcial.

II.- CARACTER EXCEPCIONAL DEL DESISTIMIENTO UNILATERAL.

1.- Como excepción al principio de *pacta sunt servanda*.

Podemos afirmar que uno de los principios más fundamentales en todo ordenamiento jurídico es el de la fuerza obligatoria del contrato⁸³.

Cada cual es libre de obligarse frente a otro, pero una vez que, en uso de semejante libertad, ha quedado alguien obligado a observar una determinada conducta o a entregar alguna cosa, queda sometido imperiosamente a la necesidad de comportarse en consonancia con lo estipulado. Ha nacido para el obligado una norma individual que, con igual rigor que la norma general, es por completo independiente una vez perfeccionada, de las voluntades que le han dado nacimiento⁸⁴.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 1256:- "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"- . Lejos de ello, los contratantes están obligados a cumplir las prestaciones a que se

⁸³.- Vid. el capítulo primero.

⁸⁴.- Vid. en este sentido. ROCA SASTRE, R.M. Estudios de Derecho Privado. T.I. 1948. pág. 233 y ss..
También PUIG BRUTAU, J. Fundamentos....cit. pág. 55.

comprometieron⁸⁵, de suerte que el medio normal y deseable de extinción de las obligaciones nacidas de un contrato es el pago, entendido como cumplimiento específico de la prestación convenida.

Pero no siempre eso es así. Y entonces, ante el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de una de las partes, el legislador ofrece el remedio, que es el ya comentado artículo 1124 o acción resolutoria. Pero el desistimiento no es un remedio o un incumplimiento, o al menos no está pensado para ello, ya que se va a aplicar aun cuando la otra parte esté cumpliendo.

El problema que nosotros planteamos es precisamente hasta qué punto debe mantenerse la vigencia del citado principio; es decir, si es posible el desistimiento unilateral como motivo de extinción de cualquier relación obligatoria, ya que las partes una vez que por su libre voluntad, han creado el contrato, están obligadas a comportarse de acuerdo con sus estipulaciones. De aquí el principio de la fuerza obligatoria del contrato, estereotipado en la máxima *pacta sunt servanda*. Y sólo las partes contratantes pueden, por mutuo acuerdo, y siempre que no perjudiquen a tercero, modificar o revocar el contrato celebrado

⁸⁵.- Así el artículo 1091 dice: "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos".

En este artículo se proclama el pensamiento jurídico fundamental. El problema surge cuando se plantea hasta qué punto debe mantenerse la vigencia del citado principio; es decir, si una grave alteración de las circunstancias puede influir en la firmeza del vínculo contractual.

por ellas⁸⁶.

El fundamento puede descansar en las mismas exigencias de la vida social, en cuanto que es un imperativo de ésta la contratación, gracias a la cual se operan los cambios y se satisfacen las necesidades más apremiantes de los hombres⁸⁷. De todas formas encontramos concepciones más jurídicas que fundan dicho poder vinculativo en la naturaleza especial del *vinculum iuris* que el mismo supone, el cual representa la limitación que la persona que lo constituye impone a su libertad en beneficio del titular del crédito; y en esa renuncia voluntaria y espontánea decidida se asienta la pretensión de la otra parte

⁸⁶.- Pero este principio limitativo tiene diversas excepciones, entre la que destacamos la posibilidad de llevarse a cabo el desistimiento unilateral, admitido por la propia ley en determinados contratos

⁸⁷.- Para un sector de la doctrina representado por RUGGIERO, la determinación del fundamento en que se basa la fuerza obligatoria del contrato es un problema de carácter filosófico que ha sido muy diversamente resuelto por los autores. La solución no hay que buscarla en la norma positiva que ordena el respeto de la fe dada y constringe a la observancia del contrato, sino que precisa remontarse a la razón suprema, en cuya virtud todo ordenamiento, incluso el más primitivo e imperfecto, acoge una norma como ésta. Es demasiado poco o demasiado genérico el decir que ello corresponde a una exigencia de la vida social en cuanto es un imperativo de ésta, la contratación por cuya virtud se operan los cambios y se satisfacen las necesidades humanas; de este modo se justifican todas las normas jurídicas pero no se explica de modo específico la norma que impone la observancia de la obligación contractual. Mucho más alto valor tienen aquellos sistemas que poniendo de relieve la intrínseca naturaleza del "vinculum iuris" y teniendo en cuenta la causa que aquí lo produce (la libre determinación de las partes), hallan la razón de la fuerza obligatoria en la limitación que la persona impone a su propia libertad sujetando una parte de ésta al otro contrayente que se la apropia. Si en efecto el derecho de crédito, se concibe como una relación que vincula en favor del acreedor la libertad del deudor limitadamente a uno o a más actos determinados, se adecúa a la naturaleza del vínculo contractual y es plenamente satisfactoria la construcción que afirma se trata de una voluntaria abdicación de una parte de la propia libertad, por un lado, y de la correspondiente apropiación de ésta por otro; el que se obliga contractualmente renuncia relativamente a uno o varios actos a regir por sí la actividad; y como la renuncia se hace en favor de otro, éste adquiere el derecho de penetrar en la esfera no libre de aquél. (Instituciones de Derecho civil. T.I. Madrid 1929. págs. 260 y 261).

para inmiscuirse en la esfera ya no libre de aquél. Por ello, la fuerza vinculante del contrato tiene una raíz tanto objetiva como subjetiva⁸⁸.

A la luz de los hechos debemos analizar una de dichas excepciones, como es el desistimiento unilateral. A pesar del escaso interés que la doctrina española ha tomado por el tema del desistimiento unilateral, creemos que esta figura es perfectamente aplicable a supuestos pertenecientes a nuestro Derecho⁸⁹.

Cierto es también que en nuestro sistema apenas se puede decir que haya recibido carta de naturaleza el término "desistimiento, aplicado a una de las modalidades de extinción de las relaciones jurídico-materiales,⁹⁰ pero, a causa de que las figuras en las que es posible aplicarlo coinciden con las del derecho italiano, podemos decir que en el derecho español tiene cabida tanto el término como el concepto.

Pero, junto a esta permisividad, encontramos continuas

⁸⁸. PUIG PEÑA, F. Derecho civil cit. T.IV. V.II. pag.17.

⁸⁹.- Las raíces u orígenes se encuentran en el Italiano, el cual, bajo la denominación de Recesso, lo ha desarrollado más ampliamente que cualquier otro derecho. (CRESPO ALLUE, F. La revocación... cit. pág. 143.)

⁹⁰.- Incluso en el campo del Derecho procesal la construcción legal del desistimiento dista mucho de hallarse perfilada. (CRESPO ALLUE, F. Ibidem. pág. 143.)

prohibiciones que no tienden sino a prohibir terminantemente "el arbitrio de una de las partes"⁹¹. Así las cosas, observamos que es el artículo 1256 el que crea dificultades de consideración, para admitir que el arbitrio de uno de los contratantes, sin una motivación suficiente, pueda dar por terminado un contrato.

Sin perjuicio de un posterior análisis jurisprudencial, diremos que ha sido la doctrina del Tribunal Supremo la que en cierto modo ha venido a paliar el problema afirmando que desistir de una relación jurídica no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de una de las partes contratantes, sino autorizarle para poner fin a una situación jurídica⁹².

⁹¹.- En pasajes paralelos a aquellos en que nuestro Código civil va, de manera fragmentaria admitiendo el arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos, simultáneamente rechaza o prohíbe el arbitrio de una de las partes. Destacan los artículos 1447: "para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato".

Artículo 1449: "El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

Artículo 1690: éste tras reconocer que la designación de la parte de cada socio en las pérdidas y ganancias puede confiarse a un tercero, dispone que tal designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada a uno de los socios.

Artículo 1115 establece que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. (DÍEZ-PICAZO, L. El arbitrio de un tercero. Barcelona 1957. pág. 100).

Dice este autor que se puede deducir fácilmente una regla general prohibitiva del arbitrio de una de las partes. La función que dentro de un negocio puede ser encomendada a un tercero, no puede, en nuestro derecho ser encomendada a una de las partes del negocio. (Ibidem. pág. 101).

⁹².- Así es como se manifiesta la sentencia de 29 de mayo de 1972 cuando dice: "...es lo cierto que de acuerdo con la doctrina, queda a la voluntad de uno de los contratantes desistir de una relación jurídica creada por el contrato no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino autorizarle para poner fin a una situación jurídica, sin perjuicio del contrato, y es patente, que la recurrente no podía ser obligada a la convivencia...".

En el mismo sentido se manifiesta la sentencia de 16-diciembre de 1963 cuando dice: "...la cláusula

Pero si en nuestro Derecho actual parece inadmisibile, desde un punto de vista teórico, la actuación unilateral de una de las partes para extinguir la relación a la que pertenece, si es cierto, que en la práctica es utilizada y, por tanto, aunque sea, como señala DIEZ-PICAZO, desde la perspectiva de *lege ferenda*, se podría dar cauce a los supuestos que plantea la realidad jurídica, y no ceñirse exclusivamente a los supuestos recogidos en la ley.

A: La prohibición del artículo 1256 ¿abarca sólo a la validez y el cumplimiento?. ¿Y la extinción?.

Por *arbitrio de una de las partes* se entiende "toda remisión al juicio de una de las partes de aquellas actividades o extremos negociales que normalmente se realizan por el convenio de ambas, pudiendo teóricamente asignársele el mismo ámbito de aplicación que al arbitrio de un tercero"⁹³.

de referencia no alcanza a la validez ni al cumplimiento esencial del contrato, sino al accidente de su mayor o menor duración; se trata simplemente de una autorización a una de las partes para poner fin a una situación jurídica sin perjuicio del contrato...".

⁹³.- DIEZ-PICAZO. L. El arbitrio...cit. pág. 105.

Continúa diciendo este autor, que el arbitrio de una de las partes podría recaer bien, sobre la determinación o integración de los elementos estructurales de un negocio jurídico, bien sobre la subsistencia o insubsistencia del propio negocio, bien sobre la aprobación o desaprobación de las actividades de ejecución ya realizadas. (*ibidem*. pág. 106.)

Lo que tratamos en estas líneas es de dejar patente hasta que punto el desistimiento puede entrar en la prohibición del artículo 1256, ya que al referirse el mismo al "cumplimiento" y "validez", cabe que nos preguntemos si la *extinción* debe ser considerada dentro del contenido de dichos términos o si posee la autonomía suficiente como para considerarla fuera del tal prohibición.

Es en relación al contrato de obra, en su artículo 1594, donde la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado en mayor medida. Y lo ha hecho en el sentido de considerar a la facultad que posee el comitente o dueño de la obra de desistir de la misma en cualquier momento, como una excepción a dicho artículo, e incluso yendo más lejos, como una infracción al mismo.

Pues bien, otro sector de la doctrina se manifiesta contraria a esta consideración, al decir que el artículo 1594 no implica una modificación del 1256, por cuanto que el desistimiento del dueño no quita la validez ni eficacia al contrato que surte entonces el efecto de tener que indemnizar al contratista. Además una cosa es que dependa de la voluntad de una de las partes la validez y eficacia normal de un contrato y otra que el contrato pueda terminar por la voluntad de una ellas. De hecho el Código civil reconoce varios supuestos, y, en la práctica son numerosísimos los contratos cuya extinción depende

del desistimiento de una de las partes⁹⁴.

PUIG BRUTAU entiende que "el hecho de que esta facultad sólo procede a cambio de indemnizar al contratista en la forma expresada, permite indicar que no se trata de una excepción a la norma de que *la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*. El interés sustancial del contratista en la realización de la obra queda completamente satisfecho y el comitente podrá ahorrarse la diferencia que, por encima de la ganancia neta de aquél, representaría el gasto de ejecución total de la obra"⁹⁵.

Por todo ello, nosotros nos inclinamos por la siguiente postura respecto del artículo 1256 y el desistimiento:

1.- El carácter excepcional de la figura en si la hace posible aunque exista el artículo 1256, ya que si la propia ley en determinados artículos lo recoge como posibilidad, es ella misma la que establece las excepciones a la regla general y por tanto debe ser admitido el desistimiento como tal.

2.- La mención del artículo 1256 al *cumplimiento* y a la *validez* y en ningún momento a la extinción, hace que pensemos que

⁹⁴.- PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, N y J. Derecho de Obligaciones. (Anotaciones a Enneccerus). V.I. pág. 307.

⁹⁵.- Fundamentos... cit. págs. 477 y ss.

el desistimiento, al referirse a extinción unilateral no tiene cabida en los dos supuestos del citado precepto y por tanto no presupone una infracción del mismo.

‡
B: Problema de la validez y eficacia del desistimiento.

Ya hemos señalado en páginas anteriores que el efecto principal del ejercicio de la potestad de desistir, es siempre la extinción de la relación contractual⁹⁶. Es la declaración de voluntad la que se rebela contra la relación que en su momento había estatuido extinguiéndola.

Y también hemos querido dejar clara la diferencia entre desistimiento e incumplimiento⁹⁷, pues tanto uno como otro se basan en consideraciones y presupuestos distintos, siendo desecharse cualquier semejanza o confusión al respecto.

Lo que queremos plantear en este apartado, y dejar patente, es en qué medida es verdaderamente válido y, como consecuencia,

⁹⁶.- El sistema o Derecho italiano del desistimiento también recoge la posibilidad en aquellos contratos plurilaterales o de carácter asociativo, de extinción del vínculo entre el que desiste y los demás socios, subsistiendo en todos sus términos, para las demás partes la relación contractual. (Vid. Capítulo 205 . pág.).

⁹⁷.- Vid. pág. 326 de este capítulo.

eficaz el desistimiento unilateral, así como los límites de dicha eficacia.

La naturaleza del desistimiento, considerado como declaración unilateral de voluntad, es donde radica la solución al problema de dicha validez y eficacia, ya que si tal declaración es admitida por la doctrina y la jurisprudencia como fuente de obligaciones, a pesar del silencio legal en el precepto que las regula⁹⁸, nos podemos plantear la conclusión de que si verdaderamente genera obligaciones, también debe poseer el poder de extinguirlas, gozando en este sentido de plena validez y eficacia la figura del desistimiento en cuanto poder de extinción que, como sabemos es la finalidad primordial, si no única, del desistimiento.

Declaración unilateral de voluntad recepticia o negocio jurídico unilateral recepticio fue la naturaleza que le adjudicamos en su momento al desistimiento⁹⁹. Así las cosas, nos encontramos con que la primera fuente de las relaciones obligatorias está constituida por el negocio jurídico como causa

⁹⁸. - Este silencio puede ser suplido por la existencia de principios generales de derecho y por la costumbre. (vid. en este sentido la voluntad en la constitución de las obligaciones y toda su problemática jurídica en el Capítulo INTRODUCTORIO).

⁹⁹. - Vid. Capítulo SEGUNDO pág. 249 .

de expresión de la autonomía privada¹⁰⁰. Y el desistimiento como tal negocio -siendo también expresión de dicha autonomía- puede ser considerado como generador de extinción y no de obligaciones. Aunque ha de tenerse en cuenta que la primera posibilidad no excluye la segunda, sino que al contrario la misma extinción es consecuencia de la primera.

Conclusión ésta que no es obstáculo a la consideración de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones y, así nosotros nos adhirimos a las tesis favorables a tal consideración en mayor medida en los siguientes presupuestos aportados por la doctrina y la jurisprudencia.

Dos distintas teorías tratan modernamente de aquilatar el valor de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones: PRIMERA: es la más radical. Tiende a sustituir el contrato como fuente de las obligaciones, por la voluntad unilateral. BONILLA SANMARTIN dice: "aun en los casos donde con mayor evidencia se ofrece el aspecto bilateral, la conjunción de las voluntades no es nunca simultánea, sino sucesiva; la razón filosófica y esencial de quedar el sujeto obligado a una acción u omisión determinadas, no tanto es el consentimiento o la imposición de

¹⁰⁰.- El más típico negocio jurídico obligatorio es el negocio bilateral, llamado contrato. (artículos 1089 y 1254 del Código civil).

El negocio jurídico considerado como fundamento de obligaciones plantea, todavía un problema de algún relieve al que conviene hacer especial referencia. Es el relativo a la admisibilidad de la voluntad unilateral como posible fuente de obligaciones, con particular referencia a la problemática de las promesas unilaterales. (DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos... cit. págs. 400 y .).

otra persona como su propio convencimiento y su resolución firme, decidida y terminante de obligarse"¹⁰¹.

SIEGEL desde el punto de vista histórico ha intentado demostrar que en el derecho germano la obligación es constituida, en general, por la voluntad unialateral, y la aceptación sólo se requiere cuando el deudor subordina a ella su voluntad de quedar obligado¹⁰².

No han faltado contradictores a esta teoría, que sostienen que en el contrato hay voluntades simultáneas, pues al hacerse la aceptación subsisten virtualmente la voluntad del oferente que no se ha retractado.

SEGUNDA: la otra dirección sostiene que el derecho admite, por excepción, la fuerza de la promesa unilateral únicamente en aquellos casos en que lo exigen los intereses del comercio para favorecer y multiplicar las transacciones, mantener la fiducia, etc. Aun cuando discrepan los autores acerca del número de casos más destacados en el Derecho moderno: a) las ofertas de contrato, la oferta de venta; b) las promesas, tales como la de fundación o la de recompensa; c) los títulos a la orden y alportador; d) las

¹⁰¹.- De la volonté unilatérale considérée comme source des obligations. Paris 1891, pág.35.

¹⁰².- La promesa como causa de vinculación en el derecho actual. Berlin 1873. pág. 211.

estipulaciones para otro¹⁰³.

Los autores que rechazan la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones aducen en contra de ella el principio de que nadie adquiere derechos si no es con el concurso de su voluntad¹⁰⁴. Y la consideración de que la promesa unilateral no aceptada es esencialmente revocable, y por lo mismo no es verdaderamente obligatoria¹⁰⁵.

Para concluir, vamos a volver a la premisa, ya señalada anteriormente, de que si la declaración unilateral de voluntad es considerada fuente de las obligaciones, lo mismo que es capaz de constituir las es también de extinguirlas, por lo que la eficacia y validez del desistimiento como causa de extinción es totalmente aceptada por nuestra parte.

¹⁰³.- STARK, B. Droit civil. Obligations. Paris 1976. págs. 349 y ss.

¹⁰⁴.- BARASSI, L. Instituciones. Traducción de García de Haro. V.II. págs. 115 y ss.

¹⁰⁵.- PACCHIONI, G. Diritto civile italiano. (parte segunda. Diritto delle obbligazioni). V.II. Dei contratti in generale. padova 1939. pág. 56.

2.- Postura del Tribunal Supremo respecto del principio *pacta sunt servanda* y su relación con el desistimiento.

La doctrina jurisprudencial como complemento de todo ordenamiento jurídico, ejerce una gran influencia al interpretar y aplicar la ley¹⁰⁶, por lo que ante cuestiones como la que nos ocupa, de dudosa delimitación y configuración puede ser decisiva a la hora de decantarse por una u otra posición.

Es numerosa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el contenido específico del principio *pacta sunt servanda* y su relación con el desistimiento unilateral, ya que, al considerarse éste como una excepción del primero, intenta explicar la jurisprudencia el fenómeno en cuestión.

Podemos distinguir dos grupos de sentencias en relación con los puntos que vamos a tratar.

PRIMERO: referido al tratamiento jurisprudencial del principio de *pacta sunt servanda*.

SEGUNDO: respecto de la relación establecida por el Tribunal Supremo entre el mencionado principio y los casos de

¹⁰⁶.- El artículo 1-6 del Código civil dice: " la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

desistimiento.

PRIMER GRUPO:

Muchas son las sentencias con las que nos encontramos, elaboradas alrededor de tan importante a la vez que polémico principio, en que se trata si no directa si indirectamente, de la cuestión.

La sentencia de 15-enero-1932, expresa en el segundo y último considerando la necesidad de una relación contractual para una recta aplicación de los artículos 1256 y demás disposiciones que lo complementan, con ello nos referimos a los artículos 1091 y 1278¹⁰⁷. La consagración del principio queda reflejado en el artículo 1256, en relación con el 1278. Estos artículos recogen una expresa prohibición de poder actuar una sola de las partes en lo que a la validez y al cumplimiento de los contratos se refiere, ya que según ellos: "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes"(artículo 1256) y "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"(artículo 1258).

¹⁰⁷.- "...negada la existencia de contrato alguno concertado entre actor y demandado, generador de la acción ejercitada, al absolver el Tribunal "a quo", a dicho demandado, no infringió el artículo 1256 y 1011 del Código civil; los cuales presuponen, para su recta aplicación la existencia de un contrato negado en el presente caso por la sala sentenciadora, declarándose no haber lugar al recurso..".
En el mismo sentido las sentencias de 5-julio-1928, 30-agosto-1934 y 19-junio-1950.

En este mismo sentido se expresa la sentencia de 10-diciembre-1910.

Ahora bien, creemos que debe ser planteada la siguiente cuestión: ¿cuándo se consideran infringidos los preceptos correspondientes a los ordinales 1256 y 1278?

Sobre polémicas consideraciones relativas a si verdaderamente están o no infringidos los artículos en cuestión, se desarrolla la doctrina del Tribunal Supremo contenida en los considerando de las siguientes sentencias:

S.T.S. 20-noviembre-1959: (aplicación indebida de los artículos 1256 y 1258 del Código civil). "...La sentencia invocada no infringe los artículos 1256 y 1258....porque en el acta de recepción definitiva de las obras de fecha 7 de marzo de 1952 lo que se expresa es que tal recepción no supone conformidad por el momento con las mediciones y liquidaciones practicadas, ni por consiguiente, impedir que cualquiera de los interesados, asintiendo a los términos de ellas, pretenda hacerlas valer frente al otro interesado...sin que ello signifique que queda al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de lo pactado, ni se eluda el acatamiento a lo convenido, cosa que en realidad ocurriría si se impusiera al constructor la obligación

de esperar a que la otra parte diera su conformidad a la liquidación...".

Mientras no se establezca lo contrario, los hechos acaecidos no constituyen desde luego infracción del artículo 1256 y correspondientes¹⁰⁸.

Posteriormente en sentencia de 23-abril-1956 al decir: "...que tanto por el artículo 1256 como por el 1115, preceptos del Código civil, que se dan por infringidos en el motivo cuarto, se dispone que lo acepta el Tribunal sentenciador, que la validez de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes, siendo nula la condición estipulada cuando el cumplimiento depende de la exclusiva voluntad de una de ellas, y a esto equivaldría entender de modo indefinido, para el actor, el ofrecimiento de los adquirentes, al declararse el fallo por la Sala de instancia, extinguido el contrato de que se habla y acomodar el pronunciamiento a dichos preceptos resulta que la doctrina que contiene lejos de ser infringida ha sido debidamente aplicada..."; se muestra, pues contrario a la incorporación de condiciones de forma que quede, por ella, el cumplimiento en manos de uno de los contratantes¹⁰⁹.

¹⁰⁸.- En el mismo sentido vid. las siguientes sentencias:
14-octubre-1959, 3-abril-1957, 31-octubre-1955, 12-noviembre-1955, entre otras.

¹⁰⁹.- En la misma línea las sentencias de 16-Diciembre-1963 y 20-noviembre-1959.

Para concluir este primer grupo de sentencias manifiestaremos, que el Tribunal Supremo se pronuncia en el sentido de limitar en lo que a su contenido se refiere, la aplicación de dichos artículos, no considerando cualquier actuación unilateral como inacción a los mismos, permitiendo desde luego la introducción de cláusulas relativas a la actuación unilateral¹¹⁰.

SEGUNDO GRUPO:

Cuando el artículo 1256, en relación con el 1091 y 1278 establece en toda su dimensión el principio de *pacta sunt servanda*, el Tribunal Supremo quiere dejar claro a lo largo de los considerandos de sus sentencias que el contenido quede limitado a la VALIDEZ y al CUMPLIMIENTO, no teniendo por qué estar incluida la extinción ni cualquier otro derecho potestativo, que por unas u otras razones se haya introducido en el contrato, tal y como ocurre en el caso del desistimiento,

¹¹⁰.- Sentencia de 25-febrero-1950: "...que según la tesis sustentada en el motivo tercero del recurso, la sentencia infringe el artículo 1256 del Código civil al reconocer eficacia obligatoria a la cláusula del contrato en que se estableció que el recurrido podría variar la fecha de la exhibición, no sólo por causa de fuerza mayor sino también por imponerle las exigencias de distribución de las películas, alegando dicho motivo a tenor de aquella cláusula, quedaron al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento del contrato; pero tal argumentación no puede prosperar, porque ni la validez de un contrato en el que concurren consentimiento, objeto y causa desaparece por establecerse en él a favor de uno de los contratantes la facultad de modificar la fecha del cumplimiento de la prestación que le incumbe en el caso de producirse determinadas circunstancias, ni cabe afirmar fundadamente que una estipulación de tal naturaleza deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, porque es indudable que éste no queda exento de su prestación por variar la fecha en que la misma haya de realizarse, consideraciones las apuntadas que determinan la desistimiento del indicado motivo".

sobre todo el reflejado en el artículo 1594¹¹¹.

Así es como se manifiesta la sentencia de 29-mayo-1972, cuando dice: "...es lo cierto que de acuerdo con la doctrina, queda a la voluntad de uno de los contratantes desistir de una relación jurídica creada por el contrato, lo que no significa dejar ni el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino autorizarle para poner fin a una situación jurídica, sin perjuicio del contrario, y es patente que la recurrente no podía ser obligada a la convivencia y a percibir la asistencia y cuidados objeto de la cláusula referida...¹¹².

