

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
28 ABR. 1989
Entrada N.º 659

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO

EL DESISTIMIENTO UNILATERAL COMO CAUSA DE EXTINCION
DEL CONTRATO.

Tesis para la obtencion del grado
de doctor presentada por la licenciada
Concepción Rodriguez Marin, y realizada
bajo la direccion del profesor Dr.
D. Bernardo Moreno Quesada, Catedrático
de Derecho civil de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Granada.

Granada, 1989.

V. B.
El Director de la Tesis,

Dr. Moreno

UNIVERSIDAD DE GRANADA

ACTA DEL GRADO DE DOCTOR EN Derecho

Curso de 19 88 a 19 89

Folio 7

Númer 208

Reunido en el día de la fecha el Tribunal nombrado para el Grado de Doctor de D^e Concepción Rodríguez Marín, el aspirante leyó un discurso sobre el siguiente tema, que libremente había elegido: "El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato".

Terminada la lectura y contestadas las objeciones formuladas por los Jueces del Tribunal, éste le calificó de Apt. cum laudibus por unanimidad.

Granada 6 de Junio de 19 89

EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL,

EL VOCAL

EL VOCAL

EL VOCAL,

FIRMA DEL GRADUANDO,

INVESTIDURA ...

En el día de la fecha se ha conferido a D. _____
el Grado de Doctor en la Facultad de _____
conforme a lo prevenido en las disposiciones vigentes.

Granada de _____ de 19 _____

EL DECANO,

CERTIFICO: Que el Acta que antecede concuerda con la del expediente del interesado remitida a la Secretaría de la Universidad.

Granada de _____ de 19 _____

El Catedrático Secretario,

V.º B.º
EL DECANO,

CAPITULO INTRODUCTORIO.

LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES OBLIGATORIAS.

I.- LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

- 1.- Planteamiento.
- 2.- Las bases del dogma de la autonomia de la voluntad.
- 3.- El reconocimiento de la autonomia privada y su significado.
- 4.- La autonomia privada en el Código civil.

II.- EL ACUERDO DE VOLUNTADES.

- 1.- En la constitución y configuración de las relaciones obligatorias: el contrato.
- 2.- En la modificación de las obligaciones: la novación modificativa.
- 3.- En la extinción de las obligaciones: el mutuo disenso.

III.- LA VOLUNTAD UNILATERAL.

- 1.- En el nacimiento de las obligaciones.
- 2.- En la modificación de las obligaciones.
- 3.- En la extinción de las obligaciones: el desistimiento unilateral.

I.- LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

1.- Planteamiento.

Pocos son los temas que permanecen a través del transcurso del tiempo con la misma actualidad que en el momento de su aparición, uno de ellos es el de la autonomía de la voluntad: El alcance de los límites del actuar humano, máxime cuando este se despliega en ámbitos jurídicos, justifica sobradamente el interés que rodea a dicha materia.

La progresiva evolución de los presupuestos políticos, económicos y culturales que gobiernan los principios en que se apoyan las relaciones jurídico-sociales, hace que los diferentes ordenamientos ajusten sus normas al ámbito que aquellas les marca, de manera que la transformación alcanza visos de continuidad, cualquiera que sea la vía elegida para llevarla a cabo.

La contemplación de situaciones jurídicas en un momento histórico determinado, en comparación con el ámbito reconocido en ellas mismas en épocas anteriores, pudiera hacernos pensar, en ocasiones, en la privación de gran parte del contenido que entonces tuvieron y nos revelaría el interés de encontrar las razones que aconsejaron semejante manera de proceder.

Descubriríamos así, que los cambios que se producen normativamente, son la respuesta a las exigencias impuestas en el tráfico jurídico por la presencia de intereses que, de diferente procedencia, aparecen revestidos de igual importancia desde la perspectiva del ordenamiento, y sin olvidar que muchos de ellos son provocados directamente por el poder público con el fin de encontrar la solución a problemas ante él planteados.

Si centramos nuestra atención en el marco de la autonomía del individuo, en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, es fácil comprender el alcance de cuanto decimos.

Desde un primer momento, en que la incesante circulación de bienes y servicios reclama la tutela jurídica del Estado orientada a la dotación de medios que faciliten su sucesiva renovación, hasta aquél otro en que la injerencia estatal se produce para respaldar intereses, que no son los estrictamente individuales, es evidente que ha tenido lugar una transformación sustancial que avala la investigación de sus causas productoras, así como las consecuencias que hayan podido derivarse en el instituto jurídico contemplado.

Descubrir el estado actual del principio general de la autonomía de la voluntad, resulta un tema de excepcional atractivo en cuanto que está enraizado directamente en el mismo concepto de la personalidad, en torno al cual, cualquier cuestión

reviste un especial interés. La idea que se tenga del individuo y del papel que su actuación haya de asumir frente al Derecho, va a ser fundamental en esta evolución, justificando, en la mayor parte de los casos, los cambios operados en el mundo jurídico.

Dentro de estas coordenadas básicas comprobaremos, que la evolución en el reconocimiento de la autonomía privada, determina el establecimiento de lo que en cada momento se estiman deben de ser los límites dentro de los cuales ha de moverse la actuación individual, sin que ellos supongan necesariamente, una disminución de su contenido anterior. Ciertamente es que son muchos los conceptos que aparecen mezclados, pero no lo es menos que de su adecuada comprensión y de la mutua colaboración entre ellos, resultará la respuesta al problema técnico que el fenómeno referido plantea.

Esta manera de enfocar el tema, nos obliga a tener presente el significado que, en cuanto dogma, tuvo la proclamación del principio de la autonomía de la voluntad, y las transformaciones que la misma evolución del concepto de persona ante el Derecho, ha impuesto en el alcance de los límites que, con carácter genérico, se le asignaron en el momento de sus incorporación a los diferentes Códigos civiles.

Las constantes representadas por el individuo, la colectividad y el Estado, van a estar presentes en cualquier hito

importante del itinerario propuesto, si bien la preferencia variará de una a otra, en función de cual de las tres se estime que sirve mejor a la realización del Derecho, considerado esencial para la buena marcha de cualquier ordenamiento jurídico.

2.- Las bases del dogma de la autonomía de la voluntad.

Con el desarrollo de estos puntos intentaremos poner de relieve la evolución histórica, desde el punto de vista legal, pero sin olvidar otra serie de condicionantes, sociales e incluso políticos, de la autonomía de la voluntad entendida como poder individual concertado para llevar a cabo operaciones dentro del tráfico jurídico.

La consagración del reconocimiento de la autonomía privada, va íntimamente ligada a la consideración del individuo como sujeto de Derecho con intereses distintos de los pertenecientes a la organización estatal, y en consecuencia, necesitados de unos medios bien diferenciados de los que aquél utilizaba para hacer valer sus aspiraciones en el mundo del tráfico jurídico. Justificadamente apunta ROCAMORA VALLS que "sólo en Roma culmina el proceso de evolución, en virtud del cual, tras una época de desconocimiento, se llega a encontrar el primer vestigio

histórico del dogma de la autonomía privada"¹.

Poco a poco, el fundamento de lo justo traslada su ámbito desde la razón divina a la razón humana, con lo cual se desdibujan las líneas iniciales del dogma que consagraria la soberanía del individuo frente a la actuación del Estado, siendo, en fin, el mundo jurídico del Renacimiento, el que convertiría al individuo en sujeto de Derecho. La Escuela del Derecho natural, por su parte, perfilará los postulados de la autonomía individual y de la libertad de la voluntad humana como base de las relaciones jurídico-privadas²; a partir de ella la autonomía de la voluntad se convierte en la esencia y raíz de todo Derecho,

¹.- Libertad y voluntad en el Derecho. Madrid. 1947. pág. 29.

"Frente al mundo jurídico griego-añade el autor citado-en el que el individuo se halla integrado en el Estado y tiene su personalidad absorbida por éste, en Roma, probablemente sobre todo, por una razón histórica, aparece desde muy pronto la oposición Estado-Individuo, como dos centros sustantivos y autónomos".

En el mismo sentido ROCA SASTRE, R. Estudios de Derecho Privado. Madrid. 1948. V.I (obligaciones y contratos). Págs.1 a 18.

².- Autores como GROCCIO, ROUSSEAU y KANT, proporcionaron buena prueba de ello. Para GROCCIO la voluntad adquiere un papel de primera magnitud y su autonomía no va a encontrar límites fuera de ella misma. Igualmente para ROUSSEAU, la voluntad individual es la única fuente del Derecho, de modo que todo el Estado y el orden jurídico, van a girar en torno al individuo. KANT por su parte se ocupa de aplicar los mismos presupuestos al campo de la filosofía.

Como apunta H. CAPITANT "los filósofos del siglo XVII...declaraban que el hombre, consintiendo entrar en la Comunidad, no abdica más que de una parte de su independencia, y guarda de su libertad primitiva todo lo que es compatible con la vida en común. Esta porción de libertad que él conserva, forma derechos absolutos a los cuales el Estado no puede tocar puesto que son anteriores a su constitución. (Vid. Introduction à l'étude du Droit civil. Paris. s/f. pág. 34).

Afirma al respecto COMPORTI, M. que "se tratará en sustancia de la llegada de un nuevo pensamiento filosófico de carácter individualista, que se había formado a través de la experiencia cultural del renacimiento, y madurado en la tendencia cristiana a la valoración de la libertad humana y el Racionalismo subjetivo de Cartasio. La antigua concepción del Ordenamiento racional aristotélico, del Derecho natural en sentido subjetivo, se transforma así en la concepción de los derechos naturales, en sentido subjetivo, en los "jura del individuo".(Formalismo e realismo in tema di diritti sogestivo. Rivista de Diritto Civile. XVI.-5,I. 1970. pág. 437.).

llegando a su culminación máxima.

La Revolución Francesa asegurará políticamente el triunfo de las aportaciones del Iusnaturalismo para el Derecho civil, mediante su codificación. Las ideas de igualdad y libertad jurídicas, van a ser el fundamento básico de las legislaciones que siguieron el modelo napoleónico, y van a impregnar la mayor parte de las instituciones jurídicas.

La contratación en toda su amplitud, se ven así contagiada de la euforia liberal, que en esos momentos todo lo abarca; el individualismo liberal lleva de esta manera a sus máximas consecuencias el reconocimiento del querer individual, elevándolo a la categoría de criterio rector de la vida social y económica del momento. La persona en cuanto tal, se convierte en el centro esencial del mundo de relación y con esas perspectivas se incorpora a los textos de los Códigos civiles, que en el siglo XIX se elaboran.

A partir de entonces, todo lo que fuera otorgar carácter soberano a la actuación individual se ajustaba perfectamente a las concepciones político-sociales del momento. La propia persona y el respeto de que era merecedora exigían pues, el reconocimiento en ella de una voluntad que se configurase autónoma; la libertad de acción habría de abarcar todos aquellos campos estimados imprescindibles para el desarrollo de la misma

personalidad y, en consecuencia, el jurídico, revestía, entre ellos, un especial atractivo.

El individualismo invadía todos los sectores de la vida jurídica; la necesaria presencia de intereses privados en la constante circulación de bienes y servicios, obligaba a estimar al individuo como el más adecuado para otorgarles el régimen que marcara sus destinos, se pone de manifiesto, entonces, la conveniencia de reconocer en la persona un poder que le permita reglamentar por sí misma las relaciones jurídicas en las que apareciera inserta, asumiendo el Estado, por su parte, la tarea de proporcionar el medio que posibilitara aquella finalidad, al mismo tiempo que facilitara la sucesiva renovación de bienes y servicios en atención a las necesidades que fueran apareciendo en el transcurso del tiempo³.