A la luz de los hechos, lo que pretende el Tribunal Supremo es delimitar lo más precisamente posible los exactos contenidos de las expresiones *validez* y *cumplimiento*, para así excluir del ámbito de aplicación de dicho artículo cualquier otro supuesto que no tenga cabida en el mismo, por no tratarse de alguno de los presupuestos allí reflejados.

¹¹¹.- Se trata de un derecho potestativo del comitente de desistir de la realización de la obra en el momento que quiera, incluso sin alegar "justa causa".

¹¹².- En igual sentido la sentencia de 30-octubre-1983 al recoger en el sexto considerando lo siguiente: "...mal puede sostenerse que ha sido violado el artículo 1256, que prohíbe dejar la validez y el cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de los otorgantes, siendo así que el Ayuntamiento vendedor se limitó a hacer correcto ejercicio del derecho potestativo o facultad jurídica resolviendo la transmisión por haber concurrido los sucesos previstos para la operatividad de la condición, y es evidente que al haber puesto fin a la situación creada conforme a lo previsto en la regulación contractual, no significa vulnerar el precepto citado".

Ante ello, establece también una diferencia entre lo que es ejercicio de la autonomía de la voluntad e infracción de lo contenido en el artículo 1256. La sentencia de 4-diciembre-1956, recoge lo relativo a esta diferenciación cuando dice: "...al surgir la diferencia sobre el precio provocada, por una de las partes, quedó en suspenso (la determinación del mismo), dejando de estar a la disposición de los compradores aun en la forma simbólica a que alude, lo que según se desprende de las declaraciones de la sentencia fue aceptada de hecho por ambas partes, careciendo igualmente de fundamento la infracción de los artículos 1091 y 1256, porque el consentir los demandados aquella suspensión, no significa otra cosa que el lícito uso de su propia autonomía de la voluntad...". Con esto lo que el Tribunal Supremo quiere dejar patente es el uso que de la autonomía privada hace cada parte contratante, sin que sean por ello sancionada.

Considera la doctrina jurisprudencial que el principio de autonomía de la voluntad restringe la libertad de pactos mediante normas imperativas o prohibitivas que cercenan o anulan la contratación ¹¹³. Ahora bien, al amparo de este precepto se han admitido el contrato de descuento bancario, el contrato vitalicio, los contratos disimulados, el contrato de

¹¹³.- Sentencias de 17-abril-1934, 2-abril-1946.

arrendamiento financiero, el pacto de actualización de rentas, etc.¹¹⁴.

Como manifestación de este principio de autonomía de la voluntad, situada al margen del propio contenido del artículo 1256, la jurisprudencia en general del Tribunal Supremo, da plena validez al desistimiento en cuanto a potestad de extinguir las relaciones contractuales allí donde esté permitido, tanto por parte de la ley como de cualquier convención al respecto.

¹¹⁴.- Sentencias de 16-noviembre-1969, 1-julio-1982, 26-noviembre-1969, 4-abril-1981, 30-enero-1981.

CAPITULO CUARTO.**MANIFESTACIONES DEL DESISTIMIENTO.****I.- FIGURAS CONTRACTUALES EN LAS QUE APARECE EL DESISTIMIENTO.****1.- Contrato de obra.**

A: Consideraciones generales referidas al contrato de obra.

B: Análisis particularizado del artículo 1594. Estudio de los conceptos allí recogidos: respecto al comitente y al contratista.

C: Fundamento.

2.- Contrato de mandato.

A: Artículos 1732, 1733 y 1736 del Código civil. Causas: revocación del mandante y renuncia del mandatario.

B: Fundamento.

3.- Contrato de sociedad.

A: Artículo 1700: causas. Artículo 1705 y 1706: requisitos. Artículo 1707: disolución de la sociedad por incumplimiento de una de las partes.

B: Fundamento del desistimiento en el contrato de sociedad.

4.- Contrato de arrendamiento de servicios y de trabajo. Diferencias entre ambos.

A: Extinción unilateral en el arrendamiento de servicios.

B: Especialidad del desistimiento en el ámbito laboral.

5.- Donación.

A: Significado y alcance de la revocación de la donación. Análisis del artículo 644 y siguientes del Código civil.

B: Fundamento de la revocación.

6.- Contrato de depósito.

A: Análisis de los artículos 1775 y 1176.

B: Fundamento de la facultad de renuncia en el depósito.

7.- Otras manifestaciones del desistimiento.

A: Ley de arrendamientos urbanos.

B: Ley de venta de bienes muebles a plazos.

C: ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

D: Ley orgánica de 1982/ 5 de mayo de protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

E: Ley general de publicidad.

F: Contratos de carácter mercantil.

I.- FIGURAS CONTRACTUALES EN LAS QUE APARECE EL DESISTIMIENTO.

A lo largo del estudio hasta ahora realizado, en el que hemos destacado los distintos aspectos, todos ellos concurrentes de la figura del desistimiento hemos puesto de manifiesto entre otros, el carácter convencional del mismo, basado en la propia realidad práctica del derecho de las relaciones juridico-materiales.

En las siguientes páginas abordaremos la regulación legal de la figura. Así pues, es el propio Código civil el que de alguna forma permite que se lleve a cabo una conducta unilateral que suponga el fin de la relación en sí. Ahora bien, siempre y cuando se acomode a una serie de aspectos, o más precisamente de requisitos indispensables para el propio nacimiento y configuración jurídica del mecanismo.

Trataremos en primer lugar, como consecuencia de su especial, excepcional y por qué no, también importante regulación al respecto, el CONTRATO DE OBRA, tanto en la plasmación que el Código civil español hace, como en la recogida otros códigos extranjeros. No vamos a dejar de lado su evolución histórica y

observar su correspondencia con las actuales reglas.

A continuación estudiaremos los demás contratos en los cuales- aunque entre su terminología no se encuentre el término "desistir", sino otros que, sin ser sinónimos, son iguales en cuanto a los efectos que nosotros pretendemos examinar-, se producen semejantes consecuencias extintivas, aunque eso sí, con diferencias como veremos, también evidentes.

Realizado el análisis del desistimiento alrededor del contenido del Código civil en general, como cuerpo legal fundamental de la figura en estudio, veremos si las distintas y variadas legislaciones especiales la plasman como tal, siendo ello motivo de un acrecentamiento de la figura en sí.

1.- Contrato de obra.

Antes de adentrarnos en el análisis particular de la figura del desistimiento en este contrato, cabe realizar, a modo de consideraciones generales, un pequeño análisis del contrato, sobre todo en lo que a su concepto y características particulares se refiere, pues el que luego pueda actuar un mecanismo como el que ahora nos ocupa sobre dichos elementos es algo que deberemos saber para ver el alcance de su eficacia.

A: Consideraciones generales referidas al contrato de obra.

Con consideraciones generales, queremos expresar el hecho de que para analizar el específico contenido de un precepto como es el artículo 1594 del Código civil, se debe saber de antemano cuál es en realidad su estricto y verdadero contenido y, como consecuencia, el ámbito de aplicación del mismo.

Y ello porque la figura del contrato de obra ha sido denominada de forma muy variada por la doctrina tanto española como extranjera, por el propio Código civil y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ha sido denominado "arrendamiento de obra", "contrato de empresa", "contrato de ejecución de obra" y "contrato de obra". Además no deja de ser interesante a la vez que necesario señalar todos aquellos rasgos diferenciadores del contrato en relación con otros que en la práctica pueden ofrecer cierta afinidad o relación y que han dado lugar a litigios ante dudas sobre su encasillamiento en uno u otro de los marcos legales que ofrece nuestro propio Código civil y consiguiente aplicación de una u otras normas para suplir las lagunas de la autoregulación

negocial¹.

Otra distinción que se ha intentado realizar, esta vez dentro del ámbito personal del contrato de obra, es la consistente en establecer diferencias entre el contrato de obra realizado por el arquitecto y el dueño o comitente de la obra y contratista y comitente también².

¹.- Efectivamente el contrato de obra ha sido asemejado al contrato de trabajo, al arrendamiento de servicios, al arrendamiento de cosas, al mandato e incluso al contrato de compraventa.

Pero de la misma forma que se han intentado asemejar dichos contratos con el que ahora nos ocupa, como consecuencia de que en un principio el Código civil español adopta las normas del Derecho romano sin recoger, empero, el principio que permita de alguna manera hacer uso de una denominación única y exclusiva referida al mismo. El Derecho romano tan sólo de una manera fragmentaria se ocupaba del contrato de arrendamiento de obra (BORREL MACIA, A. Nueva Enciclopedia Jurídica. Voz: Arrendamiento de obras. Madrid. 1982. pág. 904)-se han escrito muchas páginas acerca de las diferencias con los que de alguna forma pueden dar lugar a confusión.

Así lo encontramos diferenciado del contrato de arrendamiento de servicios en función del objeto-ya que el contrato de obra se debe al resultado mientras que el de servicios a una actividad-, del riesgo-en el contrato de obra el riesgo lo asume el que se obliga al resultado o en función de la actividad u otros factores como el tiempo o la dificultad con independencia del resultado- y de la distinta situación de intereses que en cada caso se contemple.

También hay diferencias en relación al contrato de trabajo, ya que éste se caracteriza por la subordinación o dependencia no existente en el contrato de obra, y también por la temporalidad.

En relación con el arrendamiento de cosas, es fácil pensar que las diferencias son notables y sobradamente conocidas.(Vid. en este sentido la S.21-noviembre-1962).

Con respecto a la compraventa cabe decir que el problema de confusión surge a la hora de establecer los supuestos concretos de contratos de obra con suministro de material. en términos generales, parece que no debe haber problema en este caso, ya que el propio artículo 1588 califica el supuesto como arrendamiento de obra al decir:"...o que también suministre el material".(LUCAS FERNANDEZ, F. Comentarios al Código civil y compilaciones forales. artículo 1588. Madrid. 1986. págs. 179 a 181).

Vid. en el mismo sentido tendente a establecer las diferencias. BORREL MACIA, A. op. cit. págs. 905 y ss. SANTOS BRIZ, J. El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica. R.D.Pr. 1972. Mayo. págs 377 y ss.

².- DE LA CAMARA MINGO considera que el contrato celebrado entre el arquitecto y el dueño de la obra es el contrato en virtud del cual el arquitecto se obliga con otra persona (comitente), mediante un precio en dinero, a elaborar un proyecto y a asumir la dirección técnica con objeto de construir un edificio en conformidad a las condiciones pactadas y reglas generales de la construcción. Se trata de un contrato consensual, oneroso, bilateral, comutativo y de tracto sucesivo. Viene excasamente regulado en el Código civil, por lo que es necesario buscar fuera de éste sus principales disposiciones ordenadoras.

Debemos señalar en este sentido que esta distinción a nivel personal no va a influir a la hora de establecer una delimitación precisa del mismo, como tampoco del desistimiento del comitente o dueño de la obra³.

Así las cosas, e independientemente de que la persona que celebre y constituya el contrato sea arquitecto, aparejador u otro facultativo, con el comitente o dueño de la obra, vamos a intentar dar un concepto de este contrato, para delimitar su particular esfera de aplicación.

El artículo 1544 del Código civil, dentro del capítulo I, Título VI, Libro IV, dedicado a disposiciones generales relativas al contrato de arrendamiento, da una noción conjunta de

En cambio el contrato entre el contratista y el dueño lo define del siguiente modo: es un contrato en virtud del cual el contratista se obliga con otra persona (comitente) por un precio cierto, a la construcción de un edificio, mediante la intervención técnica de un arquitecto, y de conformidad a las condiciones pactadas, planos elaborados y reglas generales de la construcción. En relación con esta especialidad debemos decir que el Código sí lo regula detenidamente en los artículos 1588 a 1600, en el capítulo dedicado al arrendamiento de obras y servicios, en una sección independiente se ocupa del contrato de obra bajo la denominación de "las obras por ajuste o precio alzado", expresión ésta impropia, pues no comprende a las otras posibles formas de fijación del precio. (Tratado práctico del Derecho referente a la construcción y a la arquitectura. Madrid 1964. pág.467 y ss.).

BLANCO SOLER, A. establece la misma distinción en torno a la construcción de edificios, diciendo que la práctica nos muestra dos contratos distintos. De un lado, el que celebra el propietario con el arquitecto y, de otro, el de dicho propietario con el contratista. La regulación que nuestro Código civil establece en los artículos 1588 a 1600 es la relativa a las relaciones entre el propietario y el contratista, tratándose de obras por ajuste o precio alzado. (Contratos sobre construcción de edificios. R.C.D.I. 1943. Octubre. n. 185. págs. 649 a 660.)

³.- En el mismo sentido en relación con la persona del aparejador o de uno o varios obreros implicados en la obra. (LUCAS FERNANDEZ, F. op. cit. pág. 190, 191 y 192.)

lo que llama "arrendamiento de obras o servicios". Del mismo artículo se extrae la noción legal como contrato al señalar:

" En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto"⁴.

Esta disposición legal ha sido matizada en otra línea por la jurisprudencia; así destaca la sentencia de 23-noviembre-1964 que define al contrato del siguiente modo:

"es aquel por el cual una persona (contratista o empresario) se obliga respecto de otra (comitente), mediante precio cierto, a la obtención de un resultado (opus) al que, con o sin suministro de material, se encamina la actividad creadora del primero del primero que asume los riesgos de su cometido"⁵.

⁴.- Por este contrato una persona-contratista- se obliga respecto de otra-comitente- a la obtención de un resultado previsto por los contratantes, con aportación por aquél de materiales, pero corriendo el contratista con el riesgo de perecimiento de lo construido, mientras la entrega no se efectúe. (Sentencia T.S. 6-noviembre-1982).

En cambio el Código civil italiano se establece una diferenciación más delimitada en lo que al contrato de obra se refiere, ya que lleva a cabo una separación entre lo que considera contratos tendentes a obtener un determinado resultado según que éste se consiga con la actividad fundamentalmente del deudor de la obra (contrato de obra) o a través de una organización en forma de empresa (contrato de "appalto"). (CICU Y MESSINEO. Trattato di Diritto civile e commerciale. "L'appalto". V.XXIV. Milán 1967. págs. 5 y 18).

⁵.- En la misma línea la sentencia de 19-diciembre-1964 la cual subraya los aspectos esenciales del contrato consistente, de una parte, en la obtención de un resultado al que, con o sin suministro de materiales se encamina la actividad creadora del empresario..., y de otra, en la fijación de un precio cierto que el comitente debe satisfacer en el momento de recibir el encargo encomendado o en el tiempo y forma convenido .

La más reciente jurisprudencia lo define del siguiente modo: "en el contrato de obra o empresa, el profesional, mediante precio o remuneración, se obliga a prestar al comitente, no propiamente su actividad, trabajos o servicios profesionales en sí mismos considerados sino el resultado producido por aquellas prestaciones, o lo que es igual, una prestación de resultado íntimamente ligada a la finalidad deseada y prevista por los contratantes". (Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 27-mayo-

Estas sentencias aportan elementos adecuados para la elaboración de una definición: obtención de un resultado, actividad creadora, asunción de riesgos y precio cierto, son expresiones que pueden ser aprovechadas.

La doctrina se pronuncia desde diversos puntos de vista. J. SANCHEZ CALERO, al tratar la entrega de la obra, define el contrato como "aquel en que la prestación del contratista se dirige a obtener un resultado de carácter inmaterial, en el cual, por la propia naturaleza de la obra ejecutada, no es posible la entrega (por ejemplo: la agencia de publicidad, que ejecuta una campaña publicitaria en favor de un cliente)"⁶.

DIEZ-PICAZO- GULLON BALLESTEROS lo consideran como "un contrato por el que uno de los contratantes se obliga frente a otro a ejecutar una obra por un precio cierto"⁷.

CASTAN TOBEÑAS lo define como "aquel por el que una persona (llamada empresario o contratista) se obliga a ejecutar una obra en beneficio de otra (capitalista o propietario), que se obliga a

1988. Publicada en la Revista La Ley. el 24-October-1988. Número 2084.).

⁶.- El contrato de obra y su cumplimiento. Madrid. 1978. pág. 150.

⁷.- Sistema de Derecho civil. V.II. Madrid 1988. pág. 413.

pagar por ella un precio cierto"⁸.

Después de todas estas definiciones doctrinales, legales y jurisprudenciales, debemos dar una denominación final al contrato. Debemos desechar la expresión *contrato de arrendamiento de obra* por anacrónica⁹, ya que en el arrendamiento de obra no se ceden temporalmente las utilidades de una cosa, sino el resultado de un trabajo, simplemente, o unido con una cosa material; pero no por un tiempo determinado, sino perpetuamente.

También hay que prescindir de la denominación de contrato de industria, para así evitar la confusión de esta figura con la que recoge el artículo 3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos¹⁰.

⁸.- Derecho civil español común y foral. T.IV. Madrid 1986. pág.507.

Otras definiciones son las aportadas por CLEMENTE DE DIEGO cuando dice que el hecho prometido o que constituye su objeto es el trabajo ya concretado e incorporado a una obra determinada; es decir, como resultado sin relación al esfuerzo que lo produce. Y añade que es su objeto la obra concluida y ejecutada, y hace función de causa en él. (Instituciones de Derecho civil español. Madrid 1959. pág.423).

En cuanto a la doctrina extranjera ENNECCERUS dice: "se entiende por obra, en el sentido de este contrato, todo resultado a producir por la actividad o por el trabajo, por ejemplo, la producción o modificación de cosas, la realización de una labor científica o la creación de una obra artística, material o inmaterial". (Tratado de Derecho de obligaciones. T.II.V.II.Barcelona 1966. pág.561).

El Derecho francés representado por PLANIOL, denomina al contrato como contrato de empresa. En su opinión se considera como tal cuando "existe empresa siempre que un trabajo remunerado se efectúa libremente por cuenta de otro". (Derecho civil. Obligaciones y Contratos.T.III. Madrid 1958. pág 127.)

⁹.- El Diccionario de la Lengua Española considera arrendamiento como "acción de arrendar" y ésta "como ceder o adquirir por precio el goce o aprovechamiento temporal de las cosas, especialmente inmuebles o granjerías" (Madrid. 1970. pág. 122).

¹⁰.- Hay que optar por la terminología moderna de contrato de ejecución de obra. Cuando el objeto de este contrato lo constituya una edificación, no debe ceñirse a la denominación genérica de contrato de ejecución de obra, sino pertenecer a lo que la moderna doctrina considera Derecho de la

A la luz de los hechos nosotros vamos a optar por una denominación estricta, en el sentido de ajustarla a la finalidad perseguida por el contrato. Contrato de obra creemos que es la expresión más adecuada para una figura como la que ahora nos ocupa, entendiendo por tal: aquel contrato por el que el contratista, arquitecto, aparejador u otra persona cualificada para ello, se compromete respecto de otra, que será el dueño o comitente del terreno o cualquier otro elemento para tal fin, a realizar una obra en cierto tiempo a cambio de un precio determinado, corriendo de su cuenta el riesgo durante la realización de la misma.

Esta definición la hemos elaborado abarcando todos los elementos que creemos deben confluir en dicha relación contractual, en el cual será de estricta aplicación el artículo 1594, cuando así lo permitan las circunstancias. Dicho artículo será posteriormente analizado.

En definitiva, el contrato de obra ha quedado enmarcado en el Capítulo III del Título VI, Sección segunda, dedicada a las obras por ajuste o precio alzado, comprendida dicha sección por los artículos 1588 a 1603. Por ajuste o precio alzado: ¿a qué se

Construcción. (MULLERAL, R.M. La denominación del contrato de construcción. R.J.C. julio/septiembre. n 3. 1977. pág.76). En el mismo sentido Vid. MIGUEL ANGEL DE ARCO Y MANUEL PONS. Derecho de la Construcción. Madrid. 1980. pág.89).

refiere el legislador?. Ha sido interpretado diversamente el contenido de dicha frase, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, dando lugar, como veremos más adelante, a interpretaciones muy restrictivas acerca del ámbito de aplicación del contrato en sí.

De este modo se han establecido diversas clasificaciones en base a considerar distintas categorías del contrato de obra en función de la modalidad conforme a la cual se constituyan. Con esto nos queremos referir a las variadas formas sobre las cuales se puede configurar la realización de una obra.

Dichas categorías "especiales" quedan configuradas del siguiente modo:

- contrato por ajuste alzado: Existe cuando el constructor se obliga a entregar la obra ejecutada de acuerdo con un plazo convenido y por un precio global fijado de antemano.

Por tanto, el precio de la obra permanece invariable y en virtud del cual, el contratista soportará el riesgo de ganancia o pérdida que pudiese resultar de las variaciones. Esta modalidad necesita la concurrencia de tres elementos: invariabilidad del precio, plano detallado y riesgo asumido por el contratista.

El ajuste alzado puede comprender, no sólo la totalidad de

la obra, sino también partes de la misma¹¹.

- Contrato por unidad de medida: consiste en fijar precios unitarios, por piezas o cantidad. En lugar de estipularse un precio global para toda la obra, se establece un precio por unidad: (metros cuadrados, por ejemplo). Puede realizarse con y sin determinación de cantidad¹².

- Contrato por administración: el contratista asume la obligación de ejecutar la obra y de adquirir los materiales precisos para su realización por encargo o delegación expresa del comitente.

Algunos lo califican como contrato mixto de mandato y de construcción, por participar de ambos elementos. Será mandato, en cuanto el contratista adquiere los materiales por encargo del propietario, ya lo haga en nombre propio o en nombre de su mandante. Sin embargo, en lo que respecta a la prestación del constructor por los trabajos que le son propios, se califica de

¹¹.- DE LA CAMARA MINGO, F. y LOPEZ MORA, L. Tratado práctico de derecho... cit. pág.561.

Continúan diciendo estos autores que la ventaja principal de este contrato, es que el comitente sabe de antemano el precio exacto de la obra convenida, y descarga el riesgo totalmente sobre el constructor. Pero su inconveniente radica en que el constructor tiene que fijar un precio elevado, con relación al coste previsto, para con ello compensar los riesgos, especialmente en épocas de inestabilidad económica.

¹².- DE LA CAMARA MINGO Y LOPEZ MORA. Tratado práctico referente... cit. pág. 562.

contrato de construcción¹³.

Como dijimos queda enmarcado el contrato de obra, en lo que al Código civil se refiere, dentro de la especialidad de *ajuste o precio alzado*, ante lo cual creemos que no se puede excluir o dejar fuera del ámbito de la regulación del contrato en su totalidad cualquiera otro que se haya constituido bajo alguna de las estructuras arriba comentadas y distinta de la reflejada por el Código.

B: Análisis particularizado del artículo 1594.
Estudio de los conceptos allí recogidos: respecto al comitente y al contratista.

La forma natural de que el contrato de obra se extinga es por el cumplimiento del mismo, consistente en haber hecho entrega al contratista de la cosa construida, preparada, o en el estado en el que se haya concertado, así como satisfaciendo el comitente el precio también convenido¹⁴.

¹³.- DE LA CAMARA MINGO Y LOPEZ MORA. Ibidem. pág. 563.

¹⁴.- También puede terminar por "mutuo disenso", entre los propios interesados, ante lo cual dependerá de que se haya o no empezado la obra para que proceda a indemnizar en el primer caso o no en el segundo.

Si se ha contratado la obra en razón de la persona que va a llevar a cabo la construcción de la misma, el contrato también se extinguirá por la muerte del contratista o persona encargada, sin perjuicio, eso sí, de la obligación de indemnizar en el caso de que la obra no se hubiese terminado.

No obstante, para que el cumplimiento se dé como definitivo, por tratarse de la clase de contrato que se trata, se procede a dar como válido al mismo una vez que se hayan superado distintas fases¹⁵.

Nos vamos a centrar en una especial y excepcional forma de extinción, como es la recogida en el artículo 1594, el cual se expresa del siguiente modo:

" El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella"¹⁶.

El artículo 1595 recoge en este sentido: "(c)uando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales, el contrato se rescinde por la muerte de esta persona...". Observamos que aquí utiliza el Código la expresión rescisión para denominar la desaparición o extinción del contrato por la muerte de la persona cualificada para realizar la obra.

¹⁵.- Víd. en este sentido SANCHEZ CALERO, J. *op. cit.* pág. 25 y ss.

Señala este autor como principales y esenciales fases: la de verificación, aceptación y entrega de la cosa.

También en el mismo sentido CABANILLAS SANCHEZ, A. La recepción de obra. A.D.C.. 1978. abril-junio. T.XXXI. págs. 287 a 314.

¹⁶.- Esta norma es una aplicación del principio de derecho que dice: "quod tibi non nocet, et alteri prodest ad id obligatus est". Es decir, si el propietario, por circunstancias sobrevenidas, ya no le interesa la obra a realizar y el contratista y la otra parte obtienen todos los lucros y beneficios que con la ejecución de la obra esperaba, no hay razón por la cual se obliga al dueño hasta el fin del compromiso.

Además puede ocurrir que se concierte el contrato de obra sin una cantidad determinada o exacta en concepto de precio, sino por medio de un presupuesto aproximado. Ocurre que si en el curso de la ejecución de la obra, el propietario observa que se va a sobrepasar el presupuesto inicial, es natural y normal, que pueda desistir de la obra, incluso sin necesidad de hacerlo de acuerdo con el artículo 1594. (BORREL MACIA, A. Nueva enciclopedia... cit. pág. 915).