En definitiva, la consideración del individuo como centro neurálgico de la vida de relación lo convertía en elemento esencial de la reglamentación jurídica. Era necesario entonces,

³.- Es evidente que nos estamos refiriendo a ordenamientos fundados en el reconocimiento de la propiedad privada, ya que en otro caso no sería posible la remisión de la circulación de bienes y servicios al campo de la autonomía privada. Apunta BETTI al respecto, que "admitida la propiedad individual, los mismos particulares deben de tender a cambiarse bienes y servicios, a dárseles en préstamo, a ponerlos en común, a transmitirlos por causa de muerte y así sucesivamente, ordenando por sí, mediante negocios, los intereses propios en las relaciones recíprocas. La autonomía privada constituye un fenómeno lógicamente correlativo al de las esferas individuales de los particulares". (Vid. Teoría del Negocio Jurídico, traducción por Martín Pérez. Madrid. 1969 pág. 44.).

Igualmente BONET, R. apunta que "la revolución francesa y el Code de Napoleón habían dado a la libertad individual un precio considerable, siendo la propiedad individual, su garantía y ciudadela..." (Vid. Las instituciones civiles. R.D.Priv. marzo 1953. pág. 205.).

incorporar normativamente el principio general de la autonomía de la voluntad dotándolo de un significado y de un contenido que no desmereciera el fundamento de su reconocimiento legal. Los imperativos de la libertad invadieron así todos los ámbitos a los que pudiera alcanzar la actuación privada⁴.

La Codificación contribuyó eficazmente a la consecución de estas aspiraciones. Únicamente cuando el Derecho ha alcanzado un determinado grado de desarrollo, los inconvenientes que su incorporación a un cuerpo sistemático de normas pudiera suponer, se ven suficientemente compensados por las ventajas que para la evolución del sistema jurídico general, representa semejante labor⁵. En este sentido, cuando el Derecho civil ve concretar los caracteres básicos de Derecho privado general convirtiendo al individuo en el centro esencial de su atención, las normas que lo contienen reflejan la realidad social de la época en la cual

⁴.- " Concebido el individuo como subtrascendente, como valor en sí, desgajado e independiente de los grupos sociales (de los grupos intermedios) sólo frente al Estado, el ejercicio del Derecho se concibió como acto de libertad individual, defendido formalmente y remitido a la determinación de la libertad individual ". (MONTES PENADES, V.L. La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo. Madrid. 1980. pág. 54.)

⁵.- Refiriéndose al significado de cualquier codificación DE CASTRO Y BRAVO afirma gráficamente que " sea cualquiera la tendencia a que sirve, supone una condensación de ideas que con ello sólo, adquieren una mayor fuerza de expansión; su carácter monumental, les confiere el valor ejemplar de la obra lograda y la estabilidad de elaborar normas difícil de rehacer; para la nación que la realizó es internamente un centro de seguridad jurídica, de permanencia institucional más segura para la unidad jurídica y, con ello, para la unión política y social de un pueblo; externamente manifiesta el poder creador de los hombres de un país y de una raza, y será un medio enérgico de influencia cultural". (Vid. Derecho civil español. Madrid. 1984. pág. 176.)

; la visión jurídica de la personalidad responde, pues, al planteamiento social que impera en esos momentos; no importa ya el desfase que pueda originarse a partir de entonces entre la realidad jurídica y la realidad social, y ello fundamentalmente porque el Derecho cuya sistematización se pretende, ha logrado tal nivel de desarrollo que los mecanismos de adaptación previstos normativamente, son de fácil aplicación desde el mismo momento en que el cambio se opere.

Si la libertad del individuo es el supremo valor que hay que reconocer en el ámbito de las relaciones interpersonales, parece claro que es importante el papel que tiene que desempeñar igualmente un papel preponderante dentro del tráfico en el que ha de desenvolverse. Ciertamente el significado y el ámbito que con estas coordenadas había de otorgarse al principio de la autonomía privada va a estar muy influenciado por la forma de contemplar al que había sido elevado a categoría básica del Derecho civil.

3.- El reconocimiento de la autonomía privada y su significado.

⁶.- No podemos olvidar que el proceso de Codificación implica el resultado final de una determinada evolución político-social. En tal sentido apunta MALUQUER DE MOTES BERNET, "que constitucionalismo y codificación irán, pues siempre unidos, ya que son manifestaciones de un mismo proceso: cambio del sistema social, económico y político y necesidad de un nuevo ordenamiento jurídico que regule ese conjunto de transformaciones". (Vid. La codificación civil en España, síntesis de un proceso. R.D.Priv. Diciembre 1981. pág. 1086.)

De acuerdo con lo señalado hasta ahora, la consideración del individuo como centro del mundo jurídico-social, impuso la exigencia de convertirlo en protagonista de la regulación de las relaciones entre particulares⁷; esta soberanía individual que se pretendía plasmar en los textos normativos, tenía que ser semejante a la que ostentaba el Estado dentro del ámbito de su competencia, de tal manera que se hizo necesario trasplantar al ámbito privado un poder similar al de aquél que marca con sus disposiciones las directrices por las que ha de discurrir la convivencia social general.

La facultad de dictar normas que hagan imperativa la voluntad del que las establece, se incorpora así mediante el reconocimiento de la autonomía privada, a la esfera de la competencia propia de la persona individual; junto al ordenamiento estatal, va a surgir otro que derivado de aquél, tiene, no ostante, delimitado su propio campo de actuación: la relación jurídico privada, centra en sí misma toda la atención del antedicho poder. No en vano se ha dicho que " al autonomía es la facultad reconocida a sujetos distintos del Estado, de dictar

⁷.- Ciertamente la iniciativa privada surge al margen de la tutela jurídica, pero una vez que aparece y se orienta a la consecución de determinados fines que, además, reclaman medios para su satisfacción, la protección del ordenamiento se hace necesaria aunque lo se para fijar los límites que la convivencia social aconseja en aquella.

normas con eficacia jurídica"⁸.

De esta manera la autonomía privada se configura como la constatación jurídica del ámbito de poder que el ordenamiento estatal deja al descubierto para que pueda tener vigor en él la actividad de los particulares. En efecto, al margen de la protección jurídica que recibe la actual distribución de bienes y servicios, las incesantes necesidades de cambio y renovación aconsejan una serie de mutaciones en aquella que el individuo precisa introducir a través de las relaciones que con otros entable, de forma que las disposiciones que hayan de regularlas, reflejen su soberana voluntad al respecto.

No podemos olvidar que el principal atributo de la personalidad, sobre todo a partir de la consagración de los ideales revolucionarios, viene representado por la libertad, la cual, con independencia del campo en el que se desenvuelva, supone, por una parte, la facultad de actuar según los dictados de la propia voluntad, y por otra, la independencia necesaria para evitar cualquier forma de manipulación en el proceso

⁸.- DE VALLES, A. en voz. autonomía, en el Novissimo Digesto Italiano. T.4. Torino 1957. pág. 1558.

No se puede olvidar que puesto que nadie mejor que el hombre para apreciar y valorar sus necesidades y conveniencias, lo natural es que se le conceda la libertad precisa para llevar a cabo los actos que estime oportunos y de la manera que mejor enjuicie. En este sentido, es opinión comúnmente admitida aquella que coloca la base del derecho privado en torno al principio de la autonomía de la voluntad. LEHMANN, H. afirma que "las relaciones de los sujetos de derecho entre sí, están dominadas por el principio de la autonomía de la voluntad, es decir de la libre y voluntaria configuración de sus relaciones privadas. (Vid. Tratado de derecho civil. V.I. traducción de Navas, J.M. Madrid 1956. pág).

evolutivo que dicha independencia implica. Una vez que trasladamos esa libertad al ámbito jurídico, los anteriores postulados se ven completados por la constatación de su existencia ante el mundo del Derecho. La libertad jurídica, en cuanto atributo de la libertad personal, va a suponer la posibilidad de realizar actos sociales plenamente eficaces en el tráfico jurídico⁹.

De la mano de la libertad, nos desplazamos al campo propio de la autonomía privada. El poder de autodeterminación que cualquier manifestación de la libertad personal supone, sancionada por el ordenamiento jurídico, significa para el que de él goza, no sólo la posibilidad de dar origen, modificar o extinguir una relación jurídica, sino también la de dictar la normativa que la rija¹⁰. Conectando estas afirmaciones, con la anteriormente formuladas, podemos decir que la autonomía privada no es sino el poder que el ordenamiento jurídico otorga al individuo a fin de que ejercitándolo, atienda a la satisfacción

⁹.- Vid. en tal sentido LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA. Elementos de Derecho civil. T.II. V.2. Barcelona 1978 .pág. 9.

¹⁰.- Vid. al respecto GARCIA AMIGO, M. Instituciones de Derecho civil. Parte General. Madrid. 1979. págs. 206 y 207. DE CASTRO Y BRAVO. El negocio jurídico. Madrid. 1967. pág 13. DIEZ-PICAZO resalta la diferencia entre el actuar libre y el actuar autónomo al decir que "reconocer libertad significa permitir hacer, dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía es algo más: es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica propia. Existe autonomía cuando el individuo no sólo es libre, sino cuando además es soberano para dictar ley en su esfera jurídica". (Autonomía privada y el derecho necesario en la ley de arrendamientos urbanos. A.D.C.. octubre-diciembre 1956. pág. 1152.)

de sus intereses en sociedad. El carácter soberano en la actuación individual dentro del límite que representan los intereses particulares, define netamente el significado del comportamiento autónomo¹¹ y justifica sobradamente la razón de su reconocimiento legal.

En efecto, si de lo que se trata es de fomentar el completo desarrollo de la personalidad humana, permitiendo que la libre circulación de bienes y servicios responda exactamente a los intereses de sus titulares, nada más adecuado a semejante finalidad que convertir éstos en árbitros de los destinos de aquéllos. El reconocimiento jurídico de la autonomía privada supone, de esta manera, la consagración de un cauce mediante el cual pueda discurrir la satisfacción de las exigencias personales dentro del marco de las relaciones sociales.

Ciertamente, como se ha dicho en alguna ocasión "si los hombres tienen el arbitrio de dejar de ser libres cuando acuerden vincularse, el legislador ha de cuidar de que la libertad de uno

¹¹.- En este sentido BETTI tratando de describir los caracteres que conlleva todo acto de autonomía entendida como poder, señala con acierto, que nos encontramos ante un supuesto concreto, es decir, relativo a intereses de determinados sujetos al poder de los individuos y susceptibles de pasar de uno a otro; además de que va referido a la vida de relación y en tal sentido a la social pero no jurídica (el vínculo jurídico no es el contenido, sino el efecto del negocio y presupone ya una apreciación de trascendencia por parte del Derecho). Es un supuesto vinculante para el que lo establece y por tanto idóneo para elevarse a la categoría de hecho jurídico eficaz. (Teoría General del negocio jurídico. Traducción de Martín Pérez. Madrid 1952. pág. 122).

al actuar no viole la misma libertad de otro"¹².

Con independencia de que más adelante comprobemos los límites que la autonomía privada recibe en nuestro Derecho positivo, el reconocimiento que, en general, el derecho estatal de cada país puede oírse del poder soberano, es susceptible de tener un contenido diverso. De acuerdo con ello, frente a quienes pretenden descubrir una auténtica fuente normativa en la autonomía privada cuyas prescripciones en nada diferirían de las estatales, la mayor parte de los autores se inclinan en hacerla participe de una función que, nada despreciable, consistiría en servir de presupuesto generador de relaciones jurídico-privadas previstas ya, aunque en abstracto, por las normas procedentes del poder central¹³. Esta última forma de contemplar el fenómeno planteado satisface plenamente la razón de su existencia sin tener que transformar a los particulares en órganos del

¹².- Vid. STOLFI G. Teoría del negocio jurídico. Traducción de Santos Briz. Madrid. 1959. pág. 21 de la introducción).

¹³.- Parece claro que la resolución del problema planteado, está en íntima conexión con la idea de que se acoja de norma jurídica, si adoptamos un concepto amplio comprendiendo en él preceptos respecto de los cuales no se puede predicar la abstracción y la generalidad como cualidades básicas, es evidente que en su contenido podemos incluir las normas procedentes de la iniciativa privada; por lo contrario, si la abstracción y la generalidad son consideradas como elementos esenciales para que una disposición sea catalogada de jurídica, entonces tendremos que dejar fuera de su ámbito aquellas.