Los antecedentes de esta figura se remontan al Derecho romano, donde el Digesto ya establecía la posibilidad de extinción por parte del dueño de la obra al decir:

"Mandé que te informases en cuánto podrias edificar la casa de campo; me dijistes que en 200; te arrendé la obra por cierta cantidad; después averigüé que no se podía hacer en menos de 300; se te habían dado 100, y de ellos tenias gastado parte; te prohibí que hicieses la obra; dije que si perseverabas en ejecutarla se me dará contra ti la acción de locación para que me restituyas el dinero restante"¹⁷.

Pero los verdaderos precedentes del artículo se encuentran en el Código civil francés, el cual se inspiró en la obra de POTHIER. Ahora bien si leemos detenidamente el contenido del precepto francés, observamos unas limitaciones mayores que en el español, ya que se expresa, respecto del desistimiento del dueño de la obra, del siguiente modo: "el dueño puede desistir por su sola voluntad, de la obra por un ajuste alzado, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajos y de todo lo que hubiere podido ganar en esta obra"; al introducir la expresión *ajuste alzado* se limita su ámbito a los contratos constituidos bajo esa modalidad.

Así las cosas, es el proyecto de GARCIA GOYENA el que le dio

¹⁷.- D. 19-2-64.

la redacción definitiva al artículo en cuestión¹⁸, el cual coincide en todos sus términos con el actual.

Veremos a continuación la naturaleza del precepto, su exacto contenido, así como el ámbito de aplicación en el cual debe ser enmarcado, cuestión esta última muy discutida y polemizada por la doctrina, y por el Tribunal Supremo, el cual ha elaborado teorías muy estrictas¹⁹, frente a otras manifestaciones también doctrinales, que dotan a la figura de una elasticidad que aumenta el campo de aplicación del mecanismo en sí. Finalmente analizaremos el fundamento y de su específico contenido.

En relación con la NATURALEZA de la facultad de desistir concedida al comitente o dueño de la obra, ya recogíamos en el capítulo anterior las diferencias que podían establecerse entre el desistimiento y la acción de resolución del artículo 1124, en cuanto que ello podía dar lugar, a la hora de establecer la

¹⁸.- El artículo 1535 correspondiente al Proyecto de 1851 se expresa del siguiente modo:

"El dueño puede desistir por su sola voluntad de la continuación de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella".

¹⁹.- A modo de ejemplo, y sin perjuicio de un posterior análisis, destacamos la tan nombrada y comentada S.T.S. de 22-junio-1911, que restringe al máximo la aplicación del precepto, dejándolo exclusivamente para los contratos sobre construcción de edificios por ajuste o precio alzado, en razón:

-de su tenor literal.

-por constituir una modificación del artículo 1256.

-y por la relación que guarda con el 1593.

Algunos autores han calificado esta postura del T.S. como mezquina y restrictiva. (BORREL MACIA, A. *op. cit.* pág. 915). Siendo también ampliamente comentada, como veremos más adelante por la doctrina en su totalidad.

naturaleza de una figura tan excepcional como la que nos ocupa, a confusiones²⁰.

Como consecuencia de la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación clara y específica del desistimiento, con las particulares características que recoge el artículo 1594, se ha especulado por la doctrina acerca de sus semejanzas con la facultad del artículo 1124 o la acción de resolución²¹.

También, por los motivos ya expuestos, se ha considerado al desistimiento como una forma más de rescisión de los contratos, en razón de la característica de la rescisión como cajón de sastre, ya que, como señala el artículo 1291-5, se considerarán también casos de rescisión "cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley"; por lo que cada institución

²⁰.- Vid. capítulo III pág. 330 .

²¹.- Ya hemos demostrado que nada tiene que ver el artículo 1124 con el 1594, ya que son preceptos totalmente distintos. Tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia, porque el desistimiento no es un remedio a un incumplimiento, ya que el artículo 1594 está pensado incluso para el caso de que la otra parte esté cumpliendo su cometido. Así es como se expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 24-enero-1970, 6-julio-1952 y 23-octubre-1957, al recoger entre sus considerandos que el derecho del contratista a percibir la indemnización a que se refiere el artículo 1594 no depende en absoluto de los móviles o razones que hayan inducido al propietario del terreno a desistir unilateralmente del contrato de obra y mucho menos de que concurren o no los requisitos o presupuestos del 1124, considerado como un medio para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de preceptos autónomos e independientes entre sí que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten por tanto a distinto tratamiento jurídico, ya que la facultad que el primero otorga al libre arbitrio de su titular, sin necesidad de justificación de ninguna clase, ni depender la eficacia de la acción conferida por el segundo de la conducta observada por cada uno de los contratantes.

En el mismo sentido las sentencias de 19-noviembre-1971, 22-noviembre-1974, 7-octubre-1982 y 8-julio-1983.

carente de regulación específica y con características semejantes a la rescisión tiende a ser incluida en ese párrafo de la rescisión.

DE CASTRO considera que dada la caracterización negativa de esta figura en el Código no deja de tener base la afirmación de de verla como un supuesto más de rescisión, ya que el legislador no ha querido vincular la facultad del artículo 1594 a la existencia y mucho menos a la prueba de un perjuicio, ni le son aplicables las consecuencias que con esta calificación habrían de producirse²².

Otra característica que la hace ser distinta de cualquier otra figura, es la inexistencia del carácter de orden público, por lo que podrá lícitamente ser modificada por las partes de común acuerdo, incluso puede el comitente renunciar a la facultad que se le concede al respecto²³.

Tampoco compartimos la opinión que considera la facultad

²².- El negocio jurídico. Madrid 1967. págs. 518 y 519.

Otra opinión está basada en el hecho de que es la mera voluntad de una de las partes la que pone fin a la relación, independientemente de que en caso contrario se pueda producir un perjuicio, para que pudiese extinguir el vínculo contractual. De todas formas atribuye al artículo 1594 esta facultad a un asoía de las partes, al dueño, de modo que él solo, por un cambio de voluntad, puede poner fin al contrato de obra. Este mecanismo nos hace recordar en seguida la figura de la revocación.

Es considerada como una especial forma de revocación. (LUCAS FERNANDEZ, F. Comentarios al Código civil...cit. artículo 1594.pág. 407).

²³.- DE LA CAMARA MINGO, M. op. cit. pág.639.

recogida en el precepto que nos ocupa como una modificación del artículo 1256, ya que, como también señalábamos en el capítulo anterior, nada tiene que ver el desistimiento del dueño, como facultad extintiva, con la validez y eficacia del contrato, el cual sigue su curso normal, debiendo indemnizar al contratista en todo lo que se le deba²⁴.

Nosotros nos inclinamos por considerar la facultad que posee todo dueño de una obra de poder desistir de la realización de la misma, a pesar de que la obra ya esté ejecutándose, y sin alegar motivo o causa que justifique dicho actuación, como una excepcional forma de extinguir un contrato de unas características especiales, porque es de obra, y porque el legislador, siguiendo la tradición de los anteriores códigos y del Código francés, simplemente lo calificaría como excepcional o especial facultad concedida al comitente para hacer desaparecer el contrato en cualquier momento. Excepcional, porque no es la forma habitual de darse por terminado un contrato, pero, por estar expresamente recogido en la ley-artículo 1594- posee plena validez jurídica y no debe ser restringido su campo de actuación.

²⁴.- Vid. capítulo . . . pág.363 .

En el mismo sentido PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho civil. II. Barcelona 1988. págs. 498 y ss. Este autor considera, que nada tiene que ver la facultad del comitente y la infracción del artículo 1256, ya que el interés sustancial del contratista en la realización de la obra queda completamente satisfecho y el comitente podrá ahorrarse la diferencia que, por encima de la ganancia neta de aquél, representaría el gasto de ejecución total de la obra.

Por estas razones consideramos ampliable dicha figura excepcional a cualquier modalidad contractual relativa a la realización de una obra, no teniendo por qué estar limitada a las obras realizadas por ajuste o precio alzado.

Con esto último nos adentramos en el AMBITO DE APLICACION del desistimiento del artículo 1594. La ya comentada sentencia de 22-junio-1911 es la que abre la polémica establecida respecto del campo de aplicación de la facultad en sí, ya que la limita exclusivamente a las edificaciones realizadas por ajuste o precio alzado.

Son muchos y variados los comentarios al respecto de esta sentencia, la limitó bajo consideraciones extremas dicho ámbito en base a tres consideraciones:

- 1 .- Por considerarse una modificación del artículo 1256 del Código civil.
- 2 .- Por el tenor literal del propio artículo.
- 3 .- Y por la relación que guarda con el artículo que le precede: el 1593²⁵.

²⁵.- Hay otras sentencias que, si bien no restringen tanto el ámbito del 1594, sí delimitan su campo de actuación. Así, destacan las sentencias de 24-enero-1970 y 20-octubre-1975, que señalan por distintas razones, al contrato de obra como receptor en exclusiva de la facultad del 1594.

De la sentencia de 23-noviembre-1964 destacamos lo siguiente: "...que la resolución unilateral del contrato de obra concertado entre las partes litigantes...para la impermeabilización de la cubierta de un edificio propiedad de las demandadas, por no haber cumplido la arrendada lo que le incumbe está bien hecha y ajustada a derecho..". Se observa una ampliación a otras clases de obras distintas a lo que es por ajuste o precio alzado.

En el mismo sentido las sentencias de 7-octubre-1982, sobre construcción de aljibes. 22-noviembre-

Numerosas son las críticas que se han elaborado alrededor de esta sentencia, argumentándose por parte de la doctrina los tres puntos alegados por la misma.

PUIG BRUTAU considera que la circunstancia de que solo puede ejercitarse a cambio de indemnizar al contratista en la forma expresada permite indicar que no se trata de una excepción de la regla fundamental del 1256. El interés sustancial del contratista en la realización de la obra queda completamente satisfecho y el comitente puede ahorrarse la diferencia que, por encima de la ganancia neta del artífice, representaría el gasto de ejecución

1974, de un contrato de obra que tenía por objeto unos trabajos de fontanería y electricidad. 13-mayo-1983, para la realización de una granja destinada a la explotación de ganado porcino, etc.

También la jurisprudencia francesa se destaca por un sentido más amplio de la facultad de desistir aplicándola a un contrato entre una agencia de viajes y los viajeros inscritos para un crucero. (Rev.Tr. Droit civil. Jurisprudence en matière de Droit civil). Año 1983. pág.131. Comentada por Gérard Cornu). Aquí se aplica el artículo 1794, equivalente al 1594 nuestro ante un desistimiento de uno de los pasajeros que anula su participación en un crucero organizado por una agencia de viajes.

total de la obra²⁶.

Si se examina, no se trata de que quede a la voluntad del comitente la validez o el cumplimiento del contrato, puesto que él sigue debiendo su contraprestación, aunque algo modificada, ya que la contraprestación total, corresponderá a tres conceptos: a los gastos necesarios para obtener el resultado, a los trabajos necesarios para ello y a la utilidad que de todo ello obtendría el contratista.

El comitente que desiste de la obra ha de pagar íntegramente la utilidad, el valor de los gastos y de los trabajos causados hasta el momento en que desistió porque de lo contrario se enriquecería injustamente. Se trata de un renuncia a la prestación del contratista, cuya validez permite el Código.

No hay razón, pues, para limitar este precepto al supuesto de edificación, y debe considerarse aplicable a todo otro

²⁶.- Fundamentos... cit. pág.253.

En el mismo sentido PEREZ GONZALEZ Y ALGUER, en cuanto que manifiestan que el desistimiento del dueño no quita validez ni eficacia al contrato, pues surte el efecto de tener que indemnizar al contratista. Además una cosa es que dependa de la voluntad de una de las partes la validez y eficacia de un contrato y otra cosa que el contrato pueda terminar por voluntad de una de ellas. Además el Código civil reconoce varios supuestos, y en la práctica son numerosos los contratos cuya extinción pende de la denuncia o revocación de uno de los contratantes. Los términos dueño, construcción de la obra y contratista, así como su relación con el 1593, no obligan a ceñir la disposición a la construcción de edificios., ya que lo que interesa es el fundamento del precepto, ya que la realización de la obra sólo interesa al comitente y puede desistir, por tanto, de ella con tal de que deje indemne al empresario. (op. cit. pág. 217).

resultado²⁷.

Frente a esto la doctrina más reciente no se pronuncia acerca del verdadero ámbito de la facultad del 1594, limitándose a comentar la ya citada sentencia de 22 de junio de 1911, aunque abriendo, eso sí, mayormente su aplicación al menos a toda clase de contrato de obra²⁸.

Para nosotros la facultad del artículo 1594 dirigida al comitente o dueño de la obra, si bien está rodeada de excepcionalidad a causa de la ausencia legal de un precepto que la justifique y dote de contenido, puede ser contemplada desde los siguientes puntos de vista en base a los argumentos esgrimidos por la tan citada sentencia de junio de 1911:

1 .- Por supuesto no será considerada en ningún momento como una

²⁷.- MART, I. Contrato de obra y empresa. R.D.Pr. 1951. pág. 814.

DE LA CAMARA MINGO considera que la excepcionalidad que atribuye la sentencia de 1911 resulta de considerar que el desistimiento extingue prematuramente el contrato, privando al constructor del derecho a continuar la obra hasta su conclusión. Desistimiento que de no aparecer considerado en el Código civil como un derecho significaría un verdadero incumplimiento por parte del comitente, calificación esta que rehúye el legislador a todas luces. (Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura. T.IV. op. cit. pág. 638.).

En cambio MANRESA NAVARRO dice que el Código civil establece una evidente excepción a los principios generales, al otorgar al dueño la facultad de desistir. Razones de equidad la aconsejan y la justifican. (op. cit. T.X.V.2 . artículos 1583 y ss. pág.729). En contra de esto algún autor como CASTAN TOBEÑAS Y GULLON BALLESTAROS haya dicho que ello no supone ninguna excepción a la doctrina general de las obligaciones, porque de todas ellas, si una de las partes no quiere cumplir, queda sujeta a la indemnización correspondiente, que es la solución que en este caso propone el artículo 1594.(Derecho civil...op. cit.pág. 518). (Sistema...op. cit. pág. 470.).

²⁸.- CASTAN TOBEÑAS, J. ibidem. pág.519.

En el mismo sentido GULLON-DIEZ PICAZO. loc. cit. pág.473.

excepción al principio recogido en el artículo 1256, ya que la validez y el cumplimiento de los contratos no abarca la extinción producida en este caso por el desistimiento; se trata de cosas distintas. Por supuesto un caso más de incumplimiento de contrato, ya que el cumplimiento del dueño de la obra en el caso del 1594 queda sustituido por la indemnización al contratista de todos sus gastos, trabajos y utilidades que hubiera podido obtener, por lo que nunca se deja de cumplir nada.

2 .- El hecho de que le preceda un artículo como el 1593, relativo al "arquitecto o contratista que se encarga por un ajuste alzado de la construcción de un edificio u otra obra en vista de un plano convenido por el propietario del suelo...", no quiere decir que todas las demás obras que le sigan, como pueden ser la expresada en el artículo siguiente, sean relativas a ajuste o precio alzados, pudiéndose tratar de otra modalidad contractual relativa al contrato de obra; y

3 .- De su tenor literal no se deriva en nuestra opinión nada que reduzca el ámbito a la realización de obras bajo el sistema señalado; solamente por el hecho de estar enmarcado en los artículos relativos a la ejecución y extinción del contrato de obra podría pensarse en su enmarcación en esos tipos de contratos y no en otros.

Así las cosas, el ámbito de aplicación queda dirigido hacia

cualquier clase de contrato de obra en general, sin diferenciación acerca de si es o no por ajuste o precio alzado.

En lo que al contenido se refiere el CONTENIDO de la facultad de desistir del artículo 1594 ahora en estudio, nos encontramos con un doble aspecto en relación al mismo. Uno está referido a la facultad del comitente de poder dar fin a la realización de la obra y otro relativo a la indemnización a que tiene derecho el contratista, por todos sus gastos, trabajos y utilidades que hubiera podido obtener de haberse concluido la obra tal y como en un principio había previsto.

Ahora bien, como ya hemos analizado el alcance de la facultad concedida al comitente²⁹, nos referiremos en las siguientes líneas al estudio del contenido relativo a la indemnización antes mencionada.

Dicha indemnización supor. "...todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella", expresión del artículo comentado.

Así las cosas, y aunque a primera vista nos parezca fácil el cálculo de los gastos y demás conceptos sujetos a indemnización, ello no es así, sino que por lo contrario se trata de

²⁹.- Vid. capítulo III pág. 317.

expresiones, que a causa de una falta de delimitación legal por parte del Código civil, han sido diversamente interpretadas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia³⁰.

Para seguir un orden en el contenido de la indemnización, empezaremos refiriéndonos a los:

Gastos. LUCAS FERNANDEZ los define como:

"el dinero empleado por el contratista para pago de bienes o servicios con vista a la obra que se le ha encargado ejecutar, bienes o servicios no incorporados a la obra"³¹.

La jurisprudencia, en la cual desde luego se ha apoyado la

³⁰.- Y ello porque la idea básica del precepto es que al desistimiento no debe producirse el daño o perjuicio del contratista, y en consecuencia debe éste quedar indemne.

Aunque el artículo 1594 enumera conceptos por los cuales el contratista podría quedar lesionado en sus intereses a consecuencia de la decisión unilateral del dueño, pueden de hecho darse otros perjuicios por cualquier otro concepto. Es por ello por lo que el daño debe probarlo el contratista. (LUCAS FERNANDEZ, F. *op. cit.* pág. 415). Esto mismo es lo que han recogido las sentencias de 23-mayo-1947, 22-noviembre-1974, al considerar la posibilidad de que se produjera un enriquecimiento injusto, por el hecho de desistir, en la persona del comitente.

³¹.- *Ibidem.* pág. 416.

Otras definiciones son aportadas por diversos autores, entre los que destacamos:

SCAEVOLA, el cual entiende por gastos, los jornales y materiales invertidos o incorporados a la construcción, así como los honorarios del arquitecto por el plano, y por su dirección facultativa hasta el momento en que, por la denuncia, cesa de prestarlos. (*op. cit.* pág. 100 y ss.).

Esto en un primer momento o a primera vista queda claro, pero no lo es tanto, o lo hace dudosa la imprecisión legal; ya que cuando se trata de materiales adquiridos por el empresario, pedidos o encargados y existe la obligación de abonarlos, a pesar de no estar incorporados a la construcción, deben éstos incorporarse entre los conceptos de indemnización los materiales comprados por el contratista antes del desistimiento del contrato, pero que ahora van a poder ser invertidos en la obra.

Otro sector considera dentro de la expresión Gastos todos los correspondientes a la parte de obra ya ejecutada, que efectúa el contratista con frecuencia, que tienden, directa o indirectamente a la realización del edificio, pero que no entran en el concepto de trabajos por no ser incorporables al mismo, o no haberse incorporado por el momento. (DE LA CAMARA MINGO, M. *op. cit.* pág. 641). Según este autor, el comitente deberá reembolsar todos esos gastos al constructor, pero a condición de que éste le entregue su equipo, bien para su posterior utilización, o bien para su reventa.

doctrina para decantarse por una u otra definición, se ha mostrado dividida en cuanto al exacto contenido de los Gastos.

La sentencia de 7-octubre-1982 recoge el hecho de que al establecerse la infracción del artículo 1124 del Código civil, y al no encajar en la indemnización que recoge la del supuesto en pleito, se entiende que dicha indemnización no deriva de la aplicación del 1124, sino de la que recoge el 1594, respecto a la posibilidad del dueño de la obra de desistir por su voluntad de seguir con la realización de ésta. En orden a la indemnización a percibir por el contratista, precisa que existe cierta unanimidad en la determinación de sus efectos, presidida por la idea de indemnidad al contratista, o lo que es igual, del respeto a la ganancia neta de éste, si la hubiere.

Una vez señaladas las distintas razones de ser de la indemnización comprendida en el artículo 1594, considera que son gastos los materiales no incorporados a la obra, que pueden hallarse acopiados en el lugar de su realización o no, pudiendo el contratista retirarlos o exigir que, en otro caso, le abone su importe el dueño de la obra³².

Se observa que en cada uno de los sector tratados, doctrina

³².- En el mismo sentido la sentencia de 22-noviembre-1974. Esta también incorpora en el término gastos comisiones en su caso pagadas a intermediario.
Vid. también las sentencias de 23-mayo-1947 y 15-diciembre-1981.

y jurisprudencia ven el concepto de gastos desde distintas dimensiones, es decir, incluyen una u otras partidas a tener en cuenta, siempre. eso sí, con la idea de no dejar indemne al contratista. Nosotros nos pronunciamos acerca del siguiente concepto de gastos: son gastos todos los empleados para la adquisición de materiales y mano de obra necesaria, estén o no incorporados a la construcción en el momento de producirse el desistimiento.

Trabajos: Cuando el Código civil dispone que la indemnización abarcará el trabajo del contratista no se está refiriendo a su esfuerzo muscular o intelectual valorado en dinero, sino al resultado mismo de su actividad, es decir, a la parte de obra ejecutada hasta el momento del desistimiento.

Con *trabajos* se refiere el Código a la obra que hasta el momento del desistimiento se ha realizado³³, haciéndose la valoración en atención al precio pactado, sean o no útiles en el estado en que se hallen.

A la hora de determinar con exactitud el contenido del término indemnizatorio que nos ocupa, se deben distinguir

³³.- Es la parte de la obra ejecutada, ya que de no ser así al constructor se le abonaría dos veces el valor de su trabajo, como actividad misma y en relación con la obra ya realizada. Se deben incluir todas aquellas inversiones que se hayan traducido en elementos estructurales del edificio, tales como los materiales empleados, valor de la mano de obra que haya utilizado, etc. (DE LA CAMARA MINGO, M. op. cit. pág. 642).

distintos supuestos en función de la modalidad contratada. En este orden de cuestiones, si estamos ante una obra contratada por ajuste o precio alzado, se apreciará el valor de lo hecho, en razón de lo que falta por ejecutar y del precio originario. Si es por precio unitario se aplicará éste. Y si es por administración sólo comprenderá lo relativo a la obra ejecutada³⁴.

Esta misma opinión ha sido compartida por la jurisprudencia, la cual, a la hora de establecer el contenido de la indemnización correspondiente a los gastos, los establece en función de la modalidad establecida al respecto³⁵.

Otro sector de la doctrina, representado por los comentaristas consideran que con la palabra *trabajo*, se pone de manifiesto el valor de la actividad realizada, computada por el tipo medio de los jornales o estípendios, atendiendo también a la calidad del operario y a la naturaleza de la obra. Cuando estemos ante obra ajustada con empresario o contratista, el concepto reparativo de *trabajos*, equivale a la remuneración de sus gestiones y de su dirección, ya por apreciación estimativa de peritos proporcionalmente a la obra ajustada, o ateniéndose a la

³⁴ - Ibidem. pág. 643.

En todos estos casos el comitente podrá hacer valer los vicios de la parte ejecutada a los fines de la discriminación que el resarcimiento puede suponer.

³⁵.- Vid. en este sentido la sentencia de 15-diciembre-1981.

partidas reguladoras del arancel, cuando lo hubiese³⁶.

En nuestra opinión, el trabajo debe ser computado en razón de distintas partidas utilizadas en la realización de la obra, pero que no deben ser incluidas a la hora de dar un concepto del término indemnizatorio que ahora nos ocupa, sino que por el contrario se deben valorar, bajo la pertinente inspección de peritos y demás personal adecuado para hallar el valor general de la obra construida, hasta el momento en el que el comitente decidió desistir, procediéndose posteriormente al pago del mismo al contratista.

Así las cosas se entendería por trabajos que deben ser indemnizado el valor general de la obra construida, atendiendo a las valoraciones pertinentes de los elementos que han intervenido en ella y a la modalidad pactada³⁷.

Antes de terminar con el contenido de *trabajos*, nos debemos

³⁶.- MUCIUS QUINTUS SCAEVOLA. *op. cit.* pág.137.

MANRESA NAVARRO, J.M.. opina que si al contratista se le abona el trabajo verificado, hasta el momento del desistimiento y además toda la utilidad que hubiese obtenido de la obra, por ir en ella comprendido el valor de ese trabajo, resulta que éste viene a indemnizarse dos veces. Es por ello por lo que el trabajo debe representar un servicio cierto, en un orden concreto de actividades y con relación a una producción de obra. Clara está que el trabajo, como patrimonio, aporta utilidad al que lo presta y al que lo recibe, pero no es este sentido de commutación, de cambio el que utiliza el artículo en cuestión, sino el de ganancia o lucro del empresario o artífice, considerada la construcción de la obra como un negocio en el que juegan elementos aleatorios que se prevén y compensan dentro del cálculo de posibilidades. (*op. cit.* pág. 531).

³⁷.- Con ello nos estamos refiriendo a si se ha efectuado bajo precio alzado, administración o simplemente por precio unitario.

plantear la posibilidad de que a la hora de que se realizara la inspección por nosotros propuesta aparecieran defectos, vicios o deméritos de la parte de obra ejecutada, ante lo cual habría que proceder al no pago total del valor de lo construido, ya que se deberán deducir los vicios o defectos de la construcción³⁸.

Utilidad: Estamos ante uno de los conceptos, de los recogidos en el artículo 1594 del Código civil, más controvertidos y problemáticos, a causa de la ambigüedad que supone el término, ya que no se sabe a qué se refiere o cuál es su exacto contenido.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo se han preocupado de perfilar un concepto de "utilidad" considerado éste en todo momento como el beneficio que ha dejado de obtenerse a consecuencia del desistimiento por parte del comitente o dueño de la obra.