Así para FERRI, partidario del concepto lato de norma, la autonomía sería "un poder de producir cambios jurídicos y de producirlos del único modo posible: con el establecimiento (o modificación, o derogación) de una norma jurídica". (Vid. La autonomía privada. Traducción de Sancho Mendizábal. Madrid 1969. pág. 32).

En la misma línea TEDESCHI, G. Volontà privata autonoma. R.IN.FIL.DR. 1929. pág.817. Este autor afirma que en el ámbito del negocio jurídico nos encontramos "frente a una voluntad tomada en sentido normativo, es el llamado derecho objetivo".

ordenamiento jurídico. Dentro de sus postulados, los particulares no solamente pueden entablar relaciones con otros interesados, sino que además, van a tener en sus manos la posibilidad de dotarlas del contenido que mejor responda a sus aspiraciones concretas, de manera que las prescripciones que de su voluntad emanen, constituirán la ley suprema que rija en el ámbito reseñado, sin más límites que aquellos que de acuerdo con el sistema político-económico de cada país, corresponda en general, al poder reconocido a todos los particulares.

En definitiva, podemos afirmar que cuando un ordenamiento acoge entre sus principios fundamentales el de la actuación privada autónoma, lo que está haciendo, no es sino reconocer a los particulares un poder que les permite dictar las normas que den contenido a las relaciones jurídicas que hayan de regir sus intereses individuales y siempre, por tanto, dentro del marco en que la decisión privada pueda ser soberana por no lesionar otros intereses que se consideren más atendibles.

4.- La autonomía privada en el Código civil.

Tal y como ha sucedido en otros ordenamientos jurídicos, el Código civil español ha sido, sin duda, claro producto de una labor de época; en él se recogen los principios inspiradores del momento en el que surge, de manera que el de la autonomía de la voluntad aparece consagrado como el inspirador general en materia de relaciones jurídico-privadas. No podemos olvidar en este sentido, que el individualismo liberal llevó a sus últimas consecuencias el reconocimiento del interés personal, elevándolo a la categoría de criterio rector de la vida social y económica del momento. La codificación, concedora de estos postulados, plasmó el poder soberano de los particulares para crear relaciones jurídicas entre ellos, así como para reglamentar su contenido básico, sin más límites que los representados por valores superiores que se incorporaron precisamente, para atenuar los excesos de la euforia liberal¹⁴.

Así lo entendió también el legislador español, para quien cualquiera que fuere el sector que pudiera alcanzar la iniciativa privada, a él tendría que llegar el poder normativo de sus titular.

¹⁴.- OSSORIO MORALES, J.M. Crisis en la dogmática del contrato. A.D.C., octubre-diciembre 1952. pág. 1178.

Hemos visto en páginas anteriores, que la autonomía de la voluntad exigía alcanzar verdadera existencia, el reconocimiento de un poder no solamente de generar relaciones jurídicas, sino sobre todo, de regular su contenido como única vía de conseguir la cumplida satisfacción de los propios intereses; pues bien, la primera de estas funciones no plantea duda alguna, teniendo en cuenta que cualquier persona tiene en sus manos la decisión en torno a celebrar o no un contrato, a modificarlo o a extinguirlo¹⁵. En la regulación ofrecida en materia contractual, por el Código civil, cabe destacar el artículo 1255 mediante el cual el legislador, tras proclamar la libertad contractual, fija los límites que, repitiéndose en otros sectores, marcan las fronteras de la voluntad privada. De acuerdo con ello, el que cuente con un patrimonio disponible va a tener la posibilidad de ofrecerle la movilidad que exija la satisfacción de sus necesidades, no sólo en el ámbito jurídico-obligacional, sino también en el real¹⁶, abarcando incluso, aquel que ha de producir

¹⁵.- HERNANDEZ GIL, con referencia al contrato, hace descansar el dogma de la autonomía de la voluntad en un principio, entre varios, cual es el llamado de libre conclusión o celebración del contrato (autodecisión), y tras afirmar que toda persona es libre o no de contratar, señala que todas las personas están en una situación de igualdad para adoptar la decisión que juzguen oportuna. En el mismo sentido concrete que la ley asegura las condiciones de libertad para la celebración del contrato a través de la exigencia de la capacidad (artículo 1263), concediendo un derecho a la impugnación. (Derecho de obligaciones. Madrid 1983. pág. 228).

¹⁶.- Ciertamente la cuestión del "numerus clausus" o del "apertus" en la constitución de los derechos reales, ha sido sometida a una fuerte discusión doctrinal, y aún hay quien mantiene la posición contraria a la admisión del primero; sin embargo, la misma libertad de contratar invade esta materia no habiendo razones, a la luz también del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, para excluirla en su aplicación, del sector al que nos referimos.

De acuerdo con ello, el artículo 1255 del Código civil, aunque está referido directamente a los contratos, resulta aplicable por razones obvias a los demás negocios jurídicos, otorgando máxima libertad a los contratantes, al disponer que estos podrán establecer "los pactos, cláusulas y

sus efectos una vez fallecido su titular.

Pero el poder de dar origen a una relación jurídica determinada, no agota la posible extensión de la voluntad privada autónoma; antes al contrario, los particulares ven completar esas facultades con aquella otra de llenar de contenido la relación por ellos creada, de tal manera que sus poderes decisorios van más allá de la simple opción de negociar. No en vano el artículo 1091 del Código civil añade que "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos", con esta manera de proceder se está posibilitando que los particulares consigan los fines apetecidos al ejercer el poder que el reconocimiento de la autonomía supone, sin más requisitos en el mayor de los casos, que el mero consentimiento debidamente manifestado¹⁷.

También el artículo 1255 sirve para apoyar esta segunda función a que nos estamos refiriendo, al mencionar el posible contenido que los particulares pueden introducir en sus relaciones jurídicas, o el artículo 1089 que al situar al contrato entre las fuentes de las obligaciones, permite deducir que,

condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público".

De esta manera, la libertad de acción invade los campos en los que aparezca la personalidad jurídica.

¹⁷.- Vid. en este sentido el artículo 1258 del Código civil.

mediante la prestación del válido consentimiento, es decir, por decisión propia y libre, pueden los individuos resultar eficazmente obligados iniciando con ello un vínculo jurídico en el que quedan plenamente integrados como titulares. En esta misma línea, se sitúa el artículo 1257 cuando afirma que los contratos sólo producen efecto entre las partes que lo otorgan; las razones son obvias: ellos son los únicos que han querido voluntariamente mediante la manifestación de su querer dar origen a aquellos¹⁸, y ellos también, son los que pueden introducir los pactos y cláusulas que hayan de componer el contenido de la relación entre ellos entablada.

No queda aquí, sin embargo, el alcance de la autonomía privada; el principio básico del artículo 1255 recibe aplicación concreta en otras esferas de actuación individual¹⁹.

Así las cosas, la autonomía privada surgió y se consagró como principio general de Derecho y, en cuanto tal, como principio inspirador de nuestro ordenamiento jurídico aplicable, en consecuencia, en defecto de ley y de costumbre. La eficacia de su contribución en la mecánica de aplicación del Derecho resultaba con ello evidente; con su reconocimiento el ordenamiento asumía la obligación de proporcionar los

¹⁸.- Vid. igualmente los artículos 1254, 1258 y 1262 del Código civil.

¹⁹.- Este puede ser el caso de materias de diferente tratamiento jurídico.

instrumentos que sirvieran de vehículo a todos los niveles y en todos los ámbitos de dominación privada. Obligaciones y contratos se incorporan así como los medios más idóneos para que el reconocimiento formal efectuado alcance viabilidad práctica. El negocio jurídico, en general, absorbe en sí mismo, la vía fundamental en la realización concreta del poder que la autonomía encierra; junto al derecho subjetivo, agota los cauces mediante los cuales se da satisfacción a las necesidades del individuo en sociedad.

Por una parte, y según BETTI²⁰, con el derecho subjetivo se cumple " una finalidad estática de conservación y tutela; el negocio jurídico, por el contrario, tiene finalidad dinámica, de iniciativa y renovación". La misión de la autonomía privada en cada uno de ellos es bien diferente.

El derecho subjetivo no es sino un poder que el derecho objetivo concede al individuo y que le permite realizar todos los actos de uso y disfrute que consienta su contenido, así como también aquellos otros destinados a la defensa del mismo frente al ataque ajeno; en tales supuestos, la autonomía del titular radica en la soberanía respecto a las facultades que integran el contenido de la situación jurídica a que nos referimos, excluyendo en consecuencia, la intromisión de cualquier extraño a

²⁰.- op. cit. pág. 46.

su existencia en cuanto tal.

Pero no podemos olvidar que el fundamento esencial del reconocimiento de la autonomía privada se centraba básicamente en la oportunidad de dar satisfacción a los intereses de cambio y renovación de los individuos en el tráfico jurídico. El negocio jurídico se convierte en el instrumento por excelencia para el desarrollo de esa función, cualquiera que sea el ámbito en el que la declaración de la voluntad se manifieste; con él, la autonomía de la voluntad llega a su máxima consagración como principio jurídico.

Derecho subjetivo y negocio jurídico integran pues, el cuadro de las manifestaciones concretas del poder que la autonomía de los particulares encierra, siendo entre sí, complementos correlativos indispensables²¹. De acuerdo con esto, el individuo sabe, no sólo, que como titular de derechos particularizados, el ordenamiento le confiere un "status" en el cual resulta investido de una serie de facultades que es libre de ejercitar o no, sino que además, es consciente de que en el mismo momento en que decida introducir su patrimonio en el tráfico de bienes y servicios, dispondrá del instrumento más adecuado para

²¹.- Significativo es que con ambos términos se designan las dos aspiraciones esenciales que el derecho ha de llenar a fin de cumplir satisfactoriamente la misión a él encomendada en el ámbito de las relaciones sociales. En efecto, el derecho no sólo está obligado a proteger la distribución de los valores económico-sociales en la forma y condiciones que sus titulares quieran, sino que, además, ha de permitir a estos que den satisfacción a las necesidades que les surjan, mediante su movilización.

ello.

Con esta extensión, el reconocimiento formal de la autonomía privada que cualquier ordenamiento de signo individualista está obligado a consagrar, queda plasmada en los códigos que iban apareciendo. La pretensión de los legisladores, entre ellos la del nuestro, respondía en consecuencia a una evidente necesidad social: la de incorporar entre los preceptos positivos, normas que tuvieron como centro de atención preferente el poder individual; se entendía que era imprescindible garantizar la soberanía individual en todos los ámbitos a los que pudiera alcanzar y con la extensión que su titular estimare oportuna. De esta forma, el derecho positivo lo único que tendría que hacer, al mismo tiempo que proporcionar los cauces adecuados a ese fin, sería señalar los límites más imprescindibles, teniendo en cuenta y siempre presente que la misión de estos, más que restringir, consistiría en hacer realidad práctica aquella proclamación antes aludida.

Hay, finalmente, una cuestión sobre la que creemos que no se ha reflexionado lo suficiente: cuando hablamos de la autonomía de la voluntad, o del dogma de la voluntad, ¿a qué voluntad nos estamos refiriendo?. ¿Es la voluntad en sí, como querer interno de cada individuo, o es más bien el acuerdo de voluntades, lo que desencadena los efectos que normalmente atribuimos a la "autonomía negocial"?.

Nos parece interesante, en orden a situar nuestro objeto de estudio, diferenciar estos dos extremos. Para ello, recordaremos las funciones que en nuestro ordenamiento se atribuyen, en primer lugar, al acuerdo de voluntades, concluyendo con el análisis de las posibilidades abiertas para la voluntad unialteral, lo que constituye el punto más problemático.

II.- EL ACUERDO DE VOLUNTADES.

1.- En la constitución y configuración de las relaciones obligatorias: el contrato.

Parece claro que la convivencia entre los hombres impone la necesidad de que éstos dispongan de la posibilidad de desarrollar sus intereses de la manera que estimen conveniente, de forma que el Derecho sólo pueda establecer limitaciones que garanticen dichos intereses y derechos, contra el eventual arbitrio de cada uno²².

²².- Todo individuo tienen la posibilidad de crear cualquier clase de relaciones jurídicas, con tal de que estas no se hallen prohibidas por la ley, y establecer los límites, forma, naturaleza y contenido de las mismas, siendo la voluntad humana, al suprema ley que rija dichas relaciones. (ROCAMORA VALLS, P. Libertad y voluntad en el derecho. Madrid 1947. pág. 4).

COLIN Y CAPITAN opinan que "las relaciones jurídicas patrimoniales de los individuos, sus derechos y sus obligaciones respectivas, son en principio obra de la voluntad humana". (op.cit. en Libertad y voluntad...op. cit. págs. 2 y 3).

RUIZ-RICO, RUIZ-MORON, J. entiende que "autonomía privada es poder reconocido a los particulares para dictar normas plenamente eficaces en sus relaciones recíprocas". (Las prohibiciones de impugnar el testamento. Granada 1986. pág. 45).

La autonomía privada exige el reconocimiento de un poder, no sólo que dé origen a relaciones jurídicas, sino, y sobre todo, el de regular el contenido de éstas como única forma de satisfacción de los propios intereses.

La primera de las funciones que mira a la autonomía privada 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 y, como no, a modificarlo o extinguirlo²³.

Así las cosas, las normas creadas por la autonomía privada tienen un contenido propio, que las normas estatales determinan negativamente, sustrayendo al poder privado autónomo ciertas materias, ciertos grupos de relación en que el Estado se reserva su regulación²⁴. El fenómeno de la autonomía privada, está visto así en su aspecto de limitación o autolimitación en el marco de la ordenación estatal, y que deja espacios en los que puede

²³.- HERNANDEZ GIL, A. con referencia al contrato afirma que toda persona es libre o no de contratar, señalando que todas las personas están en una situación de igualdad para adoptar la decisión que juzguen oportuna.

En el mismo sentido, concreta, que la ley asegura las condiciones de libertad para la celebración del contrato a través de la exigencia de capacidad (artículo 1263 del Código civil) y de la sanción de los vicios del consentimiento (artículo 1265), concediendo un derecho a la impugnación. (Derecho de obligaciones...op. cit. pág.226).

²⁴.- Con ello nos queremos referir a los límites estatales reflejados en el Código civil en el artículo 1255 cuando dice:..."siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público".

insertarse la actividad de los particulares²⁵.

En el ordenamiento jurídico la voluntad se dará a sí misma su propia ley en la medida en que el mismo ordenamiento la reconozca y convalide como tal ley. La voluntad autónoma sufrirá el efecto de una ley exterior que la trueca en heterónoma: *sólo se puede hacer lo que no está prohibido*²⁶.

El artículo 1089 considera al contrato como fuente de las obligaciones, teniendo en nuestra opinión carácter de fuente principalísima²⁷, encaminándose a la creación de relaciones crediticias u obligatorias, aunque como veremos en páginas siguientes puede también transmitir la relación creditoria, tanto en su aspecto activo, como en el pasivo, y asimismo como un conjunto de créditos y deudas reunidos²⁸. Podrá también modificar las relaciones, ya existentes, o bien finalmente extinguirlas²⁹.

²⁵.- FERRI, L. La autonomía privada. Madrid 1969. pág.10).

²⁶.- CASTRILLO SANTOS, J. Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos. A.D.C. 1949. págs. 565 y 566.

²⁷.- Vid. en el mismo sentido TRABUCCHI, A. Istituzioni di Diritto civile. Padova 1960. pág. 67.

²⁸.- MOSSET ITURRASPE, J. Teoría general del contrato. Argentina 1976. pág.14.
También ANDREOLI. La cesione del contratto, Padova 1955. pág 123.

²⁹.- Son supuestos típicos de contratos extintivos: el pago por entrega de bienes o dación en pago, al transacción, por la cual se extinguen obligaciones litigiosas o dudosas, y con carácter general, la rescisión por acuerdo de las partes.

La expresión "fuerza de ley", utilizada en el artículo 1091 del Código civil para atribuir cierto valor normativo al contrato ha sido objeto de diversas interpretaciones.

Según la primera interpretación, en esa expresión se consagra el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como un poder normativo de valor semejante a la ley en el ámbito de intereses regulados por el contrato, lo que lógicamente lleva a establecer una antítesis entre la norma negocial creada por el contrato y los límites impuestos a la autonomía privada por las disposiciones legales, resolviéndose la antítesis en la proposición de que la autonomía de la voluntad domina como principio regulador de los intereses particulares en el ámbito del Derecho privado³⁰.

Según una segunda opinión y en opinión de HERNANDEZ GIL "no es tanto que el contrato, por serlo, tiene una fuerza equivalente a la ley, cuanto que la ley despliega también su fuerza respecto del contrato"³¹.

En cualquier caso, y con carácter general, es el contrato, como manifestación del acuerdo de voluntades (artículos 1254,

³⁰.- LALAGUNA DOMINGUEZ, E. Estudios de Derecho civil. Madrid 1978. pág. 18.

³¹.- Derecho de obligaciones. Madrid. 1969. pág. 239.

1261,1 y 1262 del Código civil), la instancia a la que la ley se remite para otorgarle fuerza normativa, es decir, fuerza constitutiva de relaciones obligatorias.

El artículo 1261 del Código civil exige como requisitos esenciales en todo contrato consentimiento, objeto y causa. Centrándonos en el consentimiento, éste es concebido en un primer momento en su más estricta consensualidad, por lo que no cabe el llevar a cabo un contrato si no es con la estricta participación de las partes, y si no concurre este elemento el contrato se considerará imperfecto y por tanto no válido³².

Con esta confirmación queda patente el hecho de que la voluntad conjunta o bilateral, configurada bajo la forma de contrato, está plenamente reconocida por el ordenamiento jurídico, figurando expresamente en el ya mencionado artículo 1089 del Código civil, como una fuente en virtud de la cual pueden aparecer obligaciones. Por todo ello, la idea de voluntad conjunta en el campo de la constitución de obligaciones es incuestionable, en el sentido de que está reconocida como tal en el propio ordenamiento jurídico³³.

³².- La jurisprudencia considera a este respecto que el documento firmado por ambas partes, aún sin unidad de acto, no constituye un reconocimiento abstracto de deuda, sino un negocio jurídico en el que concurren los requisitos de este artículo. (Sentencia de 23-septiembre-1986).

³³.- La voluntad, como expresión del consentimiento, es uno de los elementos fundamentales en todo contrato, siendo conocida la misma bajo el nombre de AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. Por ello el contrato es obra y coluntad de las partes, no pudiendo ninguno de ellos por separado hacer valer sus propios intereses.

Con ello no hemos hecho más que reafirmar el principio del *consensualismo*, cuyo significado es que todo intercambio de consentimiento o manifestación del mismo, debe ser considerado suficiente para crear obligaciones y transferir derechos³⁴.

2.- En la modificación de las obligaciones.

Del mismo modo que la voluntad conjunta o acuerdo puede generar obligaciones, puede igualmente alterar su contenido, siendo esta otra manifestación importante de la autonomía de la voluntad. La ley no exige la permanencia del consentimiento; los contratantes conservan el "poder de dirección" sobre el negocio que ellos mismos han creado, de tal modo que pueden modificar, de mutuo acuerdo, la autorreglamentación de sus intereses, con el único límite específico (derogada ya la regla de la invariabilidad de las capitulaciones matrimoniales) de los

³⁴.- Ante esto nos enfrentamos con el delicado tema de la expresión del consentimiento, considerado el mismo como "... todo comportamiento activo o pasivo, que permite conducir la existencia de una voluntad cierta..." (GHESTIN, J. Les obligations et le contrat. Paris 1980. pág.222).

Hay que distinguir entre los comportamientos que supone una verdadera intención de contratar de los que se traducen en una simple intención que carece de valor jurídico. Dicho comportamiento, puede ser activo o expreso y pasivo o tácito, con respecto a lo cual, debemos decir, que la distinción no está fundada sobre los mismos criterios, a veces existe una exigencia particular, para que se lleve a cabo la expresión del consentimiento sólo y exclusivamente de forma expresa.

El silencio como comportamiento pasivo carece de valor jurídico. (GHESTIN, J. ibidem pág.226)

Vid. también ROCA SASTRE, R.M. op. cit. V.I. págs. 1 a 18. CORNU, G. Regards sur le titre III du livre III, du Code civil... Cours D.E.A. Droit privé. Paris 1976-77. págs 183 y ss. GODE, P. Volonté et manifestation tacites. Lille. 1977. págs. 19 a 21. RIEG, A. Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en Droit civil française et alleman. L.G.D.J. 1961. n. 375. págs 368 y ss.

derechos de los terceros, así como los genéricos de la ley, moral y orden público.

Se trata, por lo demás, de una posibilidad bien conocida, a la que se ha dado doctrinalmente el nombre de novación modificativa o impropia (como contrapuesta a la extintiva), la cual, aun no estando expresa y terminantemente admitida por nuestro Código civil, ha sido reconocida sin duda por la jurisprudencia (véase sentencias de 22 de abril de 1957, 24 de abril de 1959, 20 de diciembre de 1960, 26 de enero de 1961, etc). Reñese además que la discusión doctrinal alrededor de la novación modificativa ha versado sobre el punto de su distinción respecto de la extintiva³⁵, pero nunca sobre la posibilidad de

³⁵...- Una solución a la ambigüedad o confusión aquí expuesta, puede ser el llevar a cabo una investigación de los precedentes históricos, los cuales por el principio de la continuidad del derecho nos pueden ayudar a dar la justa contestación al problema.

La base de la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones, se funda en las ideas de que los individuos son pequeños reyes absolutos, soberanos e independientes, por lo que la esfera jurídica de ellos no puede ser modificada sin una intervención de su voluntad.

No muy distante de la teoría de la autonomía de la voluntad, antes bien, muy similar a ella, es la doctrina relativamente reciente, de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones, defendida por varios autores de diferentes nacionalidades. Ellos proclaman como un gran principio el de la independencia del querer humano, añadiendo que el reconocimiento de este gran principio es el fundamento de todo progreso jurídico, defendiendo de esta forma el dogma de la autonomía de la voluntad. No se puede negar, que la voluntad unilateral es hoy, y cada día será más, una fuente importante de las obligaciones creadas por los particulares.

Son muchos los presupuestos e ideas que nos hacen ver que el principio de la libertad contractual no basta, que la vida moderna con sus complicaciones, sus progresos y sus conflictos de intereses, exige una revolución en la manera de concebir el contrato como fuente de las obligaciones; y en efecto, si bien se observa, hay actualmente muchos actos donde no existe la concurrencia o coincidencia de voluntades y sin embargo obligan. Y es tal porque el Derecho actual tiende a sustituir la consideración de la voluntad de las partes, con la confianza legítima que la actividad voluntaria de cada una de ellas inspira a la otra; pues si la confianza supone la voluntad y aquélla nace de ésta, hay que admitir que no es la voluntad psicológica o interna la única que debe preocupar a los juristas, sino la voluntad ya declarada, o sea, la voluntad mirada a través del medio social, de los usos, de las creencias de las sociedades e interpretada tal voluntad, según las exigencias de la lealtad, y de la buena fe.

Esto no quiere decir, que el fundamento y la medida de los actos jurídicos, y de los contratos,

que se produzca la alteración de la relación contractual por acuerdo de las partes que la constituyeron, lo cual no es sino una manifestación más del principio de la autonomía negocial.

3.- En la extinción de las obligaciones: el mutuo disenso.

A pesar de que el Código civil no recoge el mutuo disenso entre los distintos modos de extinción es admitido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que no consideran agotadora la enumeración del artículo 1156. Destacamos la sentencia de 5-diciembre-1940 la cual recoge en sus considerandos la idea de que "la enumeración del citado precepto no es agotadora, la cual 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, por lo cual, la Sala sentenciadora, al fundar su fallo en la consideración de que es una forma de extinción de las obligaciones la voluntad y consentimiento libre y espontáneo de las partes en darlas por rescindidas, no infringió los preceptos sustantivos".