Cuando el Código civil dice: "...la utilidad que pudiera obtener de ella", puede pensarse en primer término en la posibilidad de que estemos ante la figura del llamado *lucro*

³⁸.- Tanto el Tribunal Supremo como la doctrina admiten dicha deducción, ya que sería ilógico pensar en la no procedencia de la misma.

Vid. sentencia de 8-julio-1983, la cual en su último considerando establece que si la diferencia obtenida entre la obra realizada y lo percibido ya por la entidad contratista, es decir a la cantidad resultante de...pts. se suma el importe de la revisión de precios, y se detrae lo que corresponde al resarcimiento por los defectos, obteniéndose por tanto un cifra definitiva salvo error u omisión en la cuenta,... a cuyo pago será condenada...

También DE LA CAMARA MIGO, M. Ibidem. pág. 155.

cesante³⁹.

La *utilidad* del artículo 1594 está equiparada o va referida al *BENEFICIO*, que pudo haber obtenido el contratista si la obra se hubiese finalizado.

Trataremos en las siguientes líneas de perfilar lo más claramente posible el exacto contenido del concepto que ahora nos ocupa, para así establecer su correcta dimensión a la hora de indemnizar al contratista. De lo que no hay duda es de que la utilidad del precepto en cuestión va referida a todo beneficio, pudiendo plantear problemas el hecho de considerar la clase o el tipo de beneficio ante el que estamos, ya que éste puede ser estrictamente industrial, tal y como es considerado en reiterada jurisprudencia, o contemplado desde otros puntos de vista⁴⁰.

³⁹.- Del latín *Lucrum*, provecho. Siendo el lucro "la ganancia, ventaja, provecho o rendimiento que produce, se consigue o se obtiene de alguna cosa, y especialmente del dinero, se distinguen dentro de él, en la esfera jurídica, dos clases de lucro: el que se llama lucro naciente, entendido como el beneficio, ganancia o utilidad que produce o puede producir el dinero en manos de aquél que lo ha tomado en préstamo utilizándolo como si fuera suyo, y el lucro cesante, dentro del cual se incluye la utilidad o ganancia que una persona deja de obtener, durante un determinado periodo de tiempo, de una cosa o más propiamente de un capital, en compensación de la cual puede obtener un interés proporcional a ella". (Diccionario de Derecho Privado. Voz. Lucro Cesante. pág.2562.).

⁴⁰.- Una de las sentencias más significativas en relación con el tema de la utilidad, equiparada ésta a beneficio industrial, es la de 10-marzo-1979, la cual sitúa dicho beneficio en un porcentaje del 15%. Dicha utilidad, señala la citada sentencia, es una figura muy frecuente en la práctica comercial, no pudiéndose tomar sino como una cuantía abstracta, o un presunto "lucro cesante" tal y como hemos señalado en líneas anteriores.

Son muy variadas las definiciones o conceptos que se han elaborado alrededor de la *utilidad*, destacamos entre otras la siguiente: "la ganancia neta o beneficio industrial que el contratista habría de obtener con la realización de la obra"⁴¹.

Ahora bien, no sabemos si va referida a la totalidad de la obra, como si ésta se hubiera realizado completamente o sólo a la parte ejecutada⁴².

Otras definiciones o van referidas al contrato de obra por administración, en el cual la utilidad, según LOPEZ MORA Y DE LA CAMARA MINGO, será: "la cantidad pactada como remuneración del constructor", considerándola en los demás casos como la diferencia existente entre el precio convenido y el coste real de los materiales y mano de obra"⁴³.

⁴¹.- LUCAS FERNANDEZ, F. op. cit. pág. 417.

También ha elaborado la jurisprudencia un concepto, referible a toda la utilidad que el contratista hubiera podido obtener de la conclusión de la obra ejecutada con la adición del pertinente a la de la restante obra desistida. (S. 15-diciembre-1981).

⁴².- La propia sentencia antes mencionada de 10-marzo-1979, junto con la de 15-diciembre-1981, se pronuncian en el sentido de considerar la utilidad en relación a la totalidad de la obra, tal y como se hubiera construido y no a la parte ejecutada hasta el momento del desistimiento.

⁴³.- op. cit. pág. 641.

Continúan estos autores diciendo que no cabe incluir en la utilidad el provecho que el contratista habría podido obtener en las obras rehusadas, ya que el artículo 1594 se refiere única y exclusivamente a lo que hubiera podido ganar en la misma obra, además desde el momento que se reconoce al contratista el derecho a percibir toda la utilidad, como si la obra se hubiera ejecutado íntegramente, no cabe aducir perjuicios por razón de estas obras, que podía haber aceptado.

Frente a esta idea de utilidad, el Código civil alemán se percata de las dificultades prácticas de presumir un precio alzado en todo contrato de obra; la parte correspondiente a la utilidad, es la totalidad del precio pactado, pero deduciéndolo de este precio los gastos economizados por la no prosecución del edificio, lo que aquél adquiriera en virtud de otro empleo y lo que dolosamente omite adquirir⁴⁴.

Otra idea totalmente distinta a la expuesta es la que nos ofrece SCAEVOLA, el cual ve la utilidad como lo que el contratista pudiera obtener de la obra, planteándose la siguiente cuestión:

la utilidad total ¿comprende el provecho que el contratista habría podido obtener en las obras que hubiera rehusado por aceptar la rescindida?. Una respuesta afirmativa a esta cuestión es inadmisibile en nuestro derecho, por varias razones:

- 1 .- Porque el artículo 1594 no menciona esta partida entre los capítulos o conceptos de reparación.
- 2 .- Porque la elección, cuando se ejerce, somete la voluntad a la obligación elegida, puesto que se supone que el artifice o el empresario se decidieron por motivos de particular conveniencia, renunciando a los beneficios que pudieran representar los contratos rehusados.

⁴⁴.- DE LA CAMARA MINGO, M. op. cit. pág. 642.

3 .- Porque desde el momento que se reconoce al contratista o al obrero el total de la utilidad, como si la obra se hubiere ejecutado totalmente, no cabe ya aducir perjuicios por razón de esas otras obras que, en su caso, habrían podido admitirse⁴⁵.

En relación a la cantidad a tener en cuenta de la utilidad, se tiende a situar la misma en un 15%, es decir, que si la utilidad va a consistir en reembolsar la totalidad del precio convenido, se indemnizará solamente el 15% de dicho precio y no la totalidad del mismo, pudiendo a veces variar el porcentaje, generalmente en una mayor cantidad⁴⁶.

Ante esto nos podemos preguntar el porqué del 15%, así como del contenido o partidas que lo componen. La sentencia de 13-mayo-1983 considera que el 15% atribuido a la utilidad o beneficio industrial habría que descomponerlo, según la Orden de 18 de mayo de 1960, en tres partidas correspondientes a 1% de imprevistos, 5% de dirección y administración de la obra y 9% de

⁴⁵.- op. cit. 140.

Continúa este mismo autor diciendo que el contratista tiene derecho al beneficio entero del contrato, tal y como sea posible presumirlo. No debe mermarse su lucro con el pretexto de que, desligado ya de las atenciones de la construcción, pueda libremente emplear su actividad, porque a esta obligación se responde, ya que la liberación de cuidados no proviene de su propio hecho, sino de la voluntad del dueño, y que la posibilidad de otras construcciones no es un valor real, sino contingente.

⁴⁶.- Sentencia 22-noviembre-1974.

Es la sentencia de 19-noviembre-1971 la que considera que el 15% no es el más alto, sino el grado intermedio señalado por el Colegio Oficial de Arquitectos.

beneficio industrial⁴⁷.

Así las cosas la utilidad a que tiene obligación de indemnizar el comitente y derecho a recibir el contratista quedará configurada en nuestra opinión del siguiente modo: todo beneficio que hubiera obtenido el contratista si la obra se hubiera ejecutado en su totalidad, tal y como estaba previsto en el momento inicial del contrato.

Cuando decimos "todo beneficio", nos queremos referir a cualquier partida, sea de la clase que sea, que hubiera podido obtener el contratista, ya que el perjuicio que se le causa por el hecho de que el comitente desista no debe dar lugar a especificar la clase de beneficio al que se refiere la utilidad ni tampoco a excluir determinadas partidas, solamente aquellas que por su propia naturaleza estén incluidas en los gastos y trabajos anteriormente indemnizados.

Es por ello, y una vez más, por lo que es necesario una aclaración acerca del exacto contenido de dichas partidas, para que tanto el contratista como el comitente queden indemnes de cualquier perjuicio que se les pueda irrogar.

⁴⁷.- La sentencia de 15-diciembre-1981 establece dicho porcentaje en un 17%, pudiendo ser éste variable.

C: Fundamento.

Un hecho, como es la posibilidad de desistir unilateralmente en un contrato como el de obra, nos plantea diversas cuestiones acerca de dónde puede estar el fundamento así de un precepto como el del artículo 1594, ya que la excepción que contempla está contenida en los Códigos civiles de distintos países⁴⁸, lo que puede hacer pensar en la existencia de una especial razón de ser que lo justifique.

GARCIA GOYENA, en los comentarios al Código civil dice: "...ningún perjuicio se irroga por el artículo al arquitecto o empresario, pues se le da todo lo que podía tener después de concluida la obra, y al mismo tiempo se evita que el propietario cuya fortuna se halle comprometida repentinamente por sucesos

⁴⁸.- Destacamos a este respecto el Código civil francés, el cual en el artículo 1794 referente al contrato de obra, establece la misma posibilidad al decir: "el dueño puede desistir, por su simple voluntad, en el contrato por ajuste o precio alzado, aunque la obra se haya ya comenzado, indemnizando al contratista de todos los gastos, trabajos y de lo que hubiera podido ganar con la realización de la obra".

El Código civil italiano dice en el artículo 1671: "el comitente puede desistir del contrato, aunque se haya iniciado la ejecución de la obra o la prestación del servicio, dejando indemne al contratista de los gastos, trabajos y utilidades que hay empleado en la realización de la obra".

El B.G.B. en el artículo 649 dice a este respecto: "el comitente puede denunciar el contrato en todo momento hasta la terminación de la obra. Si el comitente denuncia, el artifice está autorizado a exigir la remuneración pactada; debe, sin embargo, dejarse imputar aquello que ahorre en gastos a consecuencia de la invalidación del contrato o -aquello- que adquiriera o deje dolosamente de adquirir por ulterior utilización de su energía de trabajo".

imprevistos, se arruine con gastos, en extremo dispendiosos. Puede ocurrir también, que la obra no sea útil, ni necesaria..."⁴⁹.

El Código civil establece una evidente excepción con la incorporación del artículo 1594, y solamente razones de *equidad*, a nuestro entender, la pueden justificar. Si tenemos en cuenta los posibles cambios de fortuna que pueden acaecer en determinadas profesiones, se debe procurar evitar cualquier perjuicio con la existencia de dicha posibilidad, acarreado la sola obligación de indemnizar al contratista. Obtenemos con esto, una solución más armónica ante la aparición de determinados eventos no previstos⁵⁰.

Razones de *equidad*, tal y como hemos señalado, y no otras, son las que pueden fundamentar la acción de desistir por parte del dueño de la obra, apoyándose dicha justificación en el propio artículo 1594, ya que se consiente el desistimiento aunque la obra se haya comenzado, queriendo ello decir que se podrá llevar

⁴⁹.- op. cit. pág. 481.

En el mismo sentido los exégetas franceses. DURANTON, DUVERGIER, DALLOZ, etc.

⁵⁰.- POTHIER considera que si en un determinado momento el comitente decide resolver el contrato, el contratista no puede continuarla, ya que han podido surgir, después de la conclusión del contrato "buenas razones" para no continuar la construcción, de las que desde luego no está obligado a rendir cuenta. Lo mismo han podido sobrevenir pérdidas en los bienes que le impidan hacer el gasto que se había propuesto con la realización de la obra. (Tratado de obligaciones. Barcelona 1868. pág. 432).

a cabo en cualquier momento⁵¹, el cual deberá coincidir con la aparición del perjuicio que le acarrearía el continuar en la construcción⁵².

2.- Contrato de mandato.

Analizado el contrato de obra por ser éste el más significativo en lo que a la facultad de desistir se refiere, pasamos al estudio de otras modalidades contractuales. Comenzamos por el contrato de mandato ya que recoge la posibilidad de que se produzca por la voluntad de una de las partes, sea el mandante o el mandatario, la extinción del negocio previamente constituido.

Tenemos que señalar a este respecto que dicho contrato se diferencia del anteriormente comentado. en la terminología utilizada para denominar esta particular y anticipada forma de desaparición del contrato, ya que no utiliza en ningún momento el

⁵¹.- Así se manifiestan DE LA CAMARA MINGO Y LOPEZ MORA al estudiar el fundamento de la acción de desistir, si bien señala que si el comitente desiste de su contrato, cuando sólo han mediado tratos preliminares, deja de poder aplicarse el artículo 1594, debiéndose estar a la responsabilidad de las partes en el periodo de formación del contrato. (op. cit. pág. 642).

⁵².- Es por todo ello, por lo que en determinadas sentencias se restringe el ámbito de aplicación del precepto, ya que una facultad "tan libre" de justificación no puede ser aplicada a cualquier contrato, sino que debe circunscribirse a ciertos supuestos. Es el caso de la ya mencionada sentencia de 22-junio-1911, la cual cife la acción de desistir única y exclusivamente al contrato por ajuste o precio alzado y no a otros supuestos.

término *desistimiento* sino que emplea el de *revocación* para el caso de que sea el mandante el que lleve a cabo la extinción y el de *renuncia* si es el mandatario el que desea que finalice su mandato.

La definición del contrato de mandato la encontramos en el propio Código civil plasmada en el artículo 1709 cuando dice:

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

Dicha definición es imprecisa en el sentido de que se presta a confundir al contrato de mandato con el de arrendamiento de servicios, existiendo indudablemente diferencias entre ambos⁵³.

⁵³.- "No son fáciles de trazar los perfiles distintivos de dos contratos cuyo objeto y materia principales son los servicios que se prestan a la persona que los encarga, y así se vienen acogiendo como los más útiles y significativos: la gratuidad, la representación, la materialidad o juricidad de la actividad gestora, la posibilidad de sustitución, la posibilidad de revocación o renuncia unilaterales, etc. La cuestión se agrava cuando... por influencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden ser encomendados a los abogados gestiones propias del mandato, y como complemento de la doctrina conviene advertir que, aunque de ordinario se presenta la relación contractual entre el letrado y su cliente como un contrato de servicios, también aparece otras veces como contrato de obra, supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga a aquél a prestar no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, cual ocurre entre otros casos, en el de aceptar el letrado el encargo de emitir un dictamen": sentencias de 4-febrero-1950 y 16-febrero-1935.

Parece existir una nota de clara y absoluta de diferenciación entre ambas relaciones contractuales. La más importante de todas ellas es la dependencia o subordinación en que se encuentra la persona que trabaja por cuenta de quien le encomienda el servicio y, en este sentido es la propia jurisprudencia la que en sentencia de 21-enero-1975 establece: "que no existe relación laboral y sí la relación de mandato representativo conferido notarialmente, pues toda la gestión de la empresa ha venido siendo desempeñada por el actor, investido de tal círculo de atribuciones y facultades que han hecho de él el titular de unos poderes de disposición del patrimonio entero, siendo tales poderes incompatibles con las notas de subordinación y dependencia características de la prestación de servicio remunerados asumidos por el trabajador, por el empresario"

Es evidente que, precisamente, a la larga especialidad de la relación laboral aclara definitivamente su posible confusión con la civil derivada de un mandato. Tal y como refleja la jurisprudencia, la autonomía de la voluntad de las partes al concertar el encargo permite al mandatario, partiendo de la instrucción capital del mandante, realizar las gestiones sin sujeción a más

O'CALLAGHAN MUÑOZ considera que, a pesar de que las características más peculiares del mandato han estado basadas en la gratuidad (artículo 1711) y en la representación (artículo 1717)⁵⁴, es en el objeto del mismo donde hay que encontrar las peculiaridades más propias del contrato en sí. Este autor considera que "(e)l objeto del mandato, que constituye su esencia, es la actividad jurídica, los actos jurídicos. De la regulación total de este contrato en el Código civil se desprende que la función del mandatario es ejecutar una actividad jurídica relevante, que incidirá en la esfera jurídica del mandante. Aunque no es preciso que los actos lleguen a la categoría de negocios jurídicos"⁵⁵.

Salvadas en gran medida las confusiones que pueden surgir alrededor del contrato de mandato concluimos este apartado señalando cuáles son las características más sobresalientes del

límites que los de su propia diligencia y conocimientos, lo que no parece posible cuando de relación laboral se trata. (LEÓN ALONSO, J.R. Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. T:XXI. Vol: 2 . Madrid 1986. págs. 35, 36 y 37).

⁵⁴.- Vid. en este sentido LARENZ, K.op. cit. pág. 342 y ss.

⁵⁵.- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. Compendio de Derecho civil. T:II. Derecho de Obligaciones. V:2 . Contratos en particular. Madrid 1989. pág. 234.

En el mismo sentido se manifiesta ALBALADEJO GARCIA, el cual considera al mandato como un contrato consensual por el que una persona -mandatario- se obliga hacia otra -mandante- a realizar algún acto jurídico por cuenta de éste. (Derecho civil. T:II, V:2 . Barcelona 1982. págs. 319 a 321).

Vid. también CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho civil español...op. cit. pág. 530. DIEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS. Sistema...op. cit. pág. 505. LACRUZ BERDEJO, J.L. Elementos de derecho civil...op. cit. pág. 317.

mismo. Su carácter consensual, unilateral -porque en produce obligaciones para una parte- y basado en la confianza existente entre ambas partes son las notas que singularizan este contrato frente a otras modalidades contractuales.

A: Artículos 1732, 1735 y 1736 del Código civil.
Causas: revocación del mandante y renuncia del mandatario.

En este apartado queremos hacer mención a las especiales causas de extinción del contrato de mandato⁵⁶, las cuales tienen su base en una de las peculiares características antes citadas, como es la *confianza* o el carácter *intuitu personae* que preside todo mandato.

Sea o no gratuita la relación contractual constituida, se prevé la posibilidad de que el mandante, por desistimiento unilateral en opinión de O'CALLAGHAN, -este autor asemeja o considera la revocación del mandante como un desistimiento unilateral- proceda a la *revocación del contrato* cuya

⁵⁶.- No hay que decir, que el mandato también termina por las causas generales a todos los contratos, es decir: el cumplimiento del encargo, el mutuo disenso la resolución por incumplimiento, imposibilidad de la prestación y excesiva onerosidad sobrevenida, declaración de ausencia legal, remoción judicial del mandatario, quiebra e insolvencia del mandante y mandatario.

consecuencia es la extinción o desaparición del negocio⁵⁷.

Ahora bien, puede pactarse la irrevocabilidad del contrato, siendo ésta contemplada por la jurisprudencia en numerosos casos, sobre todo cuando el poder se dé en interés común del mandante y mandatario o de alguno de ellos y un tercero, o cuando constituya cláusula de otro contrato y no constituya un negocio autónomo⁵⁸. Fuera de tales casos es revocable si expresamente no se otorgó pacto de irrevocabilidad⁵⁹.

De la misma forma que el mandante puede hacer desaparecer el mandato por su voluntad, puede el mandatario, en base al párrafo 2 del artículo 1732 renunciar al mismo, con el requisito plasmado en el artículo 1736 de poner en conocimiento del mandante y de indemnizarlo si causa la renuncia algún perjuicio, ya que si no lo hay no habrá lugar a dicha indemnización, es decir si ésta se efectúa por *justa causa* debiendo continuar su actividad hasta que el mandante pueda proveer por sí mismo o por otro mandatario, según la propia letra del artículo 1737.

⁵⁷.- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. Compendio de Derecho civil...op. cit. pág. 247.

⁵⁸.- Sentencias de 22-mayo-1942, 1-diciembre-1944, 10-julio-1946, 3-julio-1950, 2-noviembre-1961, 26-mayo-1964 y 6-mayo-1968.

⁵⁹.- Sentencia 20-abril-1981.

Como ya señalábamos en el capítulo primero, la revocabilidad, entre ella, la del mandato, es norma que implica una notable excepción a la doctrina general de que los contratos sólo pueden ser disueltos por el consentimiento mutuo de los contratantes, cuyo fundamento serio sólo se encuentra en la gratuidad. (Sentencia 27-diciembre-1962).

Desde un principio tuvo como presupuesto esencial para la perduración del mandato la llamada *perseverantia consensus*, explicativa de la revocación y de la renuncia como causas más propias de extinción del mandato⁶⁰, ya que se tiende a que ninguna relación contractual dure sin término final.

En lo que a la naturaleza jurídica se refiere LEON ALONSO considera la revocación del mandato como un negocio jurídico unilateral y recepticio, con eficacia *ex nunc*, además de constitutivo y no solemne. La no retroactividad de la revocación ha movido con frecuencia a afirmar la impropiedad de la misma como un genuino medio de extinción del mandato en el sentido de que no resultan fácilmente compatibles la absoluta voluntad revocatoria o extintiva del mandante y la limitación *ex nunc* de su operatividad, pareciendo este límite más propio de un desistimiento que de la eficacia *ex tunc* propia de una modalidad extintiva como es la revocación⁶¹.

⁶⁰.- El Novísimo Digesto las recoge como tales: D. 17,1,22; D.17,1,23; D.17,1,24; D.17,1,25; D.17,1,26; D.17,1,27.

⁶¹.- LEON ALONSO, J.R. *op. cit.* pág. 498.

Continúa diciendo este autor que por el hecho de encontrarse en juego aspectos como el deber de indemnizar al mandatario, la pérdida del interés o la confianza en el mismo por parte del mandante, entre otros, y siendo absolutamente innegable el juego de la autonomía de la voluntad, deberá estarse en cada caso al particular alcance que con la revocación se haya pretendido, para estimar el perfil extintivo o de mero desistimiento

CARIOTA FERRARA en este sentido considera que la nota de irretroactividad ha dado lugar al intento de justificación de la categoría del desistimiento como la más satisfactoriamente explicativa del fenómeno revocatorio, lo que ha obligado a la doctrina a un considerable esfuerzo de adaptación de las corrientes surgidas en el Derecho italiano. (*Negocio jurídico*. Barcelona 1956. Traducción de Albaladejo García, M. págs. 132 y ss.)

Esta idea también es compartida por otro sector de la doctrina, representada por CRESPO ALLUE, el cual considera que la "revocación del mandato" está técnicamente mal denominada en el sentido de que cabe atribuirle naturaleza jurídica de desistimiento a tal facultad extintiva. Concluye este autor diciendo que la revocación del mandato por parte del mandante será un desistimiento unilateral en el que uno de los contratantes se separa del vínculo obligatorio y provoca la extinción de la relación⁶².

Se vuelve a poner en evidencia la confusión conceptual existente a la hora de dar por terminada una relación unilateralmente, ya que la expresión "revocar" no está bien empleada en lo que al contrato de mandato se refiere. De todas maneras, la revocación tal y como es utilizada en los artículos 1732 y 1733 del Código civil posee efectos extintivos por parte

⁶².- CRESPO ALLUE, F. La revocación del mandato. Madrid 1894. pág. 151.

Al considerarla como tal desistimiento y por tanto como acto unilateral para su perfeccionamiento es necesaria y suficiente la sola voluntad del sujeto que desiste; recepticio, ya que produce efectos desde que llega a conocimiento de la contraparte; constitutivo porque provoca un cambio de la situación jurídica de los sujetos interesados, extinguiendo la relación de mandato, irretroactivo, ya que no incide sobre la parte de actividad ya cumplida por el mandatario y no perjudica sus derechos tutelados por la "actio mandati contraria", y no solemne, ya que no está sometido a particulares requisitos de forma.

del mandante⁶³, y como consecuencia de sus efectos *ex nunc* puede ser considerada en todos sus términos como un desistimiento.

En lo que a la renuncia por parte del mandatario se refiere diremos que en principio era entendida como una mera imposibilidad en el cumplimiento⁶⁴, dicho presupuesto con el paso del tiempo y la evolución del contrato en sí ha dejado de estar basado en esa única causa.

La renuncia queda también perfilada como una declaración unillateral de voluntad esencialmente recepticia, que es eficaz desde que el mandatario realiza todo lo pertinente para que su decisión llegue efectivamente a conocimiento del mandante, con entera independencia de que, luego, por cualquier circunstancia ajena a la voluntad del renunciante, aquél no hubiere tenido oportuno y suficiente conocimiento de la misma. La declaración de voluntad deberá ser hecha de modo serio, cierto, inequívoco y definitivo⁶⁵.

Si la renuncia causa perjuicios al mandante deberá

⁶³.- Es significativa la sentencia de 1-julio-1971, con la que se inició el debate sobre la terminología más adecuada para la extinción por voluntad unilateral, llamándose desistimiento, desistimiento unilateral, revocación, rescisión, etc.

⁶⁴.- D.17,22,11.

⁶⁵.- LFON ALONSO, J.R. *op. cit.* pág. 554.

Lo que si resulta defendido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es la obligación del mandatario de comunicar su decisión de renuncia al mandante, a fin de que éste pueda proceder a tomar las medidas que estime pertinentes, ya sea para designar un nuevo mandatario o para hacerse él mismo cargo de las gestiones renunciadas⁶⁶.

GULLON BALLESTROS afirma que la renuncia del mandatario debe ser absolutamente incondicional, en el sentido de entenderse eficaz siempre, sin que pueda estimarse nunca condicionada a la total ausencia de daños y perjuicios para el mandante⁶⁷.