La doctrina se pronuncia en el mismo sentido considerando axiomático el hecho de que lo que la voluntad crea puede la misma voluntad deshacer, y por eso incluye entre los modos de extinción

sea siempre la voluntad declarada, ni tampoco la voluntad real o interna. (VALVERDE VALVERDE, C. La evolución del contrato como fuente de obligaciones. R.D.Pr. 1914. pág. 305 a 312)

de las obligaciones el *contrarius consensus*³⁶, que significa que la voluntad de los contratantes puede disolver aquel vínculo que sólo por su voluntad decidida tuvo vida y eficacia.

DIEZ PICAZO considera al *mutuo disenso* o *desistimiento mutuo* "como un acuerdo de voluntades de las partes enderezado a dejar sin efecto la relación obligatoria". No es que se trate de una invalidez o de una ineficacia sobrevenida del negocio constitutivo, sino de una extinción de la relación contractual³⁷.

Por la claridad que es considerado el *mutuo disenso* como una forma de extinción de la relación contractual, el que no esté recogida como tal en el Código civil en el artículo 1156 no significa nada³⁸, ya que estará dotada en todo momento de validez y eficacia jurídica.

Volviendo al Derecho italiano, esta vez representado por

³⁶.- MIGUEL Y ROMERO, M. Enciclopedia jurídica española. T:XXIII. Voz. Mutuo disenso. pag. 295.

³⁷.- Lecciones de Derecho civil. T.II. Madrid 1987. pág 424.

³⁸.- Es más el proyecto de Código civil colocaba el "disenso" el primero entre los modos de extinción de la obligaciones.

El texto Justiniano considera este modo de extinguirse las obligaciones propio de los contratos consensuales, siendo ésta la opinión general de los autores. De todas formas, dicha regla debe ser igual para todos los contratos, porque todos se perfeccionan por el consentimiento, y es condición del "mutuo disenso" que se verifique antes de la consumación: después sería más que la disolución de la primitiva obligación, la celebración de otra nueva. (GUTIERREZ FERNANDEZ, M. Códigos o Estudios fundamentales sobre el derecho civil español. T.IV. Madrid 1871. pág. 181).

LUMINOSO encontramos al *mutuo disenso* plasmado en el artículo 1372 al señalar que: "el contrato tiene fuerza de ley entre las partes y sólo puede ser disuelto por mutuo consenso o por causa legalmente determianda", pero dicho artículo en opinión del autor consagra de hecho la figura pero no la disciplina, ya que no recoge su función, efectos y limitaciones. Hay que acudir a la parte general para suplir tan importantes deficiencias, y de ahí las bases marcadamente conceptualistas que la construcción pasa a ofrecer³⁹.

Dos problemas cremos que plantea el *mutuo disenso*:

- a) uno relativo a la retroactividad, la eficacia *ex tunc* o *ex nunc* de tal clase de actos o negocios anulatorios, y otro,
- b) la incidencia de ellos sobre el negocio precedente, el primario en forma directa, o sólo sobre los efectos del mismo.

De este modo planteamos el tema de si las partes pueden dotar de eficacia retroactiva a un determiando negocio encaminado a eliminar otro celebrado anteriormente.

Aparentemente todo esto constituye una desviación del principio de causalidad jurídica, ya que los efectos son anteriores a la causa. Los contratos normalmente regulan interess

³⁹.- LUMINOSO, A. *Il mutuo dissenso*. Milano 1980. pág 291 y ss..

Continúa diciendo este autor, que la variedad de opiniones sobre la naturaleza jurídica y ámbito de aplicación del mutuo disenso, se deben, en gran parte, a la diferente función o intento negocial que al mismo atribuyen.

para el futuro; influir sobre el pasado es excepcional. Por eso la retroacción sólo debe considerarse incluida en la esfera de la autonomía cuando está autorizada por la ley⁴⁰, en los demás supuestos no debe tener cabida tal retroacción en lo que a efectos extintivos se refiere.

III.- LA VOLUNTAD UNILATERAL.

1.- En el nacimiento de las obligaciones.

Conocido es el debate doctrinal en torno al problema de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones, es decir, si por virtud de un negocio jurídico unilateral, en el que alguien manifiesta su voluntad de quedar obligado, puede tener lugar el nacimiento de la correspondiente obligación, sin el concurso de la voluntad de la persona a favor de que queda constituida⁴¹.

DIEZ-PICAZO, considera que hay solamente dos grandes

⁴⁰. LUMINOSO, A. op. cit. pág. 302.

⁴¹.- Interesa averiguar la posibilidad de que una obligación nazca y quede mantenida con carácter irrevocable a favor de alguien cuya voluntad no ha intervenido en el negocio. (ROCA SASTRE, R.M. op. cit. pág. 17).

En el mismo sentido late la idea de que uno de los elementos esenciales del acto unilateral, es el interés único, siendo ello un elemento formal. De esto deriva la idea de que la naturaleza unilateral de un acto esté determinada más por su fondo que por su forma. (MARTIN DE LA MOUTE, J.L. acte juridique unilaterale. Paris 1928. pág. 218).

critérios para dividir lógicamente las fuentes: o bien la voluntad humana cristalizada a través de aquellos negocios idóneos de creación de obligaciones, o bien determinados hechos diversos o independientes de aquella voluntad, pero de los cuales la ley deriva, por una u otras razones, el nacimiento de una obligación⁴².

Por otro lado, LARENZ considera que las obligaciones pueden nacer: de negocios jurídicos, de una conducta social típica, de hechos legalmente reglamentados y, por excepción, de un acto de soberanía estatal con efectos constitutivos en la esfera del derecho privado⁴³.

Las tesis contrarias a la consideración de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, se apoyan en la idea de que la existencia de una relación obligatoria presupone no sólo

⁴².- Fundamentos de Derecho civil...op. cit. pág. 397.

Considera este autor que las fuentes enumeradas en el artículo 1089 no son suficientes, ya que el contrato por ejemplo, no agota ni cubre todas las posibilidades de creación de obligaciones por obra de la voluntad individual o de la autonomía privada. Sabemos que hay obligaciones que derivan de negocios jurídicos que no son estrictamente contratos, como es el caso de los negocios jurídicos unilaterales entre vivos, caso de la promesa unilateral y de las declaraciones unilaterales de voluntad.

⁴³.- Derecho de obligaciones...op. cit. pág. 369.

Es dentro de los negocios jurídicos cuando aparecen obligaciones derivadas de una conducta social típica.

BETTI establece al respecto una bipartición, en el sentido de que considera que todas las obligaciones derivan de negocios jurídicos o son obligaciones nacidas de la ley, siendo las primeras todas aquellas procedentes de la autonomía privada. Puede tratarse de negocios jurídicos bilaterales, como es el caso de los contratos, o unilaterales simples, como el tema de las promesas, la gestión de negocios ajenos y el mandato. (op. cit. pág. 500).

un deber de prestación a cargo de un sujeto, sino también la adquisición de un derecho por otra persona. desde este punto de vista, se estima que nadie adquiere derechos ni puede adquirirlos sin que medie su voluntad de llevar a cabo tal adquisición⁴⁴. Igualmente se aduce por los sostenedores de esta cuestión que la promesa unilateral no aceptada es esencialmente revocable, y por lo mismo no es obligatoria⁴⁵, y que toda declaración unilateral de voluntad carece de causa.

Otra dirección intermedia sostiene que el Derecho admite, por excepción, la fuerza de la promesa unilateral únicamente en aquellos casos que así lo exijan 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 de venta, tales como las de fundación o la de recompensa; c) los títulos a la orden y al portador. d) las estipulaciones para otro⁴⁶.

⁴⁴.- Aunque se considere que una declaración unilateral del deudor pudiera constituir a éste en el deber de llevar a cabo una prestación, ello no debe comportar la adquisición de un derecho de crédito por otra persona. (BARASSI, L.op. cit. pág. 54).

⁴⁵.- PACCHIONI, G. Diritto civile italiano. (parte segunda, Diritto delle obbligazioni). V.II. Dei contratti in generale. Padova 1939. pag. 56.

Por lo que se refiere a la revocación de la oferta Vid. MORENO QUESADA, B. La oferta al público y su eficacia jurídica. R.D.Mr. Madrid 1956. pág. 81.

⁴⁶.- STARCK, B. Droit civil. Obligations. Paris 1976. págs. 349 y ss.

¿Qué postura adopta el Tribunal Supremo ante dicha polémica?. Por lo general la doctrina jurisprudencial ha sido favorable al reconocimiento de la voluntad unialteral como fuente de obligaciones.

La sentencia de 17-octubre-1932 que "emitida la declaración de voluntad con ánimo de obligarse hacia otra persona a título de disposición y no de mera enunciación de un propósito, se genera un derecho de crédito a favor de la designada...esta espontánea determinación vinculatoria no sólo se recibe en la técnica jurídica de las relaciones actuales, sino que toma su arraigo en nuestro Derecho antiguo con la comprensiva fórmula del Ordenamiento de Alcalá"⁴⁷.

⁴⁷.- Jurisprudencia más reciente especula también acerca de la consideración o no de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

Destacamos la sentencia de 1-diciembre-1955 en la que se recoge textualmente: "...en el tantas veces citado documento se hace una declaración unilateral de voluntad...esa declaración, por las circunstancias concurrentes "in casu" fuerza vinculante para quien la hizo y pueda por ello ser compelido a la ejecución de las obligaciones que por ella contrajo en los propios términos en que fue contraído.

Que ante el arduo problema que plantea la eficacia de las declaraciones unilaterales de voluntad, como creadora de obligaciones, resuelto de diverso y a veces de opuesto modo por la doctrina española y extranjera, y por legislaciones positivas extrañas, lo cierto es que en la legislación española no se contienen normas que decididamente permitan acogerla no tanto por obra de la enumeración que se contiene en el artículo 1009 del Código civil, como por ser contados los casos en que pudiera apoyarse un esfuerzo constructivo sobre la base de los artículos 1330 del Código civil de 1887 o partiendo como punto de arranque de las obligaciones incorporadas a los títulos de crédito, la pública promesa u otras instituciones similares. Pero aún así nada se opone a que por modo muy excepcional pueda otorgarse eficacia a ciertas declaraciones de voluntad, cuando como en el caso contemplado no trata de crearse una obligación "ex novo", a modo de oferta que puede o no ser aceptada, sino, lo que es muy distinto de revelar y poner al descubierto una situación preexistente, cuyos orígenes y desenvolvimiento a través del tiempo no se conoce con detalle..."

En el mismo sentido la sentencia de 21-junio-1945.

La sentencia de 3-febrero de 1973 viene, de algún modo a poner las cosas en su sitio, en palabras de DIEZ-PICAZO:

a) esta sentencia indica que siempre existe, efectivamente, la posibilidad de que la declaración unilateral de voluntad tenga un valor probatorio, o habría que añadir un valor reconocitivo, de reconocimiento y de fijación de situaciones jurídicas anteriores, tal y como ya ha quedado plasmado en la sentencia de 1 de diciembre de 1955, antes comentada.

Parece claro que esta función asignada a la declaración, cae por completo fuera de la hipótesis de las fuentes de las obligaciones. Lo que es unilateral en estos casos es el documento que se redacta, pero no el conjunto de promesas o de consentimientos necesarios para el nacimiento de la obligación. El documento unilateral y de la declaración unilateral fuente de obligaciones son fenómenos distintos.

b) otro aspecto a destacar de esta sentencia es la virtualidad que asigna a la jurisprudencia anterior, que pareció abrir vía a algunos tipos de declaraciones unilaterales. La consecuencia que de ello se puede extraer es que la promesa unilateral constituye un vínculo idóneo para transformar una obligación natural en obligación civil o, si se quiere, para producir la novación de una obligación del primer tipo en una obligación del segundo tipo. Sin embargo, siempre estará claro que la promesa unilateral no será fuente de donde nazca *ex novo* la obligación. La

obligación nacerá de un hecho o de una situación apta para engendrar un deber jurídico que según las ideas imperantes en la conciencia social merezca el calificativo de "obligación natural". La promesa unilateral no es más que un modo de transformación o de novación de aquélla ya originada obligación.

c) Por último, la sentencia en cuestión parece importante en la medida en que, por primera vez, en nuestra jurisprudencia se ligan en forma vigorosa y coherente las promesas unilaterales con su causa, ya que el requisito de la causa no sólo es aplicable a los contratos de los artículos 1261 y 1274, sino a toda clase de obligaciones y, entre ellas, a las unilaterales originadas⁴⁸.

Podemos concluir, de cara al Derecho español, diciendo que, si bien es cierto, como dice ROCA SASTRE, que, "ningún precepto del Código civil reconoce que la voluntad unilateral pueda crear obligaciones"⁴⁹, tampoco la excluye como tal, por lo que el

⁴⁸.- DIEZ PICAZO, L. Las declaraciones unilaterales como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A.D.C. 1974. págs. 473 y 474.

Respecto a esta misma sentencia ALBALADEJO considera que si bien en lo que el Tribunal Supremo basa la desestimación de las pretensiones del actor-recurrente es en la falta de causa de la obligación reclamada, sin embargo, al tocar el tema de la voluntad unilateral, declara que: "toda la doctrina jurisprudencial... viene estableciendo y razonando en el sentido de que lo mismo en la promesa unilateral como en la declaración de voluntad unilateral... se engendra únicamente una situación de vinculación del promitente o del declarante, que posee un simple valor probatorio de la final constitución de la misma que requiere en todo caso, no sólo una aceptación del acreedor que refleje con claridad la concordancia de voluntades exigidas por el artículo 1261 del Código civil para la creación del nexo contractual...". La voluntad unilateral es una simple oferta, que precisa la aceptación para que surja la obligación del promitente; o lo que es lo mismo, que la obligación nace, no de la voluntad unilateral, sino del acuerdo o contrato entre el oferente y el aceptante. ALBALADEJO GARCIA, M. Sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones. R.D.Priv. 1977. pág. 6.

⁴⁹.- Obra citada en DELL'AGUILA, op.cit. pág. 796.

artículo 1089 y sus causas no deben ser consideradas taxativas. En consecuencia, queda justificada la postura de nuestra jurisprudencia al admitir excepcionalmente algunos supuestos (como, la promesa pública de recompensa, oferta irrevocable, etc) de voluntad unilateral como fuente de obligaciones.

2.- En la modificación de las obligaciones.

Como dice el artículo 1091 del Código civil, "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de las mismas". Por su parte el artículo 1256 establece " la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes".

De estos dos preceptos, piedras angulares de la arquitectura de la regulación del Derecho de obligaciones en el Código civil, derivan dos principios fundamentales, claramente conectados entre sí:

- a) El principio de vinculación y obligatoriedad, según el cual las partes no pueden modificar unilateralmente el contenido negocial de un contrato una vez que esta reúna las condiciones esenciales para su validez (ver también artículo 1278), y
- b) el principio de irrevocabilidad, según el cual las partes no

pueden desligarse unilateralmente, y su causa justificada del "compromiso" contractual adquirido, es decir, del cumplimiento de su obligación (*pacta sunt servanda*).

Analizaremos este segundo principio en el epígrafe siguiente (en realidad, a lo largo de toda la tesis), y nos centraremos ahora en el primero.

Si el contrato (y, por tanto, la obligación) es el fruto del acuerdo entre dos o más volutades, deriva lógicamente la consecuencia de que su contenido no puede ser alterado unilateralmente, diciéndose por ello en el artículo 1258 que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces se obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". La novación modificativa objetiva exigirá, por tanto, como regla general, el consentimiento de todos los intervinientes en el contrato. Tal regla, sin embargo, no es absolutamente incontrovertida, sino que puede admitir alguna excepción. Existe un grupo de supuestos en los que, excepcionalmente, una sola de las partes puede, unilateralmente, y aún con la oposición de la otra, modificar el contenido de la obligación nacida del contrato. Son los casos denominados "excesiva onerosidad sobrevvenida", en Derecho italiano, "alteración de la base del

negocio" en Derecho alemán⁵⁰, y "cláusula rebus sic stantibus" en Derecho español, en los que no podemos entrar detenidamente. Baste decir que si dotamos a la cláusula *rebus sic stantibus* de un carácter meramente modificativo encaminado a compensar un desequilibrio en las prestaciones u obligaciones, cabe perfectamente que este se lleve a cabo por la voluntad de la parte afectada, no vulnerando en ningún momento el principio de obligatoriedad que nos ocupa⁵¹, recordando por último, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha sentado unos requisitos que se han de tener en cuenta para el ejercicio de la cláusula:

A.- Alteración extraordinaria de las circunstancias, en el momento del cumplimiento del contrato, en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.

B.- Desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que de alguna forma lo que hacen es derrumbar el contrato.

C.- Que todo ello acontezca por la sobrevenida aparición de

⁵⁰.-LARENZ considera que la transformación de las circunstancias existentes, en el momento de la conclusión del contrato, sólo pueden considerarse como desaparición de la base del negocio, en los siguientes supuestos:

1.- Si ambas partes han celebrado el contrato, precisamente en atención a determinadas circunstancias cuya persistencia o aparición, era positivamente esperada por ellas.

2.- Si la subsistencia de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato es necesaria objetivamente para que el contrato pueda continuar existiendo, como una reglamentación de intereses, dotada de sentido. (LARENZ, K.op.cit. en DIEZ PICAZO, L.en Fundamentos de Derecho civil patrimonial Madrid 1987.pág 850)

⁵¹.- Así se manifiesta también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en las sentencias de 12-junio-1956 y 17-mayo-1957.

circunstancias radicalmente imprevisibles.

D.- Que se carezca de otro medio, para remediar y salvar el perjuicio⁵².

3.- En la extinción de las obligaciones: el desistimiento unilateral.

Enlazado con lo anteriormente señalado y aparece el principio de irrevocabilidad contractual.

Dicho principio va a tener aplicación bajo la premisa de que *sólo las partes contratantes pueden por mutuo acuerdo, y siempre que no perjudiquen a tercero modificar o revocar el contrato celebrado por ellas.* Lo que nos interesa de este principio limitativo, son las excepciones al mismo, pues ahí será donde nos encontraremos la posibilidad de que se produzca la desaparición de

⁵².- Sentencias de 17-mayo-1957 y 6-junio-1959.

La jurisprudencia también considera que no hay que olvidar el principio de la buena fe en toda modificación sobrevenida de la circunstancias: sentencia de 30-junio-1948.

Para que entre en funcionamiento la modificación del régimen de la relación obligatoria y del sistema de organización de intereses, por desaparición sobrevenida de la base del negocio, es necesario que se den requisitos, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de puntualizar.

Estos requisitos quedan así:

- las relaciones obligatorias, han de ser de "tracto sucesivo" u obligaciones de carácter duradero.
- obligaciones pendientes de ejecución.
- debe producirse una desaparición sobrevenida, sobre la base del negocio.
- la desaparición de la base del negocio, ha de producirse como consecuencia de una alteración de las circunstancias que debe considerarse como extraordinaria en el momento de su aparición.
- la alteración sobrevenida de las circunstancias, debe de determinar un perjuicio, que resulta injustificado, de acuerdo con el sistema de responsabilidad, estatuido para la obligación.

Los efectos que produce dicha modificación, oscilan, entre la atribución de un efecto resolutorio o extintivo de la relación contractual, o un efecto simplemente modificativo, de reajuste o revisión, encaminada a compensar el desequilibrio de las prestaciones.

la relación contractual por la exclusiva voluntad de una de las partes. Dichas excepciones son las siguientes:

1 : La revocación por causa de ingratitud o superveniencia o supervivencia de hijos en las donaciones (artículos 644 y 648 del Código civil).

2 : El desistimiento unilateral, que se admite en ciertos contratos especiales, como el mandato, el de sociedad, el de prestación de ciertos servicios o de trabajo, etc.

3 : La facultad de pedir la resolución que en los contratos bilaterales, se concede a cada una de las partes cuando la otra no cumpliera lo que le incumbe. (artículo 1124 del Código civil).

4 : La rescisión por lesión en los contados casos en que nuestro Código la admite. (artículos 1291 y 1293).

5 : La revisión o modificación de cláusulas que puede pedir una de las partes en el contrato de arrendamiento, según las leyes recientes, que estudiaremos en su lugar oportuno.

6 : La posibilidad que muchas teorías modernas preconizan de instar, en los contratos de prestaciones periódicas o ejecución sucesiva, la resolución, la suspensión o la revisión del contrato en aquellos casos en que, por virtud de acontecimientos

posteriores a la conclusión del mismo y que no se pudieron prever, resulta extremadamente onerosa para una de las partes. Se trata aquí del problema, tan discutido hoy, de la influencia de la alteración de las circunstancias en la relación obligacional o, en otros términos, de la resolución o revisión judicial del contrato⁵³.

Sin perjuicio de que a lo largo de la investigación tratemos cada una de estas excepciones, la que ahora nos interesa como más representativa de la voluntad en la extinción de las obligaciones, es la relativa al desistimiento unilateral admitido en algunos contratos, no pudiéndose poner en práctica en aquellos otros que no esté permitido o recogido como tal en la ley⁵⁴.

Así las cosas, la revocación asemejada en este caso al desistimiento se produce sin la necesidad de que intervengan todas las partes que participaron en la constitución del contrato, teniendo plena validez toda desaparición del negocio fomentada y llevada a cabo por la exclusiva voluntad de una de las partes.

⁵³.- CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho civil español...op. cit. pág.615.

⁵⁴.-El principio de revocabilidad contractual se encuentra plasmado en el artículo 1256 del Código civil, lo cual no quiere decir que a veces la ley permita a una de las partes, dejar sin efecto el contrato unilateralmente, bien porque concurren determinadas causas que así lo autoricen, o porque alguna de las partes no quiera seguir manteniendo el vínculo contractual. (OSSORIO MORALES, J. Lecciones de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Granada 1956. pág. 268.).

Nuestro Código civil, no contempla este fenómeno con carácter general, aunque es admitido respecto al contrato de obra en el artículo 1594, también para el de sociedad, donde se habla de la disolución de la sociedad por la "renuncia" de uno de los socios en los artículos 1700-4 y 1705, y en el contrato de mandato en cuando que está permitida la revocación por parte del mandante y la renuncia por el mandatario en los artículos 1732-1 y 1732-2 respectivamente.

La terminación de la relación por la sola y libre voluntad de una de las partes, puede tener su fundamento en la atribución *ex lege* de la facultad de extinguir la relación, o en la concesión de dicha facultad, por el negocio constitutivo de la obligación.

La gran cuestión relativa al desistimiento unilateral gira en torno a esta doble alternativa:

- 1 .- Si el desistimiento unilateral y voluntario de una relación obligatoria, es excepción a la regla general, y por consiguiente debe de someterse a una interpretación restrictiva, siendo imposible su generalización a otros supuestos,
- 2 .- O si por el contrario, los supuestos legales admitidos constituyen indicios o datos suficientes para detectar la existencia de una *ratio unitaria* y de un principio general, que permitiera la aplicación analógica de los mismos .

Ambas posturas expresan, a su vez, dos consideraciones enfrentadas entre sí:

- a) una relativa a la subsistencia y ejecución de la obligación, no pudiéndose dejar al arbitrio de una de las partes, y otra
- b) la exigencia de que la vinculación obligatoria no sea nunca indefinida, ni muchos menos perpetua⁵⁵.

¿Qué requisitos son exigidos por el ordenamiento jurídico, por la doctrina y la jurisprudencia para considerar al desistimiento válido a todos los efectos?. Se han señalado los siguientes:

1 : El ejercicio de esa facultad se ha de realizar mediante una declaración de voluntad que ha de ser recepticia y hecha de buena fe. Este último requisito impone la existencia de un plazo de preaviso, -no desistir por sorpresa- con la necesidad de prolongar la ejecución para que la otra parte tome sus medidas⁵⁶.

2 : Debe de tratarse de relaciones obligatorias duraderas, que carecen de plazo contractual de duración y que se encuentran fundadas en la recíproca confianza de las partes⁵⁷.