¿Cabe plantearse la posibilidad de irrenunciabilidad del mandato por parte del mandatario?. Tanto por haberse así convenido como por resultar inequívocamente del contenido del propio mandato, se plantea en términos similares a los ya comentados acerca de la irrevocabilidad por parte del mandante, teniendo cabida la renuncia a no ser que se pacte lo contrario.

⁶⁶.- Sentencia de 9-noviembre-1926.

⁶⁷.- Curso de Derecho...op. cit. pág. 302.

indemnizar tal y como se expresa el artículo 1736, no dándose lugar a la indemnización si la renuncia es por justa causa aunque el precepto citado no contemple el supuesto como tal.

Para concluir este punto diremos, que tanto la renuncia como la revocación son consideradas como formas unilaterales de dar por terminado el contrato de mandato. Ahora bien, su naturaleza jurídica como tal revocación y renuncia queda en entredicho, ya que por sus características así como por sus efectos poseen más la configuración del desistimiento unilateral que de cualquier otra figura. Además, en cualquier caso, y sería lo que de más positivo introdujera el matiz del término desistimiento, parece que merced a él comienza a prestarse atención al elemento subjetivo o intencional de quien pretende poner fin de una forma unilateral al vínculo asumido.

B: Fundamento.

En términos generales, a lo primero que nos conduce la posibilidad de revocación del mandato es al carácter de confianza que preside y caracteriza a este contrato; ahora bien, resulta problemático centrar en dicho elemento el fundamento, cuando partimos de la idea de considerarlo como desistimiento y cuando en principio las relaciones jurídicas sólo pueden ser disueltas por acuerdo convencional de las partes.

Los autores españoles, y, en general, toda la doctrina internacional han buscado el fundamento en la confianza que al

mandante inspira al mandatario, ya por conferirse el mandato en interés del mandante, ya por la gratuidad que normalmente le acompaña, ya, en fin, como consecuencia del principio de representación⁶⁸. Intentar basar el mandato en la gratuidad no es lógico. Hoy en día no es esencialmente gratuito, al contrario de lo que ocurrió en Derecho romano en donde era incuestionable la posibilidad del mandato oneroso⁶⁹.

También la doctrina francesa e italiana fundamentan la revocación en el elemento confianza⁷⁰.

DE LA CAMARA MINGO no considera al elemento fiduciario como el único o el principal fundamento de la facultad revocatoria porque en su opinión no es necesario que disminuya la confianza que el mandante depositó en el mandatario, de una manera objetiva

⁶⁸.- CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho civil...op. cit. pág. 544.

También GUTIERREZ FERNANDEZ. Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. T.IV. Madrid 1877. pág. 566.

BONEL Y SANCHEZ. Código civil español. T.IV. Barcelona 1891. pág. 744.

⁶⁹.- En las Partidas se habla de la posibilidad de revocación del mandato, aunque sin mencionar el fundamento.

GARCIA GOYENA, F en el artículo 1623 de su proyecto basa la revocación del mandato en la confianza que une a las partes.

⁷⁰.- COLIN Y CAPITANT, H. Curso elemental de Derecho civil. T.IV. Traducción de DE BUEN. Madrid 1925. pág. 686.

OLIVIERI. "Mandato civile", en Il Digesto Italiano. VI. 15, parte 1. Torino 1903-1907. pág. 453.

ANDREOTTI Y DOMINEDO. "Mandato civile". Il Nuovo Digesto Italiano. VI.8, Torino 1939. pág. 82.

o subjetiva, bastando que se altere el equilibrio de intereses que dio lugar al contrato para que proceda la revocación, ya que lo que explica la relación de mandato son los intereses del mandante⁷¹.

En resumen, y en opinión de CRESPO ALLUE, la facultad revocatoria no puede tener otro fundamento que la prevalencia del interés del mandante en la regulación de intereses del contrato, lo que explica que cuando no exista esa prevalencia del interés del mandante, esta facultad, denominada desistimiento unilateral, se ve condicionada e incluso suprimida⁷².

El fundamento de la renuncia por parte del mandatario en el Derecho romano residía en la gratuidad con que asumía sus obligaciones, lo cual justificaba que siempre le quedara reservada la facultad de desvincularse de lo convenido. Pero actualmente se elaboran contratos de mandato retribuidos, lo cual no es obstáculo para permitir que lo mismo que el mandante puede revocar su mandato en el momento que él quiera, lo haga también el mandatario, en base a la confianza que los une.

Es también el carácter fiduciario y gratuito, cuando así se haya establecido, el fundamento de la facultad del mandatario de

⁷¹.- op. cit. pág. 518.

⁷².- op. cit. pág. 160.

dar por terminada su gestión, aunque desde luego mucho más limitada, a causa de los requisitos que deben acompañar toda renuncia.

3: Contrato de sociedad.

Trataremos el contrato de sociedad porque entre las distintas causas que recoge por las cuales se produce la desaparición del mismo, aparece la exclusiva voluntad de uno de los socios para que la sociedad se extinga.

Antes de centrarnos en dicha modalidad extintiva señalaremos algunas características o puntos más sobresalientes del contrato, para así después adentrarnos en los aspectos extintivos del mismo.

Un concepto de contrato de sociedad lo aporta el propio Código civil en el artículo 1665 cuando dice:

"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".

De esta definición legal se pueden entresacar las características de este contrato: contrato consensual, bilateral

o plurilateral y sinalagmático, oneroso y conmutativo, *intuitu personae* y de tracto continuo, algunas de las cuales es fundamental para que proceda eficazmente la desaparición de la sociedad por la voluntad exclusiva de un socio.

Es un contrato basado en la colaboración de los socios, consistente en aportar bienes, dinero o industria, con el fin de obtener lucro y repartir la ganancia⁷³, siempre y cuando el fin sea lícito, ya que la ilicitud del mismo da lugar a la nulidad de la sociedad.

En relación con los modos de extinguirse la sociedad, ya en el Proyecto de Código Civil de GARCIA GOYENA se decía en el artículo 1595 que "por la sola voluntad de cualquiera de los socios se extingue la sociedad, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1598 y 1600". Estos artículos establecen los requisitos a tener en cuenta para que se proceda a la extinción por voluntad de uno de los socios⁷⁴.

1598: "La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios, únicamente tiene lugar, cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta este de la

⁷³.- Esta es la opinión aportada por CAPILLA RONCERO en el comentario del artículo 1665. *loc. cit.* pág. 3.

⁷⁴.- GARCIA GOYENA, *F.op. cit.* T.II. V.IV. artículos 1595 y ss.

naturaleza del negocio".

1600: "No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad constituida por tiempo determinado en el contrato o por la naturaleza del negocio, al no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales u otro semejante, a juicio de los Tribunales"⁷⁵.

A: Artículo 1700: causas. Artículo 1705 y 1706: requisitos. Artículo 1707: disolución de la sociedad por incumplimiento de una de las partes.

Los motivos por los cuales procede una sociedad a extinguirse son las causas generales de extinción de todo contrato⁷⁶. Ahora bien el artículo 1700 enumera cuatro causas específicas de extinción de la sociedad, que se podrían clasificar según O'CALLAGHAN en objetivas, como es la expiración del término y pérdida o imposibilidad del objeto, y subjetivas,

⁷⁵.- GARCIA GOYENA, F. *ibidem*. artículos 1598 y 1600.

Ya en el Derecho romano y antiguo se recogía la extinción de la sociedad por la voluntad de un socio. Ley 63, párrafo 10, título II, del libro XVII del Digesto. (D.63, 10,2).

En la Partida V, título X, ley 11, se indica la posibilidad de disolver por la voluntad del socio, aunque declarando la necesidad de resarcimiento de los daños que por ello se causen.

En la Codificación el artículo tiene el mismo contenido que el Proyecto de García Goyena.

⁷⁶.- Así, por condición resolutoria, por mutuo disenso, etc.

como la voluntad de los socios y muerte o insolvencia de cualquiera de ellos⁷⁷.

De las causas enumeradas la que nos interesa es la relativa a la intervención de cualquiera de los socios que produce la extinción o desaparición de la relación que lo unía al otro u otros socios. Se ha intentado asemejar dicha actuación a una renuncia, pero no es tal; simplemente se trata de la extinción de la relación obligatoria por voluntad unilateral de una de las partes⁷⁸.

Antes de entrar en el análisis de la extinción por voluntad de un socio, vamos a plantear la idea acerca de si, como ocurre en Derecho italiano, el hecho de que un socio renuncie no supone la desaparición de la relación y sólo desapareciendo el vínculo que lo unía a los demás socios o si, por el contrario es consecuencia irreductible de la renuncia la desaparición de la sociedad y como consecuencia la apertura del periodo de liquidación pertinente.

La respuesta a esta cuestión queda salvada en el sentido de que cualquier sociedad está formada en lo que a sus elementos personales se refiere por la participación de todos los socios

⁷⁷.- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. Compendio...op. cit. pág. 264.

⁷⁸.- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. ibidem. pág. 265.

que la suscribieron presidida por el *intuitu personae* o especial consideración de las personas de los socios, y en el momento que uno de ellos renuncia a seguir participando del beneficio social, uno de los elementos constitutivos de la relación desaparece y como consecuencia también lo hace la sociedad. No tiene sentido el que continúe sin la participación de ese socio.

Ahora bien, si consideramos a la persona del socio no como elemento fundamental y constitutivo del contrato, puede dar lugar su renuncia a la desaparición del vínculo que lo une tanto a la sociedad como a los demás socios sin que tenga que desaparecer el fin social y por tanto la sociedad, continuando ésta para los demás socios. Esto siempre y cuando estemos ante una sociedad plurilateral y no bilateral, ya que en esta última si una de las partes decide poner fin a la relación manifestando su renuncia, no tiene sentido el que la sociedad continúe para el otro socio, desapareciendo en este caso sin la menor duda la sociedad.

Al artículo 1705 nos remite el 1700 en el sentido de que cualquier renuncia debe someterse a lo preceptuado en dicha disposición. El contenido es el siguiente:

"La disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del mismo.

Para que la renuncia surta efecto debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros

socios"⁷⁹.

Se observa que el precepto que se examina es de aplicación para el caso de que la sociedad se hubiera constituido por tiempo indefinido y el tiempo no resulte implícitamente fijado por la naturaleza del negocio; se requiere buena fe, consistente en no proponerse la apropiación del provecho que debía ser común, además de ponerlo en conocimiento de los demás socios⁸⁰.

Ya señalábamos antes que el término renuncia no debe ser considerado como tal en lo que la desaparición de la sociedad se refiere por la voluntad de uno de sus socios, sino que estamos ante una categoría mucho más amplia que la renuncia como es el desistimiento unilateral, el cual encuentra su fundamento entre otras razones en el carácter duradero de la relación en la que actúa, siendo éste uno de los requisitos exigidos por el artículo 1705 antes transcrito.

No podemos considerar desistimiento unilateral lo plasmado en el artículo 1707 del Código civil cuando dice:

"No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la

⁷⁹.- Es la misma redacción que la recogida en anteriores códigos, como el Proyecto de GARCIA GOYENA de 1851 reflejado en el artículo 1598; también es igual al Anteproyecto en el artículo 43.

⁸⁰.- Así es como se expresa la sentencia de 20-junio-1959 en el considerando 5 .

naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, a no intervenir justo motivo, como el de faltar uno de sus compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los Tribunales".

Porque estamos ante un incumplimiento de uno de los socios, lo cual se traduce en la posibilidad de que cualquiera de los demás socios pida la disolución de la sociedad por una facultad unilateral otorgada como tal, produciéndose como consecuencia una resolución por incumplimiento y no tal desistimiento⁸¹.

El carácter *intuitu personae* que caracteriza toda relación social hace que el desistimiento antes aludido dé lugar a la disolución y consiguiente desaparición de la sociedad en su totalidad abriéndose camino el procedimiento liquidatorio de la misma. Ahora bien, si se ha previsto la disolución parcial, cualquier socio podrá separarse de la sociedad, sin provocar la total extinción del vínculo social⁸².

⁸¹.- Cabe la posibilidad que se lleve a cabo la resolución por uno de los socios, a causa del incumplimiento de uno de ellos, en las sociedades constituidas por tiempo determinado, cuestión ésta imposible en el caso del ejercicio del desistimiento unilateral.

Vid. en este sentido GUYENOT, J. Los ocho casos comunes de disolución de las sociedades civiles y comerciales. *R.D.Comm.* 1981. pág. 547.

⁸².- CAPILLA RONCERO, F. *op. cit.* pág. 675.

REY PORTOLES, J.M. considera que es más rápido el procedimiento de disolución del artículo 1705 que el del 1701, en el sentido de que en el primero de ellos no tiene que probar la causa de disolución. (El artículo 1701 del Código civil (la imposibilidad sobrevenida de la aportación en la sociedad civil) *A.D.C.* 1975. pág. 897.

Las condiciones exigidas para que prospere la renuncia en toda su amplitud son los siguientes:

- 1 .- que comunique a los demás socios su intención de renunciar y como consecuencia de disolver la sociedad;
- 2 .- que se haga de buena fe; y,
- 3 .- en tiempo oportuno.

En relación con la última condición POTHIER decía que para la validez de la renuncia se precisaba que ésta no fuera intempestiva "...que no sea hecha cuando las cosas hayan dejado de hallarse en su integridad, y cuando tiene la sociedad interés en esperar un tiempo más oportuno para llevar a cabo el negocio para que se contrajo"⁸³.

Con respecto a la primera en relación con la necesidad del preaviso no hay nada que objetar en el sentido de que entra dentro de la lógica jurídica. Lo que sí cabría es la posibilidad de señalar un plazo de preaviso, el cual siendo observado, eliminaría el riesgo de que se acusara de inoportuna la renuncia planteada por un socio⁸⁴.

En relación con la buena fe hay que decir que nuestro

⁸³.- POTHIER, Tratado del contrato de sociedad. número 151. pág. 70.

⁸⁴.- CAPILLA RONCERO, F. op. cit. pag. 667.

ordenamiento jurídico no dota de validez los actos llevados a cabo con mala fe, y concretamente en el artículo 1706 se recoge dicha posibilidad cuando dice: "es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común".

Los efectos de una renuncia producida con mala fe es la no validez de tal renuncia, no produciéndose la disolución de la sociedad, que era el efecto que el socio quería, pudiéndose plantear por los demás socios la expulsión del que actúa de mala fe.

B: Fundamento del desistimiento en el contrato de sociedad.

De lo dicho hasta ahora acerca de la disolución de la sociedad por la exclusiva voluntad de uno de los socios se deduce fácilmente dónde puede estar el fundamento de dicha actuación.

La relación que se deriva de todo contrato de sociedad es una relación de tipo duradera. Nuestro ordenamiento ante relaciones de este tipo establece límites si los socios no los han establecido o si no se desprende de la naturaleza de las actividades que constituyen el objeto social^{es}.

^{es}.- El Código civil establece como límite la vida de los socios, por lo que a partir de la muerte se disuelve la sociedad.

El fundamento de la libre facultad de cualquier socio de desistir de la relación social que lo unía a los demás reside en la duración vitalicia de la misma cuando se contrae por tiempo indefinido, lo cual atenta contra el principio contrario a las vinculaciones obligatorias de por vida⁶⁶.

4.- Contrato de arrendamiento de servicios y de trabajo. Diferencias entre ambos.

Trataremos en las siguientes líneas de establecer en primer lugar las diferencias entre el contrato de arrendamiento de servicios, tal y como está regulado en el Código civil (artículo 1583 y ss.) y el de trabajo plasmado principalmente en el Estatuto de los Trabajadores y normas complementarias.

En principio era suficiente la regulación del Código civil para todo arrendamiento de servicios. Ya en el siglo XIX adquirió auge e importancia social el tema, ya que la mayor parte de la población se sustentaba por la prestación de servicios por cuenta

⁶⁶.- La sentencia de 15-octubre-1974 establece a este respecto: "tiene su razón de ser el que una responsabilidad ilimitada en relación con las deudas sociales, no pueda imponerse a perpetuidad porque ello supondría una vinculación eterna de los socios entre sí y respecto a la sociedad".

ajena. Por la trascendencia social adquirida se desgajó del contrato de arrendamiento de servicios el ahora llamado contrato de trabajo⁸⁷.

Tal contrato de trabajo, caracterizado por la dependencia del empleador, ya no está regulado por el Código civil, sino por normas laborales.

Podemos decir que los artículos del Código civil relativos al arrendamiento de servicios son de escasa aplicación; sólo en los casos de profesiones liberales u otros que no tengan cabida en la normativa laboral correspondiente entrarán dentro de su ámbito de aplicación, pasándose a regular cualquier prestación de servicios por cuenta ajena por todas las normas laborales estatuidas al respecto⁸⁸.

En nuestra opinión la terminología que utiliza el Código civil para el arrendamiento de servicios es inadecuada para el desarrollo social que se ha observado en el ámbito laboral, siendo incorrectas expresiones como "amos", "sirvientes", "menestrales", etc. lo cual desde luego ha contribuido a la

⁸⁷.- Es a partir de entonces cuando aparece el derecho del trabajo separado del civil.

⁸⁸.- En opinión de O'CALLAGHAN MUÑOZ la regulación de las profesiones que no tengan cabida en la normativa laboral será la prevista por las partes en virtud del principio de autonomía de la voluntad. En lo no previsto, la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho. Aplicando desde luego la única norma con carácter civil que es el artículo 1583. (Compendio...op. cit. pág. 196).

elaboración de una normativa laboral acorde con la realidad social y que haya quedado relegada a un segundo plano y con carácter subsidiario las normas del Código civil dedicadas al arrendamiento de servicios.

A: Extinción unilateral en el arrendamiento de servicios.

Las características de este contrato son:

- a) consensual, porque se perfecciona por el consentimiento de las partes, sin que aquí sea precisa la entrega de la cosa.
- b) Bilateral, ya que se producen obligaciones para ambas partes, recíprocas o sinalagmáticas.
- c) Oneroso y comutativo, no cabe la gratuidad en este tipo de contrato y,
- d) temporal, no cabe la permanencia, el arrendamiento hecho para toda la vida es nulo.

En esta última característica nos vamos a centrar para tratar la extinción del arrendamiento de servicios, la cual se producirá por el transcurso del tiempo pactado o por la terminación del servicio contratado como normales causas de finalización del contrato.

Ahora bien, también se podrá producir la desaparición de la relación por mutuo disenso de las partes, para que se dejen de prestar los servicios antes de que transcurra el tiempo fijado o que se haya terminado el servicio por el que se contrató o por desistimiento unilateral de una de ellas, debiéndose indemnizar a la parte perjudicada por los daños que suponga la renuncia del socio. Creemos que tal desistimiento se asemeja a un incumplimiento contractual de la parte que desiste ya que incumple una labor contractual para la cual se le había designado, y para la cual no puede ser nombrada otra persona al tratarse de obligaciones *intuitu personae*. Se procedería a la aplicación del artículo 1124⁸⁹, porque tampoco cabe el cumplimiento forzoso⁹⁰.

El artículo 9 del Real Decreto de 1 de agosto de 1985, que completa a los artículos 1583 a 1587 en lo que a la extinción de la relación de servicios se refiere, establece que "(1) a relación laboral del Servicio del Hogar Familiar se extinguirá: ...4 .-por dimisión del trabajador, debiendo mediar un preaviso de al menos siete días...9 .- por la voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empleador...11 .-por

⁸⁹.- No todo desistimiento va a suponer las consecuencias del incumplimiento ni van a darse todos los requisitos del artículo 1124. pero lo que siempre va a llevar aparejado el desistimiento es la indemnización a la parte afectada por el mismo.

⁹⁰.- La sentencia de 4-noviembre-1988 establece que todo desistimiento o decisión unilateral si produce un daño debe llevar consigo una indemnización.

desistimiento del empleador".

En este artículo podemos apreciar categorías distintas a la hora de plantear el desistimiento por voluntad unilateral. La primera denomina dimisión del trabajador al desistimiento del mismo, estableciéndose un plazo de preaviso de siete días como máximo, con la idea de que el empleador tenga tiempo de solventar la deficiencia que provocará dicho desistimiento y, sólo en el caso de que no respete el plazo señalado deberá proceder a indemnizar al empleador que lo contrató.

La segunda está basada en la voluntad del trabajador a causa de incumplimiento, ante lo cual no cabe plantearse la no indemnización, ya que al existir plazo de preaviso, como es lógico, deberá indemnizar al empleador en todos los daños causados. No recoge dicho decreto el supuesto de que sea el contratista el que incumpla el contrato y por lo cual el trabajador se vea imposibilitado de seguir desempeñando su labor, ante lo cual cabría plantearse el mismo supuesto que el anterior, es decir, la indemnización al empleado por el agravio causado.

La tercera y última categoría es la denominada desistimiento del empleador, lo cual no tiene que suponer un incumplimiento contractual, sino un simple desistimiento que supone la indemnización al trabajador.

Como ya señalábamos anteriormente, ha quedado reducido el ámbito de aplicación de los artículos del Código de civil relativos al arrendamiento de servicios a las profesiones liberales y demás que no tengan cabida en la legislación laboral pertinente. LUCAS FERNANDEZ realiza un comentario de dichos artículos y, al tratar las causas de extinción, establece entre otros motivos el desistimiento o revocación del encargo por el cliente considerándolo como aplicación analógica de la norma referida al mandato y su revocación por parte del mandante⁹¹.

Pero cuando tal revocación o desistimiento se produzca habrá que admitir el derecho del profesional a percibir una parte de su retribución al menos por los servicios o por la actividad hasta dicho momento desarrollada y la totalidad de los gastos que haya suplido y, en general, a ser indemnizado de daños y perjuicios causados por la arbitraria revocación⁹².

Es así como queda configurado el desistimiento en el contrato de arrendamiento de servicios tal y como está redactado

⁹¹.- LUCAS FERNANDEZ, F. Comentarios al Código civil. T.XX.Vol.2 . pág. 96.

⁹².- LUCAS FERNANDEZ, F. ibidem, pág. 96.

Además, continúa diciendo este autor, cuando la revocación se produzca en circunstancias que afecten al prestigio profesional o a su honor, creemos debe reconocerse al mismo la posibilidad de exigir la indemnización de los daños causados. Como en el caso de los notarios, que por decreto 644/1971, de 25 de marzo, se establece la posibilidad del desistimiento por el cliente o clientes, reconociéndose en tal caso al notario la mitad de los derechos correspondientes a la matriz del instrumento, y si se ha redactado el documento, no llega a autorizarse por tal desistimiento. Tales derechos los satisfará el cliente que haya desistido.

en el Código civil y cuyo ámbito de aplicación queda circunscrito a las profesiones liberales. Esta idea ha sido ampliamente ratificada por la doctrina del Tribunal Supremo, el cual en numerosas sentencias se muestra partidario de limitar dichos artículos a las profesiones antes citadas⁹³.

También la jurisprudencia se manifiesta en el sentido de admitir el desistimiento por parte del cliente en el contrato de arrendamiento de servicios dotándolo de plena validez y eficacia⁹⁴.

Por lo que se refiere al desistimiento del profesional, debemos decir, siguiendo también de LUCAS FERNANDEZ, que hay que admitirlo en algunas profesiones. Pero aun en ellas la libertad del profesional no es igual que la del cliente en este punto, exigiéndose una justa causa y de no existir ésta se verá obligado a indemnizar los daños y perjuicios, aunque esto es más un incumplimiento que un desistimiento, porque la ausencia de justa causa lo hace aparecer como tal.

⁹³. - La sentencia de 2-junio-1960, establece en su primer considerando que "que según la teoría hoy prevalente en el campo científico, el contrato relativo al ejercicio de una profesión liberal, no es otra cosa que un arrendamiento de servicios, ya que desde el punto de vista de la clasificación jurídica, no puede tenerse en cuenta más que los elementos constitutivos del contrato..".

⁹⁴. - Sentencias de 14-marzo-1986, 17-septiembre-1983.

B: Especialidad del desistimiento en el ámbito laboral.

No podemos dejar a un lado el contrato de trabajo, el cual, tal y como señalabamos al principio, nació al mundo del derecho como una necesidad social y también como una modalidad del arrendamiento de servicios gozando de plena autonomía legal, instrumentada en el Estatuto de los Trabajadores y por gran variedad de normas que la interpretan y complementan.

El artículo 49 del citado Estatuto de los Trabajadores establece que el contrato de trabajo se extinguirá entre otras causas por la dimisión del trabajador, debiendo mediar un preaviso cuya duración dependerá de los convenios colectivos del momento y de la costumbre del lugar, y por la voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.

Son estos dos motivos recogidos en el Estatuto de los Trabajadores los existentes en relación con el desistimiento en el contrato del trabajo, estableciéndose, como se observa, por parte del trabajador voluntariamente o por necesidad ante un incumplimiento del empresario.

5.- Donación.

La donación, pese a su discutida naturaleza contractual⁹⁵, es objeto de estudio en este capítulo porque recoge entre sus causas o modos de extinción la revocación efectuada por parte del donante, a causa de una ineficacia sobrevenida.

Las donaciones se pueden realizar *inter vivos* y *mortis causa* produciendo sus efectos entre vivos o por la muerte del donante. También hay en el Código civil diferentes clases de donación en función de otros elementos que contenga. De este modo nos encontramos con la donación pura que es la que se realiza con *animus donandi*, reflejada en el Código civil en el artículo 619, y la modal y remuneratoria que aparecen entremezcladas entre el artículo 619 y 622.

En toda donación, como contrato que es, hay unos elementos personales, representados por la persona del donante y del donatario y otros reales que pueden estar constituidos por los

⁹⁵- El hecho de que produzca obligaciones para una sola parte ha hecho que se le niegue carácter contractual y también porque en la definición legal se le denomina "acto", aunque todo contrato es un acto. (ALBALADEJO GARCIA, M. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T.VIII. Vol.2. Madrid.1986. pág. 7).

DE LOS MOZOS, J.L. considera también a la donación contrato porque es un modo de adquirir la propiedad. (La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica. R.D.Priv. 1973. pág. 814).

Vid. en el mismo sentido DIEZ-PICAZO, GULLÓN BALLESTEROS. Sistema de Derecho...op. cit. pág. 328.

bienes presentes del donante, aunque con limitaciones -artículo 634- y nunca por los futuros, prohibiendo esto expresamente el artículo 635. En cuanto a los elementos formales, diremos que estamos ante un contrato formal que precisa una forma determinada según se trate de bienes muebles o inmuebles; del contenido de los artículos 632 y 633 se desprende la formalidad a seguir

La revocación de las donaciones aparece por primera vez en el Derecho romano postclásico, por causa de superveniencia de hijos. El Proyecto de 1851, en el artículo 960, plasma también esta norma, pero es en el Anteproyecto del Código civil donde ya aparece la revocación no sólo por la superveniencia de hijos del donante, sino también para el de supervivencia de los mismos⁹⁶.

A: Significado y alcance de la revocación de la donación. Análisis de los artículos 644 y siguientes del Código civil.

Un negocio jurídico, como es el contrato, una vez perfeccionado no es revocable, por lo que en principio la donación como tal contrato es irrevocable.

Cuando analizamos en el capítulo *INTRO. DUE.* el principio de

⁹⁶.- GARCIA GOYENA, F. *op. cit.* artículo 960. T.I.

irrevocabilidad contractual, señalábamos las excepciones que al mismo están establecidas, encontrándose la donación, junto con el mandato, el testamento y otras relaciones contractuales entre dichas excepciones⁹⁷.

Así las cosas, la donación, una vez alcanzada su perfección puede ser revocada por superveniencia y supervivencia de hijos, por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Analizaremos cada causa por separado.

REVOCACION POR SUPERVENIENCIA Y SUPERVIVENCIA DE HIJOS: según el artículo 644, toda donación hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los siguientes casos:

- a) que el donante tenga hijos, aunque sean póstumos.
- b) Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

Por este motivo puede el donante instar la revocación, ya que ésta no se produce *ipso iure*, existiendo un plazo para el ejercicio de la acción de revocación de cinco años⁹⁸.

⁹⁷.- Vid. supra pág. 31 .

⁹⁸.- Es lo que dispone el artículo 646, señalando que el cómputo empieza desde que se tuvo conocimiento o noticia del nacimiento del último hijo (en el caso de superveniencia) o de la existencia del que se creía muerto (en caso de supervivencia). Dicho plazo es de caducidad. La acción de revocación es irrenunciable y transmisible sólo "mortis causa" a los hijos y descendientes del donante.

Hay hijos que impiden la revocación porque su nacimiento ocurrió antes de efectuarse la donación y estaban vivos al hacerla, ya que si estaban vivos al realizarla, porque habían nacido antes, pero muerto también antes de donar, el donante no tiene hijos al donar⁹⁹.

Nos podemos plantear la siguiente cuestión: ¿qué ocurre con la cosa objeto de la donación si ésta ha perecido a consecuencia de su fungibilidad, a instancia del donatario?. Antes diremos que si conserva el donatario la cosa donada, la restituirá, pero los actos de disposición total o parcial son válidos; por tanto si ha sido enajenada o por cualquier motivo no puede ser restituida, abonará al donante su valor al tiempo de la donación; si la ha hipotecado o impuesto otro gravamen, el donante le podrá reclamar el valor del gravamen. Este es el sentido que se desprende del artículo 645 del Código civil.

Como consecuencia de este carácter retroactivo, el donatario no devolverá los frutos, sino sólo a partir de la

⁹⁹.- DIAZ ALABART. S. Comentarios al Código civil y Copilaciones Forales. T.VIII, Vol. 2 . Madrid 1986. pág. 307.

Continúa diciendo esta autora en relación con los hijos del donante que permiten pedir por superveniencia la revocación de la donación realizada por aquél son los nacidos después de ésta y que están vivos al revocar. Interpretando el artículo 644, da igual que esos hijos sean o no matrimoniales, ya que el precepto habla de "que el donante tenga, después de la donación, hijos aunque sean póstumos".

En relación con la supervivencia, el párrafo 2 del artículo 644 establece que los hijos que permiten pedir la revocación son los que viven al tiempo de la misma, ya que al tiempo de la donación el donante los reputaba muertos o no creía tenerlos. Cualquier conocimiento por parte del donante de la existencia de hijos, le priva de potestad para pedir la revocación. (op. cit. pág. 307).

interposición de la demanda¹⁰⁰.

Debemos señalar respecto a este motivo de revocación de la donación, que aparte de ser un acto unilateral por parte del donante no tiene nada que ver con el desistimiento, ni con el incumplimiento, ya que no se da ninguno de los elementos necesarios para que sea posible su desarrollo, como es el caso del deber de indemnizar a la parte perjudicada por el acto y la existencia de justa causa o justos motivos que motiven la revocación.

REVOCACION POR INCUMPLIMIENTO DEL MODO: El artículo 647 establece en primera línea que "la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso". Con *condiciones* quiere decir el Código cargas o lo que es lo mismo el modo, estando regulada la donación modal pero no la condicional¹⁰¹.

Se precisa el ejercicio de una acción judicial a fin de que prospere la revocación para cuya intrpretación el Código

¹⁰⁰.- Vid. O'CALLGHAN MUÑOZ, J Compendio...op. cit. pág. 105.

¹⁰¹.- Vid. en este sentido ALBALADEJO GARCIA, M. Comentarios al Código civil...op. cit. pág. 371.
 Los antecedentes históricos de la revocación de la donación por la causa que nos ocupa se sitúan en el Código civil francés en su artículo 953.
 También el Proyecto de 1851 recogió esa causa de revocación de la donación en el artículo 946, e igualmente el Anteproyecto de Código de 1882-1888 en el 646-1.
 En Derecho histórico, el Fuero Real, 3,12,1, también lo recogía, al igual que la Partida 5,4,6.

preceptúa un plazo de cuatro años para poder interponerla.

Los bienes, a causa de su carácter retroactivo volverán al donante, quedando ineficaces los actos de disposición tanto total como parcial del donatario incumplidor¹⁰².

Es más clara la figura de la revocación por incumplimiento de las cargas de la donación, concretamente y en opinión de ALBALADEJO se acomoda dentro de la resolución por incumplimiento recogida en el artículo 1124, ante lo cual ha sido criticada la terminología que utiliza el Código civil para denominar a la figura¹⁰³.

Nosotros nos adherimos a dicha crítica proponiendo la sustitución del término "revocación" por la expresión "resolución por incumplimiento de las cargas", dejando también clara la idea de incumplimiento del modo y no de las condiciones.

REVOCACION POR INGRATITUD: El Código civil considera causa de revocación de la donación determinadas conductas llevadas a cabo por el donatario. están recogidas en el artículo 648, las cuales,

¹⁰².- Así es como se expresa el artículo 647 del Código civil, completado por el 651 en relación con los frutos, los cuales deben ser devueltos desde el momento que incumplió el modo.

¹⁰³.- LACRUZ BERDEJO, J.L. Elementos de Derecho civil. J^o. Vol.3 .Barcelona 1979. pág. 66.
En el mismo sentido SCAEVOLA, Q.M. op. cit. pag. 897. GARCIA GOYENA, F. op. cit. artículo 964.

en opinión de O'CALLAGHAN, tienen un sentido más social que jurídico¹⁰⁴. Dichas causas son las siguientes:

- 1 .- Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra o los bienes del donante.
- 2 .- Si el donatario imputase al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer o los hijos constituidos bajo su autoridad.
- 3 .- Si le negase indebidamente los alimentos.

La mayoría de la doctrina, ante la enumeración que hace el citado artículo, se limita a interpretarlo en el sentido de establecer una correlación entre el Código civil y el penal¹⁰⁵ y, plantearse la posibilidad de establecer otros motivos no recogidos en dicho artículo pero que pudieran dar lugar a causa de revocación por ingratitud, pudiendo ser conductas no castigadas penalmente.

También podría considerarse un incumplimiento por parte del

¹⁰⁴.- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. Compendio...op. cit. pág.107.

¹⁰⁵.- Vid. PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho civil. T.I. Vol. 2 . Barcelona 1976. pág. 99 y ss. DIEZ-PICAZO, L. Las causas de revocación de donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante. Estudios de Derecho Privado. Madrid 1980. págs. 209 a 223.

En sentido contrario DIAZ ALABART, S. considera que no hay ninguna remisión al Código penal, debiéndose entender el término delito no en un sentido penal sino como "acto ilícito doloso de alguna trascendencia, es decir, conducta socialmente condenable de cierta entidad ejecutada de propósito". (Comentarios al Código civil...op. cit. pág. 427.)

donatario, aunque en un sentido mucho más estricto que el anterior ya que la conducta en este caso no está referida única y exclusivamente a la donación en sí, sino a un comportamiento irregular al margen de la donación que hace recapacitar al donante instando la revocación¹⁰⁶.

B: Fundamento de la revocación.

El cambio de voluntad en la persona del donante tendente dejar sin efecto un negocio jurídico, en otro momento constituido, está fundamentado en la idea de que si el donante hubiera conocido de las causas que lo inducen a la revocación -ya sea superveniencia, supervivencia, ingratitud o incumplimiento de las cargas- no hubiera efectuado la donación.

Un sector de la doctrina considera que lo que se quiere proteger con la revocación de la donación es al donante, ya que es a su patrimonio al que revierten los bienes que fueron objeto de la donación revocada¹⁰⁷, otros autores, en cambio, sobre todo en el caso de revocación por causa de superveniencia o supervivencia de los hijos, piensan que el interés descansa en

¹⁰⁶.- La sentencia de 23-octubre-1983 es una muestra de ello, al llevar a cabo la donataria una conducta que sin ser delito es socialmente reprochable y que lleva a sus padres a invocar la revocación.

¹⁰⁷.- BIONDI, B. Le donazioni. 1961. (En el Trattato de Vasalli). Número 346.

los hijos o descendientes, puesto que es en razón de su existencia por lo que se permite revocar la donación y porque, al revocarse el patrimonio de su progenitor éste recobra los bienes que fueron objeto de la donación, teniendo por tanto mayores expectativas económicas sobre su futura sucesión¹⁰⁸.

Nosotros creemos que el fundamento de la revocación de la donación, sea por el motivo que sea fuera, reside en el interés exclusivamente del donante, por suceder acontecimientos imprevistos, una vez realizada la donación, que tergiversan la razón por la cual llevó a cabo en su momento la donación, y que, de haberlo sabido, no hubiera efectuado.

¹⁰⁸.- BAUDRY-LACANTINERIE Y COLIN, H. Delle donazioni tra vivi e dei testamenti (en la traducción italiana del Traité de BAUDRY-LACANTINERIE). Número 1691.

6.- Contrato de depósito.

La relación contractual denominada depósito tal y como la define el Código civil en el artículo 1758 cuando dice: "(S)e constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla"¹⁰⁹, es también objeto de extinción por la voluntad de una de las partes que constituyeron el contrato en otro momento. Es por este motivo por el que lo incluimos entre las distintas manifestaciones del desistimiento o de la extinción por voluntad unilateral.

De la definición que aporta el Código se deduce la naturaleza jurídica de contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa por el depositante al depositario. Otras características son la gratuidad, salvo pacto en contrario, y la unilateralidad en cuanto que sólo nacen obligaciones para el depositario¹¹⁰.

¹⁰⁹.- Ya el Proyecto de 1851 en el artículo 1658 consideraba depósito todo acto por el que uno recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla en la misma especie, estableciendo en el artículo siguiente la existencia de dos clases de depósito: el propiamente dicho y el secuestro.

¹¹⁰.- Las obligaciones del depositario son las de custodia y retribución. Si es retribuido, el contrato es bilateral ya que, frente a las obligaciones del depositario, está la del depositante de pagar la retribución pactada como contraprestación de aquellas.

Así las cosas, tenemos obligaciones de custodia y restitución para el depositario y obligaciones de retribución e indemnización a cargo del depositante. (O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. op. cit. pág. 336).

En cuanto a las diferentes clases de depósito diremos que la clasificación que a este respecto hay es la siguiente: depósito voluntario u ordinario, depósito irregular y depósito necesario. Estando plasmado en el Código civil en los artículos 1763, y 1781 el depósito voluntario y el necesario. En lo relativo al depósito irregular ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que se ha preocupado de establecer las líneas por las cuales discurre considerándose como tal aquél por el que el depositario tiene permiso expreso del depositante para usar la cosa¹¹¹.

A: Análisis de los artículos 1775 y 1776 del Código civil.

Estos dos artículos contemplan la posibilidad totalmente lícita de que se adelante la extinción del contrato de depósito, a pesar de que se haya señalado un plazo posterior para la finalización, por voluntad e interés del depositante- artículo 1775- y del depositario, artículo 1776.

En opinión de ALBALADEJO GARCIA, el primero de los preceptos señalados se justifica sobre la base de que el deponente renuncia a su derecho a que la cosa le siga siendo guardada, derecho que es renunciabile antes del transcurso del

¹¹¹.- LACRUZ BERDEJO, J.L. Elementos de Derecho...op. cit. pág. 377).

tiempo por el que se concedió aunque conforme a la buena fe, no podrá exigir la devolución intempestivamente¹¹².

LACRUZ considera que lo que este precepto hace es establecer un derecho a *denunciar* el contrato, lo que, en principio, puede ejercitar el deponente en cualquier momento¹¹³.

Cuando no se haya convenido un término, el depositario debe restituir en cualquier momento que le pida el deponente la restitución, y el depositario puede pedir en cualquier momento que el deponente se haga cargo del depósito, siempre que actúe conforme a la buena fe¹¹⁴.

En el caso de que se haya establecido un plazo para la devolución de la cosa objeto del depósito, tal y como se expresa en el artículo 1775, también se puede pedir anticipadamente la devolución, sin más requisitos que la existencia de buena fe.

Así las cosas, la posibilidad de renuncia por parte del deponente o del depositario no depende en absoluto de que se haya

¹¹².- ALBALADEJO GARCIA, M. Derecho civil...op. cit. pág. 327 y 328.

¹¹³.- LACRUZ BERDEJO, J.L. Elementos...op. cit. pág. 241.

¹¹⁴.- ROCA JUAN, J. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T.XXII. Vol.1.
Madrid 1982. pág. 269.

o no establecido un plazo para la finalización de contrato, sino de la voluntad de querer dejar la custodia objeto del contrato o de que la cosa vuelva a su poder; con el único requisito-artículo 1776- de la buena fe y de la existencia de *justos motivos* para el caso de que sea el depositario el que renuncie a la custodia y conservación de la cosa.

¿Qué se entiende por *justos motivos*? En opinión de ROCA JUAN no cabe establecer apriorísticamente un elenco de motivos justos alegables por el depositario para descargarse del deber de custodia, extinguiendo el contrato antes del plazo convenido. Motivos justos puede tenerlos el depositario, tanto de carácter objetivo -derivados de la naturaleza de la cosa que exija cuidados imprevistos para su conservación- como subjetivo- necesidad de ausentarse, un cambio en las circunstancias personales del depositario-. Pero en cualquier caso la existencia del plazo exige que los motivos sean *justos*¹¹⁵.

Es la persona del depositante la que debe estimar la procedencia o no de los motivos alegados por el depositario, pudiéndose negar a recibir la cosa, ante lo cual la otra parte puede obtener por vía judicial la consignación que lo liberará de sus obligaciones, si el juez encuentra justo el motivo

¹¹⁵.- ROCA JUAN, J. *op. cit.* pág. 272.

alegado¹¹⁶.

B: Fundamento de la facultad de renuncia en el depósito.

Al tratarse de un contrato de naturaleza real el fundamento de la facultad de renuncia ya sea por parte del deponente o del depositario, dando por supuesta la buena fe, reside en el interés de la conservación y perfecto estado de la cosa, ya que si el depositario no se encuentra facultado para la conservación del objeto del depósito se le debe de facultar u otorgar el derecho a la renuncia del contrato en beneficio de la cosa en sí.

En realidad, ésta puede ser la justificación de que sea el depositario el que renuncie. En el supuesto de que estemos ante el caso de renuncia por el depositante la justificación de dicho hecho puede estar en la apreciación de un incumplimiento por parte de la persona a la que se le encargó la custodia o en la necesidad que le puede surgir, de tener antes de tiempo la cosa depositada.

¹¹⁶.- Esto es lo que recoge el artículo 1776 cuando dice: "...y si éste lo resiste, podrá obtener del juez la consignación".

DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, consideran "justos motivos" un incumplimiento de sus obligaciones por parte del depositante y un temor fundado de sufrir un daño como consecuencia de la continuación del depósito. (Sistema de Derecho...op. cit. pág.450).

7.- Otras manifestaciones del desistimiento.

Analizados los supuestos contractuales en los que aparece el desistimiento y algunas otras figuras que ocasionan la extinción o desaparición de la relación obligatoria de forma unilateral, pasamos al estudio de aquellas otras manifestaciones del desistimiento que gozando o no de la misma naturaleza jurídica de la institución, pueden desde luego encajarse dentro de las excepciones a cualquier extinción anticipada que no se lleve a cabo por *mutuo disenso* y que no están recogidas en el Código civil sino en legislaciones especiales y complementarias.

A: Ley de arrendamientos urbanos.

¿Es posible el desistimiento unilateral en un arrendamiento de finca urbana, sea por parte del arrendador o del arrendatario?.

La ley de arrendamientos urbanos en el capítulo IX, sección primera, expone las causas de resolución del arrendamiento, concretamente en los artículos 114, 115, 116 y 118, no utilizando en ningún momento la expresión desistimiento, sino la de resolución para dar a entender que el contrato desaparece por voluntad del arrendador o del arrendatario.

Ahora bien, nosotros creemos oportuno señalar que no tiene nada que ver el desistimiento, como figura jurídica de carácter extintivo y excepcional que hemos analizado en páginas anteriores, con la resolución tal y como está planteada por la ley de arrendamientos urbanos ya que en todo momento lo que se quiere dejar patente es la idea de una extinción anticipada por causa de incumplimiento de una de las partes, sea el arrendador o el arrendatario¹¹⁷.

Además no se puede entender, en opinión de FERRER, que la resolución es de carácter unilateral, sino bilateral porque ha sido llevada a cabo por mutuo acuerdo de los contratantes, desde el momento que el inquilino o el arrendador, según se trate, acepten los motivos esgrimidos y voluntariamente procedan de forma consecuyente¹¹⁸.

En otra línea, perteneciente al Derecho alemán, nos encontramos con que se considera la resolución del contrato de arrendamiento urbano, en el caso de que sea el arrendatario el

¹¹⁷.- Es por lo que se asemeja más a un incumplimiento contractual tal y como está plasmado en el artículo 1124, aunque como veremos no hay por qué dirigirse a este precepto, sino que las consecuencias de dicho incumplimiento también están recogidas en la propia ley.

Así es como se expresa el artículo 116 al decir que el "...perjudicado podrá optar entre dar por terminado el contrato o exigir que cese la perturbación, que se ejecuten las reparaciones o que se presten los servicios o suministros, y, en cualquier caso, tendrá derecho además, al abono por arrendador de las indemnizaciones siguientes...."

¹¹⁸.- FERRER, D. La resolución del contrato de arrendamiento urbano por necesidad del propietario. R.D.Priv. 1951. n.º. 408. pág. 227.

que lo efectúe, no como un desistimiento sino como un derecho de rescisión sin sujeción a plazo siempre que concurren los presupuestos exigidos por el artículo 512, consistentes en que el uso convenido en el contrato no haya sido aplicado oportunamente en todo o en parte, o haya sido después privado de él, y que el arrendador haya dejado transcurrir el plazo adecuado que le haya concedido el arrendatario sin proporcionarle ayuda alguna¹¹⁹.

B: Ley de venta de bienes muebles a plazos.

La ley 50/ 1965 de 17 de julio y el decreto 1193/ 1966 de 16 de mayo recogen la normativa existente en todo lo referente a la venta de bienes muebles a plazos.

El artículo 8 de esta ley dice:

"si se hubiere pactado, el comprador podrá desistir del contrato dentro de los tres días siguientes a la entrega de la cosa, comunicándolo por carta certificada o de otro modo fehaciente al vendedor, siempre que no hubiera usado de la cosa vendida más que a efectos de simple examen o prueba y la devuelva, dentro del mismo plazo, en el lugar, forma y estado en que la recibió, libre de todo gasto para el vendedor".

¹¹⁹.- LARENZ, K. Derecho de obligaciones...op. cit. T.II.C.V. pág.211.

El hecho de recoger la expresión "si se hubiera pactado", exime al precepto de carácter imperativo porque éste se pondrá en práctica, solamente:

- 1 si las partes lo han establecido así previamente, pues de lo contrario no cabe su aplicación y,
- 2 si lo han incluido en el contrato pueden modelarlo a su voluntad, regulando sus perfiles y detalles aun al margen de los plazos y requisitos establecidos por el precepto.

La misma expresión la excluye de la categoría a la que pertenece el desistimiento como facultad para extinguir unilateralmente un contrato, ya que éste por regla general no se lleva a cabo por previo pacto de las partes, sino por decisión unilateral de la parte que así lo quiere.

SALVADOR BULLON considera dicha facultad como desistimiento del comprador previa la existencia de pacto y de unos requisitos consistentes en:

- No uso de la mercancía, más que a efectos de prueba o simple examen.
- Notificación al vendedor; y
- Devolución de la cosa al vendedor¹²⁰.

¹²⁰.- SALVADOR BULLON ,H. Las ventas a plazos según la nueva ley. Madrid 1966. pág.22.

En el Derecho suizo no hace falta la existencia de pacto para que el comprador goce del derecho al desistimiento, el cual está establecido imperativamente por la ley, pudiendo el comprador ejercitar tal derecho dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que reciba una copia del contrato mediante notificación del vendedor¹²¹.

BERCOVITZ considera que es francamente gravosa para el comprador la existencia de tan estrictos e imperativos requisitos observables por el comprador, pudiéndose regular sin plazo de caducidad -la ley establece tres días a partir de los cuales no se podrá desistir de la compra realizada-, ya que podría incluirse en el artículo 6-1 de la misma ley y completado por el 1255 del Código civil al tratarse de preceptos que se completan¹²².

Así las cosas nosotros no incluimos en la categoría propia del desistimiento unilateral, el derecho del comprador de poder desistir de la compra efectuada en su momento, sino en la categoría de desistimiento consensuado¹²³.

¹²¹.- BAUDO DEL CASTAÑO, V. Regimen jurídico de las ventas a plazos. Madrid 1974. pág. 12.

¹²².- BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R. Las ventas a plazos de bienes muebles. A.D.C. 1966. pág.157.

¹²³.- Vid. supra capítulo 353 pág.

C: Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

La Ley 26/1984 de 19 de julio para la defensa de los consumidores y usuarios contempla una prohibición, en su artículo 10-2, a que una de las partes extinga el contrato. Cuando señala los requisitos que deberán respetar las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen con carácter general al exigir entre otros buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones considera excluida :

"las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario ".

Se excluye la facultad de desistir a cualquiera de las partes contratantes, y si se diera el caso tendríamos que acudir al del artículo 1124 del Código civil, ya que estaríamos ante un incumplimiento contractual.

Ante esto nosotros nos planteamos las siguientes cuestiones:

1 .- ¿Sólo es aplicable el desistimiento a la oferta, promoción o venta de productos o servicios pudiéndose aplicar la resolución unilateral a todo lo que no se considere como tal?. ¿Quedan excluidas de dicha prohibición las reconocidas al comprador en

las modalidades de venta por correo, a domicilio, y por muestrario?.

Al no decir nada la ley al respecto nosotros interpretamos su silencio en el sentido de conceder la facultad de resolver unilateralmente el contrato celebrado en todos los supuestos no enumerados en el artículo 10.

D: Ley orgánica de 1982/5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Lo que de esta polémica ley nos interesa son determinados preceptos referentes a la posibilidad de revocación del consentimiento dado en un determinado momento y a su conexión con la irrenunciabilidad de estos derechos recogidos también en la misma ley.

Pasamos transcribir tres disposiciones por la importancia que tienen y por la conexión que hay entre ellos.

Artículo 1-3 : "...el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es IRRENUNCIABLE, INALIENABLE e IMPRESCRIPITIBLE. La renuncia a la protección de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta ley serán declarados nulos..."

Artículo 2-2 :..no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular de derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

Artículo 2-3 :.. el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Es admisible disponer parcialmente de la intimidad, pero no del honor, si bien es necesario abordar esta posible distinción ateniéndonos al pluralismo ideológico recogido en la Constitución.

Tras determinar la indisponibilidad de estos derechos como principio general y declarar la nulidad de la renuncia a la protección en nuestra ley fundamental prevista, se alude a la posibilidad de que el titular, mediante acto expreso, disponga de aspectos de tales derechos, pudiendo revocar posteriormente dicha autorización¹²⁴

Diremos que tales renunciaciones a los derechos protegidos no tienen cabida en los supuestos de desistimiento que hemos tratado, a causa de la inexistencia de relación contractual

¹²⁴.- CLAVERIA GOSALVEZ, L.H. Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley orgánica de 5 de mayo de 1982. A.D.C. 1983. pág. 1126.

alguna que faculte a una parte a desistir de la misma. En este caso estamos ante una renuncia de derechos personalísimos permitida en el artículo 6 del Código civil con las limitaciones de que "...no contraríen el interés público ni perjudiquen a terceros".