⁵⁵.- DIEZ PICAZO, L. Fundamentos...op. cit. pág. 850.

⁵⁶.- DIEZ-PICAZO, GILLOM BALLESTEROS. Sistema...op. cit. pág. 306.

⁵⁷.- Sentencia de 14-febrero-1973.

En cuanto a los efectos, diremos que son efectos *ex nunc*, sin eficacia retroactiva. Cuando la voluntaria terminación del negocio se produzca en interés exclusivo del que desiste, este asume el deber de dejar a la otra parte indemne de los daños y perjuicios que como consecuencia de la extinción se produzcan.

CAPITULO PRIMERO.

PRECISIONES TERMINOLOGICAS: EL DESISTIMIENTO UNILATERAL Y OTRAS FIGURAS EXTINTIVAS AFINES.

I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

II.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CONCEPTUALES DE LOS TERMINOS PROPUESTOS.

- 1.- Diferencias respecto a la configuración jurídica de cada uno de ellos.
- 2.- Utilización indistinta en las diferentes relaciones obligatorias y contractuales.

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.

1.- Desistir:

- A) En el ámbito legal.
- B) En el ámbito jurisprudencial.
- C) En el ámbito doctrinal.
- D) Conclusión.

2.- Denunciar:

- A) En el ámbito legal.
- B) En el ámbito jurisprudencial.
- C) En el ámbito doctrinal.
- D) Conclusión.

3.- Disolver:

- A) En el ámbito legal.
- B) En el ámbito jurisprudencial.
- C) En el ámbito doctrinal.
- D) Conclusión.

4.- Renunciar:

- A) En el ámbito legal.
- B) En el ámbito jurisprudencial.
- C) En el ámbito doctrinal.
- D) Conclusión.

5.- Rescindir:

- A) En el ámbito legal.
- B) En el ámbito jurisprudencial.
- C) En el ámbito doctrinal.
- D) Conclusión.

6.- Resolver:

- A) En el ámbito legal.
- B) En el ámbito jurisprudencial.
- C) En el ámbito doctrinal.
- D) Conclusión.

7.- Revocar:

- A) En el ámbito legal.
- B) En el ámbito jurisprudencial.
- C) En el ámbito doctrinal.
- D) Conclusión.

IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LOS TERMINOS ESTUDIADOS:

- 1.- Declaración de Voluntad.
- 2.- ¿Hecho, acto o negocio jurídico?
- 3.- Conclusiones al respecto.

V.- EFECTOS.

VI.- PUNTUALIZACIONES FINALES.

I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA:

La doctrina, la jurisprudencia e incluso el propio legislador han utilizado con demasiada frecuencia los términos desistir, denunciar, disolver, renunciar, rescindir, resolver y revocar, o algunos de entre ellos, de manera indistinta, sin especificar el significado preciso y diferenciado de cada uno, lo que plantea la necesidad de un deslinde terminológico y conceptual que ayude a conocer el contenido y alcance de cada término, para poder llevar a cabo una correcta utilización de los mismos.

Se suele aludir con dichas expresiones a un mismo fenómeno: la extinción o terminación de la relación obligatoria ya constituida e informada por el principio de vinculación contractual, como consecuencia de la voluntad de una de las partes¹. ESPIN CANOVAS considera el efecto vinculante derivado de la propia ley del contrato, en el sentido de que sometidas las partes a la ley del contrato no pueden en adelante desligarse unilateralmente de ese vínculo, y así expresamente lo dispone el Código Civil diciendo que "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los

¹.- El fundamento legal del principio de vinculación contractual está representado en el Código civil por el artículo 1091 en donde se dice que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

contratantes" (artículo 1256)².

Ocorre, sin embargo, que los distintos supuestos de terminación unilateral del contrato no encuentran su fundamento en razones homogéneas, ya que motivos de equidad, de equivalencia de prestaciones, económicos, de política social e incluso de necesidad, pueden llevar a una de las partes a esa actuación unilateral. De este modo, el desistimiento que recoge el artículo 1594, relativo al contrato de obra, por parte del comitente o dueño de ésta, encuentra su fundamento en lo gravoso que sería para el comitente no poder abandonar el proyecto porque hubiera desaparecido la necesidad que tenía de la obra o, por otros motivos, no deseara continuarla³.

Por tanto, resulta necesario realizar un esfuerzo conceptual para delimitar lo más precisa, y argumentadamente posible el contenido que dicha actuación debe tener, en base a que sea una u otra la causa de ese proceder.

Como no es indiferente cual sea la razón que justifique la extinción por voluntad unilateral, dado que ésta deberá venir siempre específicamente prevista en atención a lo excepcional de

2.- Manual de Derecho civil español. V.III Obligaciones y Contratos. Madrid 1974. págs. 406 y ss.

3.- ESPIN CANOVAS, D. op. cit. pág. 566.

la medida⁴, nos preguntamos dónde puede estar el fundamento de ese proceder; y ello es necesario porque si recurrimos al reconocimiento que el Código Civil hace del actuar autónomo nos encontramos con un precepto, como el artículo 1255, que reconoce en toda su amplitud el principio de autonomía de la voluntad, pero resulta que lo hace respecto de la voluntad conjunta y no de la unilateral. Esta es la razón de que nos cuestionemos donde puede estar dicho fundamento. Por otra parte, la causa de su carácter excepcional debe venir recogida de forma expresa en todos los contratos en los que se conceda la facultad de proceder de esa forma. Y ello, porque un reconocimiento autónomo y general de dicha potestad unilateral iría en contra de los principios generales establecidos por el Código Civil.

Será necesario proceder a la tarea de ajustar los términos a los conceptos; o dicho de otro modo, resulta preciso dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿tienen el mismo significado los términos desistir, denunciar, disolver, renunciar, rescindir, resolver y revocar aplicados a una relación contractual?, ¿cada uno de ellos tiene delimitada su parcela para dar denominación a una determinada actuación jurídica de contenido y consecuencias diferentes?.

⁴.- Ya hemos señalado lo extraordinario que supone el llevar a cabo unilateralmente la extinción de un contrato, por lo que el propio legislador recoge en el artículo 1256 del Código Civil, estableciéndose que la validez y el cumplimiento de los contratos, no puede dejarse al arbitrio de una de las partes.

Son cuestiones cuyas respuestas, afirmativas o negativas, si bien no proporcionan completa solución al problema planteado, si ayudarían a dar un paso más en la búsqueda de la delimitación conceptual de esos diferentes términos.

En efecto, son muchos los motivos que pueden mover a una parte a llevar a cabo la finalización de la relación contractual por su exclusiva voluntad. A veces, esta iniciativa puede estar movida por haberse detectado la lesión de un interés de la propia parte o de un tercero y, en consecuencia, poner de manifiesto la ineficacia del negocio al menos en la medida del perjuicio ocasionado⁵. En otras ocasiones puede ir orientada a dejar las cosas en el estado inicial, esto es, como si no se hubiera celebrado el contrato, y ello a causa del incumplimiento de una de las partes, denominándose en la mayoría de los casos

⁵- Vid. BETTI, E. Teoría general del negocio jurídico. Traducción y concordancia con el Derecho español por Antonio Marín Pérez. Madrid 1969. pág. 370.

Continúa diciendo este autor que "la observancia de los límites que la autonomía privada está obligada a respetar, sometiéndose a la condición de igualdad relativa entre las partes, o también en interés de determinados terceros llamados a soportar ciertos efectos indirectos del negocio, da lugar a la figura de ineficacia, cuya efectividad se remite a la iniciativa de la parte o del tercero interesado. La iniciativa, encaminada, ante todo, a hacer comprobar la lesión de un interés de la parte o del tercero y, por consecuencia, a hacer pronunciar la ineficacia del negocio, al menos en la medida del perjuicio ocasionado, puede asumir la figura de revocación, rescisión, reducción o resolución del negocio".

¿Cabría la posibilidad de establecer una rescisión parcial? Si partimos de la idea de que la rescisión es una forma de ineficacia del contrato anteriormente celebrado, por las causas que recoge la ley en el artículo 1291 y siguientes, no cabe la posibilidad de que se produzca una rescisión parcial, pues lo que se intenta con esta forma de ineficacia es que las cosas vuelvan al estado inicial que estaban cuando se celebró el contrato. Vid. en este sentido CASTAN TOBEÑAS, Derecho civil español, común y foral. T. III. Derecho de obligaciones. Madrid 1983. págs. 644 y ss. DEL PICAZO, L. Fundamentos de Derecho civil. Vol. I. Madrid. 1986. pág. 327.

resolución por incumplimiento⁶.

Esta es la razón de que procedamos a realizar un estudio pormenorizado de cada concepto, para después establecer las diferencias entre cada uno de ellos. De esta manera pretendemos dar una explicación del porqué de su ubicación y utilización en las distintas ocasiones en las que aparece, ya que a veces se hace sin criterio y otras bajo criterios que a primera vista parecen diferenciadores y excluyentes los unos de los otros, pero que, en definitiva, por no ser así, lo convierten en un tema algo confuso y sin posibilidades de aclaración a causa de la complicación que en el campo jurídico-conceptual supone la conjugación de todos estos conceptos.

Se comprobará tras la lectura de este capítulo, que el intento no llega más allá de una ordenación y sistematización, producto de un estudio particularizado de cada uno de los conceptos en juego, con lo que se intenta dar respuesta a la cuestión antes planteada.

⁶.- Vid. artículo 1124 del Código civil.

II. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CONCEPTUALES DE LOS TERMINOS PROPUESTOS.

A primera vista, difícil se nos plantea la tarea de dar respuesta a este apartado, aunque pensemos que sin duda hay diferencias y que no son conceptos sinónimos.

Si bien gramaticalmente son términos diferentes, participan de un significado común: poner fin a algo ya iniciado⁷. Esta circunstancia básica nos puede servir para llevar a cabo un primer acercamiento con la perspectiva desde la que pretendemos realizar la delimitación conceptual planteada, que, como bien sabemos, es la relativa a la extinción o finalización unilateral del vínculo u otra relación jurídico-material.

Las causas por las cuales se procede con tal finalidad y las consecuencias de esa actuación unilateral, en una relación formada e iniciada bilateralmente, son cuestiones que estudiaremos en los capítulos siguientes, pero cuyo planteamiento

⁷- CASARES, J. en su Diccionario Ideológico de la Lengua Española, de la Real Academia Española, define así los siguientes conceptos: "DENUNCIAR: ...publicar solemnemente. Declarar oficialmente el estado ilegal o indebido de una cosa. pág. 266..... DESISTIR: apartarse de una empresa o cesar en la ejecución de algún intento. Hablando de un derecho, renunciar a él. pág. 283..... DISOLVER: desatar, deshacer algún nudo... separar, desunir las cosas que estaban unidas de cualquier forma o modo. pág. 301..... RENUNCIAR: hacer dejación voluntaria de una cosa que se tiene, o del derecho y acción que se puede tener. Rechazar no querer admitir una cosa. Despreciar o abandonar. pág. 723..... RESCINDIR: anular o dejar sin efecto un contrato, obligación, etc. pág. 726..... RESOLVER: tomar una decisión terminante. Resumir, recapitular. Desatar una dificultad, o dar solución a una duda. Hallar la solución de un problema. Deshacer, destruir. pág. 729..... REVOCAR: anular o dejar sin efecto una concesión, un mandamiento o una resolución. Hacer retroceder ciertas cosas. pág. 733."

pone de manifiesto el carácter excepcional que encierra el funcionamiento de cualquiera de ellos ^e.

Resultaría atrevido en este momento afirmar que es indiferente utilizar los términos desistir, revocar o resolver para denominar un mismo fenómeno, cuando parece que tanto por parte de la doctrina como por los distintos cuerpos legales se emplean dichas expresiones sabiendo de antemano que las causas de la actuación, y el contenido de cada uno de ellos, son diferentes y, por ello, sin una significación idéntica, a pesar de lo cual son empleados indistintamente.

1.- Diferencias respecto a la configuración jurídica de cada uno de ellos.