E: Ley general de publicidad.

En el artículo 18 de la ley 121/1988 de 13 de junio se dice:

"Si la agencia injustificadamente no realiza la prestación comprometida o lo hace fuera del término establecido, el anunciante podrá resolver el contrato y exigir la devolución de lo pagado, así como la indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, si el anunciante resolviere o incumpliere injustificadamente y unilateralmente el contrato con la agencia sin que concurren causas de fuerza mayor o lo incumpliere sólo de forma parcial o defectuosa, la agencia podrá exigir la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar.

La extinción del contrato no afectará a los derechos de agencia por la publicidad realizada antes del incumplimiento".

No hay ninguna duda al afirmar que no estamos ante un desistimiento sino ante un claro incumplimiento contractual que tiene su propia regulación no necesitando de normas complementarias, como podía ser el artículo 1124 del Código para su sanción.

F: Contratos de carácter mercantil.

El desistimiento unilateral en el contrato mercantil es perfectamente lícito, estando así expresamente reconocido por la ley.

Destaca el contrato de agencia, el cual es un contrato mercantil atípico mediante el cual una persona física o jurídica representa continuamente a un empresario en la preparación de una serie de contratos mercantiles efectuados en una zona determinada, a cambio de una retribución que consiste generalmente en un porcentaje sobre las operaciones concertadas¹²⁵.

Ahora bien, por la cantidad de contratos de este tipo que se hacen se han planteado problemas a nivel laboral y mercantil también a causa de las denuncias unilaterales de las partes, las cual son frecuentemente utilizadas queriendo significar aquel acto realizado por un contratante mediante el cual comunica a la otra parte su voluntad de poner fin a la vigencia de la relación. No hace falta la existencia de "justa causa", sobre todo cuando el agente haya cumplido fielmente sus obligaciones.

¹²⁵.- RAGEL SANCHEZ, L. La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado. A.D.C., 1985. pág. 61 a 87.

Aparece en el contrato de duración indeterminada o de tracto sucesivo y generalmente es reconocida dicha facultad por el elemento confianza que caracteriza a estos contratos y que ante la pérdida de la misma se faculta para la denuncia y extinción de la relación que los unía.

Procederá la indemnización, considerándose como un incumplimiento, cuando se produzca dicha denuncia sin justa causa por parte del que la efectúa¹²⁶.

¹²⁶.- La sentencia de 30-noviembre-1964 resolvió un caso de denuncia unilateral en un supuesto de agencia de seguros, concediendo derecho de indemnización al agente, argumentando que la reglamentación de seguros y el contrato, no habían previsto la denuncia unilateral sin justa causa como motivo de extinción.

El Tribunal Supremo no aplicó las normas de la comisión mercantil, y lo calificó como mandato que une la explotación de un negocio común, lo que justifica el derecho del agente a ser indemnizado.

En el mismo sentido las sentencias de 17-diciembre-1973, 21-abril-1979, 21-octubre-1966, 14-febrero-1973.

CONCLUSIONES

Finalizado el trabajo que sobre el desistimiento unilateral hemos llevado a cabo, procede exponer, con espíritu sintético, las conclusiones extraídas de nuestra investigación.

PRIMERA: El particular puede crear, modificar y extinguir relaciones de valor jurídico análogo a las derivadas de las leyes.

La primera de las funciones que mira a la autonomía de la voluntad como constitutiva de relaciones jurídicas, no plantea dudas en el sentido de que cualquiera tiene en sus manos la decisión en torno a celebrar o no un contrato.

Pero esta idea de la autonomía de la voluntad está configurada conforme al principio del acuerdo de voluntades, cuya eficacia jurídica aunque no esté reconocida por el ordenamiento jurídico como causa de extinción, queda sobradamente demostrada por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

En cambio, hay más dificultades para admitir que la voluntad unilateral por sí sola pueda hacer que surjan, se modifiquen y desaparezcan relaciones contractuales. La posibilidad de extinción unilateral, llamada desistimiento,

producirá, sin necesidad de que intervengan todas las partes que participaron en la constitución del contrato, la desaparición del negocio revestido de plena validez y eficacia jurídica.

SEGUNDA: Es preciso distinguir terminológica y conceptualmente, la denuncia del desistimiento, considerándose a éste como una subespecie de aquélla.

Ante la necesidad de establecer con carácter unánime y general criterios terminológicos precisos encaminados a efectuar una correcta conceptualización de la figura del desistimiento, de manera que quede encuadrado en una categoría especial y autónoma dentro de los modos de extinción del contrato, nos hemos pronunciado en el sentido de considerar a la DENUNCIA como una categoría general en la cual van a tener cabida todas aquellos otros vocablos, incluido el *desistimiento* que aunque suponen una extinción unilateral, en nuestra opinión tendrán más limitado su ámbito de aplicación, considerando denuncia toda facultad unilateral de extinguir obligaciones o relaciones contractuales, sin especificar aquellos contratos en los cuales puede aplicarse, ya sea porque la ley así lo establezca o porque se haya concebido dicha facultad en el negocio constitutivo de la obligación.

TERCERA: Es preciso distinguir con precisión los conceptos "desistimiento" e "incumplimiento".

A) Nada tiene que ver el "acto de desistir" con el "incumplimiento contractual". El hecho de que una parte no cumpla lo comprometido, siempre y cuando la otra sí haya llevado a justo término lo que le incumbía, pone inmediatamente en funcionamiento el mecanismo de la acción resolutoria por incumplimiento regulada en el artículo 1124 del Código civil, para el caso de las obligaciones recíprocas, y planteando desde ese mismo momento, la cuestión de la responsabilidad contractual.

Desistir no es incurrir en responsabilidad, sino hacer uso de una facultad permitida por la ley o por una cláusula introducida por las partes en el contrato que permite abandonar y, como consecuencia, extinguir anticipadamente el contrato.

Unicamente, se está obligado a observar un plazo de preaviso y, en ocasiones a indemnizar a la otra parte el perjuicio que su conducta le puede suponer, como consecuencia del desistimiento, pero no del incumplimiento.

B) En el mismo sentido, cuando el desistimiento unilateral no esté previsto por las partes del contrato, o por la ley, el hecho de desentenderse o desvincularse de su obligación por parte del deudor, sólo podrá considerarse como incumplimiento, abriendo la vía de las acciones de responsabilidad contractual.

CUARTA: Al no existir una norma que, con carácter general manifieste cómo, cuándo y quienes pueden llevar a cabo el desistimiento, sería necesaria la referencia constante al artículo 1594 del Código civil que, referido al supuesto concreto del contrato de obra, es el único que ofrece datos para la construcción del regimen jurídico general del desistimiento unialter...

Si la búsqueda la limitamos única y exclusivamente a la expresión *desistimiento* y a los requisitos necesarios para la validez del mismo, esto es, declaración de voluntad recepticia, buena fe, relación de carácter duradero, fundamento en la recíproca confianza de las partes y efectos *ex nunc*, nos encontramos con que es el artículo 1594, relativo al contrato de obra, el que permite que la persona del comitente o dueño de la obra sea el que quiera dejar de participar en la obra, en un principio acordada con el contratista.

Este reducido campo de aplicación del desistimiento, a causa de la pobreza de normas sobre el mismo, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a elucubrar sobre su aplicación o no a otras figuras contractuales, que, si bien no asumen dicha expresión, si reúnen los demás requisitos para que cualquiera de las partes desista; considerándose así desistimiento a la *renuncia* del mandatario, a la *revocación* del mandante y a la *renuncia* del socio, entre otros casos posibles.

Así las cosas, la cuestión arriba planteada quedaría resuelta con la elaboración e incorporación al Código civil de una norma que con carácter general, como es el caso del artículo 1373 del Código civil italiano, expusiera la posibilidad de desistir de una relación obligatoria cuando concurren los supuestos o requisitos exigidos para la plena validez de la misma.

QUINTA: Por la razón aludida, el artículo 1594 ha de ser considerado como exponente de una figura de alcance general, que trasciende el supuesto legal expresamente previsto y susceptible de una cierta aplicación analógica a supuestos semejantes, a pesar de su carácter excepcional respecto del principio de "pacta sunt servanda".

Aun reconociendo el carácter excepcional de esta figura, que daría lugar a una interpretación restrictiva, pensamos que, en consideración a la exigencia de que la vinculación obligatoria no sea nunca indefinida, ni mucho menos perpétua, una interpretación restrictiva lo que impediría será una generalización absoluta del desistimiento a todo supuesto contractual, pero no excluiría la posibilidad de considerar a los supuestos legales admitidos como indicios suficientes para detectar la existencia de una "ratio unitaria" y de un "principio

general" que permitiera la aplicación analógica de los mismos a otros supuestos que, aun no viniendo expresamente recogidos en la ley como tales, poseen elementos comunes que justifican la admisión del desistimiento, piénsese especialmente en los contratos atípicos en los que, por hipótesis, la ley no ha tenido ocasión de conceder o no la posibilidad del desistimiento unilateral.

En concreto, y refiriéndonos al artículo 1594, la facultad de desistimiento que este precepto concede al dueño de la obra ha sido diversamente interpretada por la doctrina. La jurisprudencia le ha infundido carácter restrictivo, limitando la figura a la aplicación de las obras realizadas por ajuste o precio alzado, ya que al tratarse de una facultad tan excepcional y posiblemente perjudicial para el contratista, el uso de la misma no debe, en la opinión jurisprudencial ampliarse más allá de los supuestos realizados bajo dicha modalidad.

Nosotros nos inclinamos por considerar la facultad que posee todo dueño de una obra de poder desistir de la realización de la misma, a pesar de que se esté ejecutando, y sin necesidad de alegar justo motivo o causa que justifique dicha actuación, como una excepcional forma de extinguir un contrato de unas características especiales. Es excepcional, porque no es la forma habitual de darse por terminado un contrato, pero, por estar expresamente recogido en la ley, posee plena validez jurídica no

debiendo ser absolutamente restringido su campo de aplicación.

Por estas razones, y porque la indemnización consistente en todos los gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener el contratista de la obra, si ésta se hubiera realizado, hace que el perjuicio sea reparable, consideramos ampliable dicha figura al menos a cualquier modalidad contractual relativa a la realización de una obra, no teniendo por qué estar limitada a las obras realizadas por ajuste o precio alzado; y pudiéndose, por tanto poner en práctica en los contratos de obra por unidad de medida y en los realizados por concesión administrativa.

SEXTA: Al emplearse el desistimiento unilateral como una forma más de extinción de las obligaciones, creemos necesaria su incorporación al artículo 1156 del Código civil.

Tal propuesta descansa en la idea de que en la práctica es utilizado al desistimiento en numerosas e indiscriminadas ocasiones, dando lugar a situaciones en las que en las que se pone en peligro el principio de seguridad jurídica y de justicia contractual, como consecuencia del silencio legal al respecto.

Con todo, y por lo expuesto en las conclusiones anteriores, la incorporación de la figura al artículo 1156 no debe hacerse de forma indiscriminada, considerando al desistimiento como una

causa general de extinción de todos los contratos.

El ámbito de aplicación de nuestra figura, lo hemos dicho ya, queda reducido a los supuestos en los que las partes así lo han previsto, los supuestos legalmente admitidos, y, por último, según nuestra opinión, los supuestos no regulados que guarden analogía con los regulados por la ley.

Por ello al artículo 1156 debería añadirse una nueva causa de extinción que dijera así: "por desistimiento unilateral, en los casos en que proceda".

INDICE ALFABETICO DE AUTORES CITADOS.

ALBALADEJO GARCIA, M.:

- Derecho civil. II. Derecho de Obligaciones. V.II. Barcelona 1983.

- Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. T.VIII. V.2 . (artículos 618 a 656). Madrid 1986.

- Sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones. R.D.Priv. 1977. págs. 6 y ss.

- Estudios de Derecho civil. Barcelona 1955.

- Curso de Derecho civil español, común y foral. V.I. Introducción y parte general. Barcelona 1987.

ALLARA, D.:

- Le nozione fondamentale del Diritto privato. T.I. Torino 1956.

ALONSO PEREZ, M.:

- Sobre la esencia del contrato bilateral. Salamanca 1967.

ALVAREZ VIGARAY, R.:

- La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Barcelona 1972.

ANDREOTTI, D.:

- Mandato civil. Il Nuovo Digesto Italiano. VI.VIII. Torino 1939. pág. 82.

- La cesione del contratto. Padova 1955.

ARANGIO RUIZ, V.:

- Instituciones de Derecho romano. Traducción de José M .Caranés Ferbo. Buenos Aires 1986.

ARCO, M.A. y PONS, M.:

- Derecho de la construcción. Madrid 1980.

ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET.:

- Derecho Romano. T.I. Madrid 1977.

ASCARELLI, B.

- Apunti di Diritto commerciale. Il società e associazioni commerciali. Roma 1936.

AUBRY Y RAU,:

- Cours de Droit civil français. Paris 1902.

AVANZO, W, (D') .:

- Recesso. (voz). Novissimo Digesto Italiano. (Diritto civile). Torino 1960.

- Derecho de obligaciones. T.I. (Versión española y notas de Santos Briz, J.). Madrid 1959.

BADENES GASSET, R.:

- El contrato de compraventa. Barcelona 1979.

BALDO DEL CASTAÑO, V.:

- Régimen jurídico de la venta a plazos. Madrid 1974.

BARASSI, L.:

- Istituzione di Diritto privato. Milano 1937.

- Trattato delle obbligazioni. (Il contratto di lavoro). Torino 1927.

- La Teoria generale delle obbligazioni. T.II. Milano 1948.

BARBERO, D.:

- Il Diritto soggettivo. Foro italiano. T.IV. Torino 1939.

BAUDRY-LACANTINEIRIE Y COLIN, H.:

- Delle donazioni e dei testamenti (en la traducción italiana del Tratado de BRAUDY-LACANTINEIRIE). N .1961.

BENDERSKY MADRID, J.:

- Incumplimiento de contrato. (La cláusula resolutoria en el Derecho civil y comercial). Buenos Aires 1967.

BERCOVITZ Y RODRIGUEZ CANO, R.:

- Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T.XVI. Artículos 1156 a 1213. Madrid 1980.

- Las ventas a plazos de bienes muebles. A.D.C. 1966. pág 157.

BETTI, E.:

- Teoría general del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el Derecho español por Marín Pérez. A. Madrid 1969.

- Risoluzione di affitto sociale per licenza di un solo affittuario. Milano 1924.

BIONDI, B.:

- Istituzioni di Diritto romano. Milano 1956.

- Le donazioni. (En el trattato de Vassalli). Milano 1961. N 346.

BLANCO SOLER, A.:

- Contrato sobre construcción de edificios. R.C.D.I. 1943. n 185. págs. 648 a 660.

BOCCARA, B.:

- De la notion de promesse unilatérale. J.C.P. 1970. n 2357.

BONEL Y SANCHEZ.:

- Código civil español. T.IV. Barcelona 1891.

BONET, R.:

- Las instituciones civiles. R.D.Priv. 1953. pág 205.

BONILLA SANMARTIN, :

- De la volonté unilatérale considérée comme source des obligations. Paris 1891.

BORREL MACIA, A:

- Arrendamiento de obras. (Voz). Nueva Enciclopedia jurídica. Seix.madrid 1982. pág.904.

CABANILLAS SANCHEZ, A.

- La recepción de obra. A.D.C. 1978. T.XXXI. págs. 287 a 314.

CALLEGARI, D.:

- Il recesso unilaterale dal contratto. Parte segunda. C.IV. Torino 1939.

CAMARA MINGO, D.:

- Tratado práctico del derecho referente a la construcción y a la arquitectura. Madrid 1964.

CAMUS, E.:

- Código civil explicado. T.IV. La Habana 1945.

CANO MARTINEZ DE VELASCO.:

- La renuncia a los derechos. Barcelona 1986.

CAPILLA RONCERO, F.:

- Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. T.XXI. Artículos 1665 a 1708. Madrid 1986.

CAPITANT, H.:

- Introduction à l'étude du Droit civil. Paris s/f.

CARBONNIER, J.:

- Droit civil. V.IV. Les obligations. Paris 1979.

CARIOTA-FERRARA, L.:

- El negocio jurídico. Traducción de Albaladejo García, M. Madrid 1956.

CARNELUTTI, F.:

- Del recesso unilaterale nel mandato di commercio. Palermo 1910.
- Sistema de diritto civile. Roma 1923.

CASARES, J.:

- Diccionario ideológico de la lengua española. Real Academia española. Voz. denuncia. Barcelona 1979.

CASSO ROMERO (DE) Y CERVERA JIMENEZ-ALFARO.:

- Diccionario de derecho Privado. Voz renuncia. Barcelona 1950.

CASTAN TOBEÑAS, J.:

- Derecho civil español común y foral. T.IV. Madrid 1986.
- Derecho civil español, común y foral. T.III. Derecho de Obligaciones. Madrid 1983.

CASTRO Y BRAVO, F.:

- El negocio jurídico. Madrid 1985, 1965 y 1967.
- Derecho civil español. Madrid 1984.

CASTRILLO SANTOS, J.:

- Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos. A.D.C. 1949. págs. 565 y ss.

CLAVERIA GOSALVEZ, L.H.:

- Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la ley orgánica de 5 de mayo de 1982. A.D.C. 1983. págs 1244 yss.

CLEMENTE DE DIEGO.:

- Instituciones de Derecho civil español. Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossio y Guillón Ballesteros. T.II. Derecho de obligaciones y contratos. Madrid 1959.

CICU-MESSINEO.:

- Trattato di Diritto civile e commerciale. L'appalto. realizado por GIANNATTASI, C. V. XXIV Milan 1967. págs. 5 y 18.

COLIN Y CAPITANT, H.:

- Cours de Droit civil. Paris 1921.
- Cours élémentaire de Droit civil française. T.II. Paris 1953.
- Curso elemental de Derecho civil. T.IV. Traducción de De Buen. Madrid 1925.

COMPORTI, M.:

- Formalismo e realismo in tema di diritti sogestivo. R. Dr. Cmm. XVII-5.I. págs. 437 y ss.

CORNU, G.:

- Regards sur le titre III du livre I du Code civil. Cours D.E.A. Droit privé. Paris 1976-1977.
- Vocabulaire juridique. Voz: dissolution. Association Henri Capitant. Paris 1987.

COVIELLO, D.:

- Manuale di diritto civile italiano. Milano 1929.

CRESPO ALLUE, F.:

- La revocación del mandato. Madrid 1 84.

CROME, C.:

- Il concetti fondamentale delle obbligazione. Roma 1940.

CHIOVENDA, L.:

- Instituzioni di Diritto civile. Milano 1936.

DEMOLOMBE.:

- Cours de Code Napoleon. T.XXV. Paris 1877.

DEVOTO, L.:

- Appunti per una definizione delle obbligazioni a esecuzione continuata. R.Dr.Cmm. V.XL. Milano 1942.

DIAZ ALABART, S.:

- Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T.VIII. Vo.2 . Artículos 618 a 656. Madrid 1986.

DIEZ-PICAZO, PONCE DE LEON, L.:

- Fundamentos de Derecho civil Patrimonial. Vo.I. Madrid 1986 y 1987.

- La representación en Derecho privado. Madrid 1979.

- El arbitrio de un tercero. Barcelona 1957.

- La autonomía privada y el derecho necesario en la ley de arrendamientos urbanos. A.D.C. 1956. pág. 1152.

- Las causas de revocación de las donaciones por ingratitud del donatario: la imputación de un delito al donante. Estudios de Derecho privado. Madrid 1980.

- Lecciones de Derecho civil. T.II. Madrid 1987.

- Las declaraciones unilaterales como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A.D.C. 1974.pág 457.

DIEZ-PICAZO, GULLON BALLESTEROS.:

- Sistema de Derecho civil. V.I y II. Madrid 1982 y 1988.pág. 413.

DUSI, B.:

- Istituzioni di Diritto civile. T.IX.V.II. Torino 1938.

ENNECCERUS.:

- Derecho de obligaciones. (Traducción con estudios de adaptación a la legislación española y jurisprudencia por Pérez González y Alguer). T.II.VI.I. Derecho de obligaciones. Doctrina general. Barcelona 1954.

ENNECCERUS-LEHMANN.:

- Tratado de Derecho civil de las obligaciones. T.II. Barcelona 1933, y Barcelona 1966.

ENNECCERUS, KIPP Y WOLFF.:

- Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones. VI.II. Barcelona 1944.

ESPIN CANOVAS, D.:

- Manual de Derecho civil español. V.VIII. Obligaciones y contratos. Madrid 1974. págs. 406 y ss.

- Concurrencia de la acción de saneamiento por vicios ocultos en la compraventa de las acciones generales de nulidad, resolución y daños contractuales. R.G.L.J. 1967.

FERRARA, F.:

- Trattato di Diritto civile. Torino 1956.

FERRER, D.:

- La resolución del contrato de arrendamiento urbano por necesidad del propietario. R.D.Prv. 1951, n 408. pág.227.

FERRI, L.:

- La autonomía privada. Traducción de Sancho Mondizábal. Madrid 1969.

GARCIA AMIGO, M.:

- Instituciones de Derecho civil. Parte general. Madrid 1979.

- GARCIA CANTERO, G.:
- Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículo 1486. Madrid 1980.
- GARCIA GOYENA, F.:
- Concordancias, motivos y comentarios del Código civil. Madrid. 1852. Nueva edición. Barcelona 1973. T.I. VI.IV.
- GARRIGUES, J.:
- Curso de Derecho mercantil. T.II. Madrid 1972.
- GASPERI, L.:
- Tratado de las obligaciones. V.II. Parte especial. Buenos Aires 1946.
- GHESTIN, J.:
- Les obligations et le contrat. Paris 1980.
- GHIRON.:
- Obligazioni. Codice civile. Commentario diretto da D'Amelio. VI.I. Firenze 1957.
- GIORGI, J.:
- Teoria de las obligaciones. VI.IV. (Traducción realizada por la R.G.L.J.). Madrid 1977.
- GIOVANNI GABRIELLI.:
- Vincolo contrattuale e recesso unilaterale. Quaderni de Giurisprudenza commerciale. Milano 1985.
- GODE, P.:
- Volonté et manifestation tacites. Lille 1977.
- GULLON BALLESTEROS, A.:
- Curso de Derecho civil. El negocio jurídico. Parte general. Madrid 1969.

GUILLOVARD.:

- Traité du contrat de société. Paris 1891.

GUTIERREZ FERNANDEZ.:

- Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. T.IV. Madrid 1877.

GUYENOT, J.:

- Los ocho casos comunes de disolución de las sociedades civiles y comerciales. R.D.Comm. 1981. pág 547.

HERNANDEZ GIL, A.:

- Derecho de obligaciones. Madrid 1983.

HOUIN, B.:

- La rupture unilatérale du contrat sinalmatiques. Paris 1973.

HOUPIIN ET BOSVIEUX.:

- Traité générales théoriques et pratiques des sociétés civiles et commerciales. T.I. Paris 1936.

IGLESIAS, J.:

- Instituciones de Derecho privado romano. Barcelona 1972.

LACRUZ BERDEJO, J.L.:

- Elementos de Derecho civil. T.II.VI.III. Barcelona 1977, 1979.

LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA.:

- Elementos de Derecho civil. T.II.VI.2. Barcelona 1978.

LALAGUNA DOMINGUEZ, E.:

- Estudios de derecho civil. Madrid 1978.

LARENZ, K.:

- Derecho de obligaciones. T.II. Estudio particular del contrato. Madrid 1959.
- Derecho de obligaciones. Versión española de Santos Briz. Madrid 1958.

LAURENT.:

- Principies de Droit civil. V.XXV.y XXVI. Bruxelles 1876.

LEHMAN, H.:

- Tratado de Derecho civil. V.I. Traducción de Navas, J.M. Madrid 1956.

LEON ALONSO, J.N.:

- Comentarios al código civil y compilaciones forales. T.XXI. Vl.2 . Artículos 1732 y ss. Madrid 1986.

LESER, H.:

- Des Rücktritt vom vertrag. Tubigen 1975.

LORDI, P.:

- Le obbligazioni commerciale. Milano 1936.

LUCAS FERNANDEZ, F.:

- Comentarios al Código civil y compilaciones forales. T.XX.Vl.2 . Artículo 1594. Madrid 1985.

- Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículo 1588. Madrid 1986.

LUMINOSO, A.:

- Il mutuo dissenso. Milano 1980.

LYON-CAEN Y RENAULT.:

- Traité de Droit commercial. T.II. Paris 1921.

MALUQUER DE MONTES BERNET.:

- La Codificación civil en España. Sintesis de un proceso. R.D.Prv. 1981. pág.1086.

MANRESA NAVARRO, J.M.:

- Comentarios al Código civil. T.XI, X, III. XVI. Madrid 1981.

MARDI, C.

- Obligazioni. Dizionario pratico de Diritto privato. Milano 1923. II.

MARTIN DE LA MOUTE, J.:

- L'acte juridique unilaterale. Paris 1928.

MAZEAUD-MAZEAUD.:

- Leçons du Droit civil. T.I. Paris 1978.

MELON INFANTE, C.:

- Traducción del B.G.B. Código civil alemán, directamente al castellano. Barcelona 1955.

MESSINA, F.

- Diritti potestativos. Milano 1927.

MESSINEO.:

- Manual de Derecho civil y comercial. Traducción de Santos Briz T.IV. Buenos Aires 1955.

MICCIO, L.:

- Il recesso unilaterale dal contratto como diritto potestativo. R.D.Com. 1952. pag.373.

MIGUEL Y ROMERO, M.:

- Enciclopedia jurídica española. T.XXIII. Voz. Mutuo disenso.

MOLITOR, L.:

- Die Kündigung. Manhein 1935.

MONTESORI, B.:

- Il contratto di lavoro nella giurisprudenza. Rivista di Diritto commerciale. 1935. pag.84.

MORENO QUESADA, B.:

- Comentarios al Código civil y compilaciones forales. De la rescisión de los contratos. Artículos 1291 a 1299. T.XVIII.Vl.2 . Madrid 1981.

- La oferta de contrato. Barcelona 1963.

- La oferta al público y su eficacia jurídica. R.D.Mer. Madrid 1956.

MONTES PENADES, V.L.:

- La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo. Madrid 1980.

MOSCO, OL.:

- La risolizione del contratto per inadempimento. Napoles 1950.

- La representación voluntaria en los negocios jurídicos. Notas sobre legislación española por Carrillo Quiles, F. Barcelona 1963.

MOSSET ITURRASPE, J.

- Teoría general del contrato. Argentina 1976.

MOZOS, J.L. DE LOS:

- La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica. R.D.Prv. 1973.

MULLERAL, R.M.:

- La denominación del contrato de construcción. R.J.C. 1977. pág.76.

NART, I.:

- Contrato de obra y empresa. R.D.Prv. 1951. pág. 814.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, J.:

- Compendio de Derecho civil. T.II. Derecho de obligaciones. Vl.2 . Contratos en particular. Madrid 1989.

OLIVERI.:

- Mandato civil. Digesto italiano. Vl.15.parte 1 . Torino 1903-1907. pág.453.

ORTI VALLEJO,A.:

- La protección del comprador por defecto de la ccsa vendida. Granada 1987.

OSSORIO MORALES, J.:

- Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Grnada 1956.
- Crisis en la dogmática del contrato. A.D.C. 1952. pág. 1178.

OSTI,L.:

- Contratto,(concetto, distinzioni). Nuovo Digesto italiano. Torino 1970.

PACCHIONI,G.:

- Trattato delle obbligazioni. Torino 1927.
- Diritto civile italiano. (parte segunda, diritto delle obbligazioni).V.II.dei contratti in generale. Padova 1939.

PALA BERDEJO,F.:

- La disolución de sociedades y su revocabilidad.R.D.Mer. 1952.

PALA MEDIANO.:

- Las notificaciones notariales y sus efectos en la relación jurídica sustancial. Estudios de Derecho privado. Sección 2 . Vl.II.Madrid 1965.

PEÑA BERNARDO DE QUIROS,M.:

- El anteproyecto de Código civil español. (1882-1888). Madrid 1965.

PEREZ GONZALEZ Y ALGUER.:

- Derecho de obligaciones. (anotaciones a Enneccerus).V.I.Barcelona 1966.

PEROZZI, S.:

- Istituzioni di Diritto romano. Obligazioni ed azioni. V.I. Milano 1949.

PLANIOL, M. Y RIPERT, J.:

- Derecho civil Teoria general de los contratos. Contratos especiales. Traducción española por Jose m . Cajica. La Habana
- Tratado elemental de Derecho civil de la obligaciones. V.II. Mexico 1954.
- Obligaciones y contratos. T.III. Madrid 1958.

POTHIER.:

- Tratado de obligaciones. Barcelona 1868.
- Tratado del contrato de sociedad.

PUIG BRUTAU, J.:

- Fundamentos de Derecho civil. II.VI.2. Contratos en particular. Barcelona 1982. Barcelona 1988.

PUIG PEÑA, F.:

- Desistimiento unilateral. Nueva enciclopedia jurídica. Seix. Barcelona 1950. pág.291.
- Tratado de derecho civil. T.IV. V.I.

PUGLIATTI, S.:

- L'atto di disposiozione e il trasferimento dei diritti. Annali dell'istituto di suerce giuridiche, economiche, politiche e sociale. Mesina 1927.

RAGEL SANCHEZ, L.:

- La denuncia unilateral sin justa causa en el contrato de agencia por tiempo indeterminado. A.D.C. 1985. págs.61 a 85.

REY PORTOLES, J.M.

- El artículo 1701 del Código civil. La imposibilidad sobrevenida de la aportación en la sociedad civil. A.D.C. 1975. página.897.

RIEG, D.:

- Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil française et aleman. L.G.P.J. 1961. pág.375.

ROCA JUAN, J.:

- Comentarios al Código civil y compilaciones forales. T.XXII. vl. 1. Madrid 1982.

ROCAMORA VALLS, P.:

- Libertad y voluntad en el derecho. Madrid 1947.

ROCA SASTRE.:

- Estudios de Derecho privado. T.I. Madrid 1948.

ROSSEL E MENTHA.:

- Manuel de droit civil suisse. III. Code révisé des obligations. Lausanne 1912.

ROTONDI.:

- Istituzioni di Diritto privato. Padova 1937.

RUBINO, D.:

- Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento. R.D.Cmm. 1947. T.I. págs 56 a 58.

RUGGIERO, M.:

- Istituzioni di Diritto civile. Messina 1929.

RUIZ-RICO, RUIZ-MORON, J.:

- Las prohibiciones de impugnar el testamento. Granada 1986.

- SALVADOR BULLON, H.:
- Las ventas a plazos según la nueva ley. Madrid 1966.
- SANCHEZ ROMAN.:
- Estudios de Derecho civil. Madrid 1900.
- SANCHEZ CALERO, J.:
- El contrato de obra y su cumplimiento. Madrid 1978.
- SANGIORGI, S.:
- Rapporti di durata e recesso ad nutum. Milano 1965.
- SANTAMARIA CRISTOBAL, J.L.:
- Comentarios al Código civil. Madrid 1958.
- SANTOS BRIZ, J.:
- El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica. R.D.Prv. 1972. pág 377.
- SCAEVOLA, Q.M.:
- Código civil comentado y concordado. T. IX, XXVI, XX, XIX. Madrid 1957.
- SCUTO, E.:
- Istituzioni di Diritti civile.
- SIEGEL.:
- La promesa como causa de vinculación en el Derecho actual. Berlin 1873.
- STARK, B.:
- Droit civil. Obligations. Paris 1976.
- STOLFI, G.:
- Teoría del negocio jurídico. Traducción de Santos Briz. Madrid 1959.

TABELLINI, T.:

- Il recesso. Milano 1962.

TEDESCHI, G.:

- Volontá privata autonoma.
R.In.Fil.Dr..1929. pág.817.

- La promessa di matrimonio nel Diritto civile italiano. In archivio giuridico. XX. 1930.

THALER, L.:

- Des sociétés commerciales nel traité théorique et pratique de Droit commerc.al. Paris 1907.

TRABUCHI, A.:

- Instituzioni di Diritti civile. Padova 1960.

TRAVIECO, M.:

- La renuncia. R.G.L.J. 1959. pág.155.

VALERI.:

- Perfezione ed irrevocabilita del riscato nell'assicurazione sulla vita. R.D.Cmm. 1911.

VALLES, A. (DE).:

- Voz: autonomia. Novissimo Digesto italiano. T.IV.

INDICE CRONOLOGICO DE JURISPRUDENCIA.

* STS	13-	febrero	-	1893.
* STS	16-	mayo	-	1895.
* STS	14-	marzo	-	1896.
* STS	3-	marzo	-	1898.
* STS	24-	octubre	-	1898.
* STS	9-	noviembre	-	1901.
* STS	24-	febrero	-	1902.
* STS	22-	diciembre	-	1908.
* STS	27-	octubre	-	1909.
* STS	10-	diciembre	-	1910.
* STS	22-	junio	-	1911.
* STS	13-	diciembre	-	1913.
* STS	4-	octubre	-	1914.
* STS	22-	febrero	-	1917.
* STS	23-	mayo	-	1921.
* STS	15-	abril	-	1925.
* STS	9-	noviembre	-	1926.
* STS	14-	noviembre	-	1927.
* STS	5-	julio	-	1928.
* STS	29-	septiembre	-	1930.
* STS	30-	marzo	-	1930.
* STS	29-	septiembre	-	1930.
* STS	24-	junio	-	1931.
* STS	15-	enero	-	1932.
* STS	2-	junio	-	1932.
* STS	17-	octubre	-	1932.
* STS	30-	agosto	-	1934.
* STS	16-	febrero	-	1935.
* STS	5-	diciembre	-	1940.
* STS	5-	julio	-	1941.
* STS	9-	julio	-	1941.
* STS	24-	octubre	-	1941.
* STS	13-	noviembre	-	1941.
* STS	18-	marzo	-	1942.
* STS	22-	mayo	-	1942.
* STS	13-	abril	-	1943.
* STS	10-	enero	-	1944.
* STS	5-	junio	-	1944.
* STS	1-	diciembre	-	1944.
* STS	5-	junio	-	1945.
* STS	21-	junio	-	1945.
* STS	1-	diciembre	-	1945.

* STS	2-	abril	- 1946.
* STS	15-	junio	- 1946.
* STS	10-	julio	- 1946.
* STS	23-	mayo	- 1947.
* STS	12-	junio	- 1947.
* STS	1-	julio	- 1947.
* STS	10-	diciembre	- 1947.
* STS	30-	junio	- 1948.
* STS	12-	mayo	- 1949.
* STS	4-	febrero	- 1950.
* STS	25-	febrero	- 1950.
* STS	13-	junio	- 1950.
* STS	1-	julio	- 1950.
* STS	3-	julio	- 1950.
* STS	6-	julio	- 1952.
* STS	6-	febrero	- 1954.
* STS	6-	marzo	- 1954.
* STS	12-	noviembre	- 1955.
* STS	24-	octubre	- 1955.
* STS	29-	octubre	- 1955.
* STS	31-	octubre	- 1955.
* STS	1-	septiembre	- 1955.
* STS	30-	diciembre	- 1955.
* STS	23-	abril	- 1956.
* STS	12-	junio	- 1956.
* STS	4-	diciembre	- 1956.
* STS	25-	enero	- 1957.
* STS	3-	abril	- 1957.
* STS	22-	abril	- 1957.
* STS	16-	mayo	- 1957.
* STS	17-	mayo	- 1957.
* STS	23-	octubre	- 1957.
* STS	4-	abril	- 1958.
* STS	28-	abril	- 1958.
* STS	4-	noviembre	- 1958.
* STS	15-	diciembre	- 1958.
* STS	31-	marzo	- 1959.
* STS	24-	abril	- 1959.
* STS	6-	junio	- 1959.
* STS	20-	junio	- 1959.
* STS	14-	octubre	- 1959.
* STS	9-	noviembre	- 1959.
* STS	20-	noviembre	- 1959.
* STS	30-	marzo	- 1960.
* STS	2-	junio	- 1960.
* STS	20-	diciembre	- 1960.
* STS	26-	enero	- 1961.
* STS	2-	noviembre	- 1961.
* STS	3-	febrero	- 1962.
* STS	21-	noviembre	- 1962.
* STS	27-	diciembre	- 1962.
* STS	20-	noviembre	- 1963.

* STS	16-	diciembre	- 1963.
* STS	7-	marzo	- 1964.
* STS	13-	marzo	- 1964.
* STS	17-	marzo	- 1964.
* STS	26-	mayo	- 1964.
* STS	23-	noviembre	- 1964.
* STS	24-	noviembre	- 1964.
* STS	30-	noviembre	- 1964.
* STS	19-	diciembre	- 1964.
* STS	13-	febrero	- 1965.
* STS	28-	septiembre	- 1965.
* STS	1-	febrero	- 1966.
* STS	28-	mayo	- 1966.
* STS	7-	junio	- 1966.
* STS	21-	octubre	- 1966.
* STS	23-	noviembre	- 1967.
* STS	24-	enero	- 1970.
* STS	3-	junio	- 1970.
* STS	6-	noviembre	- 1970.
* STS	1-	julio	- 1971.
* STS	19-	noviembre	- 1971.
* STS	8-	marzo	- 1972.
* STS	29-	mayo	- 1972.
* STS	3-	febrero	- 1973.
* STS	14-	febrero	- 1973.
* STS	15-	febrero	- 1973.
* STS	24-	febrero	- 1973.
* STS	17-	mayo	- 1973.
* STS	17-	diciembre	- 1973.
* STS	21-	enero	- 1975.
* STS	10-	junio	- 1975.
* STS	20-	octubre	- 1975.
* STS	14-	febrero	- 1976.
* STS	14-	noviembre	- 1976.
* STS	26-	noviembre	- 1977.
* STS	10-	marzo	- 1979.
* STS	21-	abril	- 1979.
* STS	14-	junio	- 1980.
* STS	30-	enero	- 1981.
* STS	4-	abril	- 1981.
* STS	20-	abril	- 1981.
* STS	5-	junio	- 1981.
* STS	27-	octubre	- 1981.
* STS	15-	diciembre	- 1981.
* STS	19-	enero	- 1982.
* STS	29-	enero	- 1982.
* STS	23-	marzo	- 1982.
* STS	28-	abril	- 1982.
* STS	1-	julio	- 1982.
* STS	7-	octubre	- 1982.
* STS	11-	octubre	- 1982.
* STS	6-	noviembre	- 1982.

* STS	10- noviembre	- 1982.
* STS	7- febrero	- 1983.
* STS	7- marzo	- 1983.
* STS	10- marzo	- 1983.
* STS	25- abril	- 1983.
* STS	5- mayo	- 1983.
* STS	13- mayo	- 1983.
* STS	10- junio	- 1983.
* STS	8- julio	- 1983.
* STS	17- septiembre	- 1983.
* STS	4- octubre	- 1983.
* STS	23- octubre	- 1983.
* STS	30- octubre	- 1983.
* STS	18- noviembre	- 1983.
* STS	14- diciembre	- 1983.
* STS	7- febrero	- 1984.
* STS	10- febrero	- 1984.
* STS	11- febrero	- 1984.
* STS	7- marzo	- 1984.
* STS	17- abril	- 1984.
* STS	21- mayo	- 1984.
* STS	18- octubre	- 1984.
* STS	27- junio	- 1985.
* STS	7- noviembre	- 1985.
* STS	19- noviembre	- 1985.
* STS	30- noviembre	- 1985.
* STS	19- diciembre	- 1985.
* STS	29- diciembre	- 1985.
* STS	14- marzo	- 1986.
* STS	19- junio	- 1986.
* STS	23- septiembre	- 1986.
* STS	7- octubre	- 1986.
* STS	30- mayo	- 1987.
* STS	8- julio	- 1987.
* STS	7- octubre	- 1987.
* STS	8- octubre	- 1987.
* STS	22- marzo	- 1988.
* STS	4- noviembre	- 1988.

* S.AT (Bilbao)	27- mayo	- 1988.
* S.AP	26- febrero	- 1987.

----- oo00oo -----

INDICE SISTEMATICO.CAPITULO INTRODUCTORIO.
LA VOLUNTAD DE LOS SUJETOS EN LAS RELACIONES
OBLIGATORIAS.

I.- LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD	2
1.- <u>Planteamiento</u>	2
2.- <u>Las bases del dogma de la autonomia</u> <u>de la voluntad</u>	5
3.- <u>El reconocimiento de la autonomia privada</u> <u>y su significado</u>	10
4.- <u>La autonomia privada en el Código civil</u>	17
II.- EL ACUERDO DE VOLUNTADES	24
1.- <u>En la constitución y configuración de las</u> <u>relaciones obligatorias: el contrato</u>	24
2.- <u>En la modificación de las obligaciones:</u> <u>la novación modificativa</u>	29
3.- <u>En la extinción de las obligaciones:</u> <u>el mutuo disenso</u>	31
III.- LA VOLUNTAD UNILATERAL	34
1.- <u>En el nacimiento de las obligaciones</u>	34
2.- <u>En la modificación de las obligaciones</u>	40
3.- <u>En la extinción de las obligaciones:</u> <u>el desistimiento unilateral</u>	43

CAPITULO PRIMERO.

PRECISIONES TERMINOLOGICAS: EL DESISTIMIENTO UNILATERAL Y OTRAS FIGURAS EXTINTIVAS AFINES.

I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA	51
II.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CONCEPTUALES DE LOS TERMINOS PROPUESTOS	56
1.- <u>Diferencias respecto a la configuración jurídica de cada uno de ellos</u>	57
2.- <u>Utilización indistinta en las diferentes relaciones obligatorias y contractuales</u>	58
III.- ANALISIS PORMENORIZADO Y DIFERENCIAL EN EL AMBITO LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE CADA UNO DE LOS TERMINOS UTILIZADOS PARA DENOMINAR EL FENOMENO DE DAR POR TERMINADA UNA RELACION CONTRACTUAL	65
1.- <u>Desistir</u>	66
A) En el ámbito legal	66
B) En el ámbito jurisprudencial	69
C) En el ámbito doctrinal	73
D) Conclusión	78
2.- <u>Denunciar</u>	79
A) En el ámbito legal	79
B) En el ámbito jurisprudencial	81
C) En el ámbito doctrinal	84
D) Conclusión	87
3.- <u>Disolver</u>	88
A) En el ámbito legal	88
B) En el ámbito jurisprudencial	90
C) En el ámbito doctrinal	92
D) Conclusión	96
4.- <u>Renunciar</u>	96
A) En el ámbito legal	96
B) En el ámbito jurisprudencial	98

	506
C) En el ámbito doctrinal	102
D) Conclusión	111
5.- <u>Rescindir</u>	112
A) En el ámbito legal	112
B) En el ámbito jurisprudencial	113
C) En el ámbito doctrinal	115
D) Conclusión	121
6.- <u>Resolver</u>	122
A) En el ámbito legal	122
B) En el ámbito jurisprudencial	123
C) En el ámbito doctrinal	126
D) Conclusión	128
7.- <u>Revocar</u>	131
A) En el ámbito legal	131
B) En el ámbito jurisprudencial	133
C) En el ámbito doctrinal	136
D) Conclusión	139
IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LOS TERMINOS ESTUDIADOS	140
1.- <u>Declaración de Voluntad</u>	140
2.- <u>¿Hecho, acto o negocio jurídico?</u>	141
3.- <u>Conclusiones al respecto</u>	145
V.- EFECTOS	147
VI.- PUNTUALIZACIONES FINALES	152

CAPITULO SEGUNDO.
CONFIGURACION DEL DESISTIMIENTO UNILATERAL.

I.- BASES HISTORICAS DEL DESISTIMIENTO	159
A.- <u>Derecho romano y Derecho intermedio: inexistencia de un Derecho general a desistir y progresivo establecimiento. Supuestos concretos</u>	160

	507
B.- <u>Consideración especial de la "lex comisoria" como condición resolutoria</u>	164
1. Importancia práctica de la "lex comisoria" en el Siglo XIX	167
2. Construcción de la "conditio"	167
3. Otras clausulas contractuales en Derecho romano	168
C.- <u>Formulaciones legales tempranas del desistimiento</u>	170
1. Breve referencia al Derecho prusiano	171
2. Solución del Derecho francés	175
II.- EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LA CODIFICACION EXTRANJERA	178
A.- <u>Sistema de códigos extranjeros relativos al desistimiento</u>	178
B.- <u>El desistimiento unilateral en el Derecho francés</u>	180
C.- <u>El desistimiento en el Derecho alemán</u>	188
1. Estado de la doctrina	191
2. La disciplina legislativa en las relaciones singulares	194
D.- <u>En el Derecho suizo: sistema legislativo al respecto</u>	197
1. La construcción de la doctrina	199
2. El tema de la disciplina legislativa	201
E.- <u>Regulación del desistimiento en el Derecho italiano</u>	202
III.- LA CONFIGURACION DEL DESISTIMIENTO EN NUESTRO DERECHO	210
A.- <u>Concepto de desistimiento</u>	210
1. Consideraciones generales	210
2. Concepto doctrinal	211
3. Concepto legal	219

	508
4. Concepto en la jurisprudencia	223
B.- <u>Causas del desistimiento</u>	227
1. La ley	228
2. La voluntad de las partes: mutuo consenso	231
3. La voluntad unilateral	237
C.- <u>Fundamento del desistimiento</u>	241
D.- <u>Naturaleza jurídica del desistimiento unilateral</u>	247
1. El desistimiento unilateral como derecho subjetivo	249
2. Acto, hecho o negocio jurídico	254
E.- <u>Elementos del desistimiento</u>	255
1. Elementos personales: legitimación activa y pasiva del desistimiento	255
a.- Quién puede desistir: capacidad y representación	256
b.- Quién puede o debe soportar el desistimiento	260
2. Elementos formales	262
3. Elemento temporal: la oportunidad del desistimiento. Contratos de tracto sucesivo	265
4. Elementos accidentales del desistimiento	269
F.- <u>Efectos del desistimiento</u>	271
1. Respecto de las partes contratantes	273
2. Consecuencia para el que soporta el desistimiento	275
3. Respecto a terceros	276
4. Respecto del contenido del contrato	276
5. Indemnización y resarcimiento: tratamiento jurídico	277
G.- <u>Clases de desistimiento unilateral</u>	279
1. Desistimiento unilateral establecido según la ley: desistimiento legal. Relaciones contractuales en las que se da	280
2. Desistimiento unilateral establecido según la voluntad de los contratantes	284
H.- <u>Ambito de aplicación del desistimiento:</u>	

	509
¿es ampliable la figura a toda relación contractual o sólo a las que expresamente así lo reconozca la ley?	285
1. ¿Aplicabilidad a los contratos de carácter obligatorio y continuado?	286
2. No aplicabilidad en los contratos con eficacia real	288
3. Excluido de los contratos o relaciones familiares	289
4. ¿Regula uniformemente el Código civil dicha figura?	290
I.- <u>Ejercicio del desistimiento</u>	291
A) Acto libre y voluntario	292
B) El desistimiento se hace valer mediante una declaración de voluntad del titular	293

CAPITULO TERCERO.

CARACTER EXCEPCIONAL DEL DESISTIMIENTO UNILATERAL COMO CAUSA DE EXTINCION.

I. <u>EL DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXTINCION</u>	298
1.- <u>El desistimiento unilateral y el artículo 1156</u>	301
A) Comparación del desistimiento con otros modos de cese de la relación	317
B) Posibles razones de la exclusión del desistimiento del artículo 1156	323
2.- <u>La acción resolutoria del artículo 1124, por causa de incumplimiento</u>	325
A) ¿Es desistimiento la conducta del acreedor del artículo 1124?	326
B) Posible relación desistimiento - incumplimiento	343
3.- <u>Ejercicio de la acción redhibitoria por vicios</u>	345
A) ¿Podría llevarse a cabo en caso de vicios ocultos en el objeto del contrato la aplicación?	353
B) Supuesto del artículo 1460-2	355

	510
II.- CARACTER EXCEPCIONAL DEL DESISTIMIENTO	358
1.- <u>Como excepción al principio de <i>pacta sunt servanda</i></u>	358
A) La prohibición del artículo 1256 ¿abarca sólo a la validez y al cumplimiento? ¿Y a la extinción?	363
B) Problema de la validez y eficacia del desistimiento	366
2.- <u>Postura del Tribunal Supremo respecto del principio de <i>pacta sunt servanda</i> y su relación con el desistimiento</u>	371

CAPITULO CUARTO.
MANIFESTACIONES DEL DESISTIMIENTO.

I.- FIGURAS CONTRACTUALES EN LAS QUE APARECE EL DESISTIMIENTO	381
1.- <u>Contrato de obra</u>	382
A) Consideraciones generales referidas al contrato de obra	383
B) Análisis particularizado del artículo 1594. Estudio de los conceptos allí recogidos: respecto al comitente y al contratista	392
C) Fundamento	416
2.- <u>Contrato de mandato</u>	418
A) Artículos 1732, 1733 y 1736 del Código civil. Causas: revocación del mandante y renuncia del mandatario	421
B) Fundamento	427
3.- <u>Contrato de sociedad</u>	430
A) Artículo 1700: causas. Artículo 1705 y 1706: requisitos. Artículo 1707: disolución de la sociedad por incumplimiento de una de una de las partes	432
B) Fundamento del desistimiento en el contrato de sociedad	438

4.- <u>Contrato de arrendamiento de servicios y de trabajo. Diferencias entre ambos</u>	439
A) Extinción unilateral en el arrendamiento de servicios	441
B) Especialidad del desistimiento en el ámbito laboral	446
5.- <u>Donación</u>	447
A) Significado y alcance de la revocación de la donación. Análisis del artículo 644 y siguientes del Código civil	448
B) Fundamento de la revocación	454
6.- <u>Contrato de depósito</u>	456
A) Análisis de los artículos 1775 y 1776	457
B) Fundamento de la facultad de renuncia en el depósito	460
7.- <u>Otras manifestaciones del desistimiento</u>	461
A) Ley de arrendamientos urbanos de 24 de Diciembre de 1964	461
B) Ley de venta de bienes muebles a plazos de 17 de Julio de 1965	463
C) Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de Julio de 1984	466
D) Ley orgánica de protección civil del honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de 5 de Mayo de 1982	467
E) Ley general de publicidad de 13 de Junio de 1988	469
F) Contratos de carácter mercantil	470
CONCLUSIONES	472
INDICE ALFABETICO DE AUTORES CITADOS	482
INDICE CRONOLOGICO DE JURISPRUDENCIA	500
INDICE SISTEMATICO	504