Debe adelantarse a este respecto que la configuración jurídica de todos estos conceptos está lejos de ser considerada un todo unitario, pues, si nos situamos en los preceptos que el Código Civil dedica a algunos de entre ellos, en cada caso en particular es utilizado con una finalidad distinta, lo cual hace que se consideren como términos que tienen configuración jurídica diferente con consecuencias y finalidades también

^e.- Vid. es este respecto artículo 1256 del Código Civil.

distintas⁹.

2.- Utilización indistinta en las diferentes relaciones obligatorias y contractuales.

Es fácil apreciar cómo la doctrina sitúa la ineffectividad del negocio y su extinción por causas surgidas a *posteriori*, o lo que es igual, por motivos subsiguientes a la constitución del mismo aunque hayan podido ser previstos por las partes, en tres supuestos fundamentales; se mencionan así las condiciones resolutorias, la resolución por inejecución de una de las partes y la revocabilidad, consideradas cada una de ellas diferentes entre sí en cuanto a su respectivo campo de aplicación.

En efecto, la resolución, ya sea en la forma de condición resolutoria o por inejecución, tiene su ámbito delimitado propia y concretamente en aquellos contratos que tienen alcance bilateral y se produce, bien por la voluntad expresa de las partes, bien por una voluntad tácita en la convención jurídica, a la que responde el tan importante artículo 1124 del Código Civil. El fundamento de la desaparición del

⁹.- En ningún momento se contempla con la misma configuración jurídica el término RESOLUCION empleado en el artículo 1124 del Código Civil en relación con el incumplimiento de las obligaciones sinalagnáticas y el DESISTIMIENTO del artículo 1594 del mismo cuerpo legal; pues aunque ambos, resolver y desistir, extinguen la relación en la cual actúan, cada uno expresa una finalidad y también consecuencias dispares.

negocio, por esa causa, se encuentra en cualquiera de estas hipótesis, en la culpabilidad, de tal forma que el impulso destructivo de una de las partes aparece por el juego de una conducta que, prevista y exigida en el contrato, al no producirse en la realidad hace decaer el negocio en su causa e incurrir a la persona en culpa¹⁰.

Respecto a la revocabilidad del negocio, se puede afirmar, a la hora de delimitarla con precisión, que es su contenido el que la distingue de otras figuras afines especialmente del desistimiento unilateral; y ello a pesar de que ambas hipótesis coinciden en representar una ruptura unilateral del negocio. También el supuesto jurídico de cada uno de ellos es diferente, por lo que la doctrina se ha cuidado de perfilar las situaciones¹¹, máxime teniendo en cuenta que incluso existen

¹⁰.- PUIG PEÑA, P. Voz: desistimiento unilateral. En Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix. Barcelona 1950. pág. 291.

¹¹.- " Se considera como una causa extintiva, pero presenta respecto al desistimiento profundas diferencias. Es una declaración unilateral de voluntad del que revoca, a veces a instancia de autoridad, que se dirige contra un acto precedente eliminándolo, mediante una nueva declaración de voluntad que anula la primera; tiene por objeto solamente actos jurídicos, especialmente unilaterales, no continuados, pudiendo comprender declaraciones de voluntad, que todavía no han dado lugar a la conclusión de un negocio, por ejemplo la propuesta de contrato; tiene la revocación- fundamento exclusivamente legal y efectos retroactivos, teniendo el acto eficacia real, y no produce por regla resarcimiento de los daños causados. Este conjunto de diferencias, expuestas en el ámbito de la eficacia real y retroactiva excluyen la posibilidad de que pueda considerarse desistimiento a la revocación, aunque algunos consideren a ésta como el desistimiento que se ejercita antes que el acto haya empezado a ejecutarse". (CALLEGARI D. Il Recesso Unilaterale dal contratto. parte segunda C.VI. Págs. 215 y 216, Torino 1939).

imprecisiones en la terminología legal¹².

BETTI, concretamente a este respecto, dice que el desistimiento no ha de confundirse con la revocación; ésta, en efecto, es una aplicación discrecional, o sea, libre, de la autonomía privada, encaminada a anular retroactivamente la regulación de intereses¹³. Mientras que la revocación, en general, tiene como una de sus finalidades el efecto retroactivo, anulando totalmente el negocio; en cambio, el desistimiento, no tiene esta transcendencia y sólo tiene unos efectos *ad futurum*, manteniéndose por ello los anteriormente producidos.

De cuanto llevamos visto, se puede ciertamente deducir que a pesar de la indiscriminada utilización que hace la doctrina de todas estos conceptos, hay diferencias entre ellos, algunas de las cuales se han expuesto en las líneas anteriores, y que plantean la necesidad de proceder a una delimitación clara y precisa del tema en cuestión. Son muy escasos los instrumentos que se ofrecen a nuestro alcance para realizar tan ardua labor; poco nos puede ayudar en nuestro propósito la confusión conceptual existente a nivel doctrinal, en donde ningún autor se

¹².- Vid. artículo 1733 del Código Civil italiano, referente a la revocación del mandato, por parte del mandante, el cual en opinión de algunos autores es utilizado con imprecisión en dicho contrato el término. (PUIG PEÑA, F. *op. cit.* pág. 291.)

Vid. también supra nota 3.

¹³.- *op. cit.* pág. 101.

pronuncia en favor de proclamar una definición o delimitación precisa de los términos referidos; todo lo más, se limitan algunos a utilizarlos bajo diferentes acepciones, lo que evidencia aún más la necesidad antes aludida.

Una vez fijada la cuestión, y con la idea de dejar una puerta abierta al juego conceptual planteado, diremos en qué se diferencian y en qué resultan comunes estas denominaciones.

No son lo mismo, porque los motivos por los que se ponen en funcionamiento cada uno de ellos son diferentes, y si se pueden considerar iguales porque la consecuencia final en todos ellos es la extinción de una relación obligatoria que estaba ya constituida. Ahora bien, ¿los efectos de esa extinción son los mismos en todos los casos?. Creemos que en la contestación a esta pregunta pueda estar la clave para llevar a cabo la labor planteada de diferenciación conceptual, pues aunque se produzca la desaparición del negocio de forma unilateral en todos los casos-provocada, según hemos afirmado, por diferentes motivos-, los efectos van a ser distintos¹⁴, en razón del diferente mecanismo de unos y de otros.

¹⁴.- A primera vista, el articulado que el Código civil recoge a este respecto nos ofrece preceptos como el 1594 en donde el desistimiento lleva consigo como primera medida un resarcimiento de daños y perjuicios; en cambio el 1732 y siguientes, al exponer la revocación del mandato y sus consecuencias para el mandante, no recogen en ningún momento dicha indemnización, por estar exenta de ella la revocación. Si se recoge el resarcimiento de daños y abono de intereses cuando el 1124 autoriza para el uso de la resolución del contrato; pero en este caso dicho actuar está sometido a unos requisitos que no deben de cumplirse en cualquier otro acto unilateral, como puede ser el ya mencionado desistimiento.

De los propios preceptos del Código civil, se pueden entresacar las diferencias más notables que se dan entre los términos en estudio.

En cada uno de ellos se advierten fácilmente tanto las causas o motivos que conducen a la puesta en funcionamiento de cada uno por separado, como la manera en que se produce la liquidación de la relación preexistente, pues éste es el efecto más inmediato y real del contrato extintivo.

Son varios los artículos del Código civil que permiten que, mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial, se produzca la extinción del contrato de forma unilateral.

Aunque esta situación no lo contempla con carácter general, hace de ella múltiples usos. Así, en el artículo 1594 se permite que el *dominus operis* pueda desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra contratada; los artículos 1700-4 y 1705, en materia de contrato de sociedad, permiten que se produzca la disolución de la sociedad por la renuncia de uno de los socios; y los artículos 1732-1 y 1732-2 consideran posible que la relación entre mandante y mandatario se extinga en virtud de la decisión de revocación del mandante o de la renuncia del mandatario. La terminología, como se ve, es heterogénea y

variada. De ahí nuestro interés en fijarla convenientemente.

De la lectura detenida de cada uno de los preceptos citados anteriormente sólo sacamos una conclusión común: que la extinción se lleva a cabo unilateralmente; pero las causas, así como los efectos en cada uno de ellos, son totalmente diferentes y, por tanto, deberían ser utilizados también de forma distinta¹⁵.

Por ejemplo, los motivos que mueven al dueño de la obra a desistir del contrato celebrado no interesan o no son relevantes para que se pueda efectuar el acto de desistir. La consecuencia de ese modo de actuar por parte del dueño es la indemnización al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que hubiera podido obtener de haberse concluido el contrato normalmente. En el caso del mandato, al ser un contrato basado en la gratuidad y en la confianza de las partes, la ausencia o la falta de algunos de estos elementos puede motivar la revocación del mandato por parte del mandante; los efectos que produce dicho modo de actuar son variados, en el sentido de que si es el mandante el que actúa no hay efecto alguno: sólo se produce la desaparición del negocio anteriormente constituido. Pero si es el mandatario el que procede con el fin de concluir el contrato por su voluntad, si deberá de proceder a resarcir al mandante de los daños que le haya podido ocasionar, e incluso esperar, si la gestión no ha

¹⁵.- DIEZ PICAZO, L. Fundamentos...op. cit. pág. 353.

terminado, para renunciar al mandato.

III.- ANALISIS PORMENORIZADO Y DIFERENCIAL EN EL AMBITO LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DOCTRINAL DE CADA UNO DE LOS TERMINOS UTILIZADOS PARA DENOMINAR AL FENOMENO DE DAR POR TERMINADA UNA RELACION CONTRACTUAL.

Los conceptos desistir, denunciar, disolver, renunciar, rescindir, resolver y revocar son nociones con las que, como hemos indicado, se intenta poner de manifiesto que con su utilización en el ámbito de una relación contractual provocan o dan lugar a su extinción. Es decir, cuando se establece la posibilidad de llevar a término cada uno de estos conceptos, es porque de alguna de forma se pretende la posibilidad de extinción por la voluntad de una de las partes contratantes.

La circunstancia de que procedan de un acto bilateral, o de un acto unilateralmente atribuido a una sola de las partes contratantes o a ambas¹⁶, plantea otra importante cuestión que se analizará más adelante.

Trataremos ahora de estudiar cada concepto por separado para de este modo tener una visión, clara y amplia a la vez, de las características y ámbito de cada uno de ellos, con el fin de

¹⁶.- Cfr. artículo 1594, en el que la facultad de desistir se le otorga únicamente al comitente o dueño de la obra, y el 1732, donde la facultad unilateral de dar por terminado el mandato se le concede tanto al mandante (revocación) como al mandatario (renuncia).

llegar así a unas conclusiones certeras acerca de la diferenciación o delimitación conceptual en análisis. Dicho estudio lo llevaremos a cabo desde las distintas perspectivas que imponen el campo doctrinal, legal y jurisprudencial.

1.- Desistir.

A) En el ámbito legal.

Cualquier índice analítico de un Código civil recoge dentro del término desistimiento diferentes preceptos que, aun cuando en su propia redacción no aparecen con dicha expresión, sin embargo haciendo uso de otros términos vienen a significar lo mismo.

Así las cosas, encontramos englobados dentro del término desistimiento, por ejemplo, en el índice analítico del Código civil¹⁷, preceptos como el 1776, referido a la extinción del depósito por voluntad del depositario, en donde, a causa del silencio legal, la figura es calificable de desistimiento -"El depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito, podrá, aun antes del término designado, restituirlo al

¹⁷.- Con la voz DESISTIMIENTO aparecen en el Código civil figuras como el depósito: artículo 1776, el mandato: artículo 1732, sociedad: artículo 1705 a 1707. (Código civil, comentarios...op. cit. pág. 434.).

depositante; y, si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación". Como se ve, a esta situación, aun en ausencia de denominación específica es utilizada por el legislador, por lo que no habría inconveniente en considerarla como tal desistimiento.

También los supuestos del artículo 1732, que contiene la revocación : renuncia del mandato por parte del mandante y del mandatario respectivamente, los encuadra el mencionado índice analítico en la misma voz. Del 1700 al 1705, ocurre lo mismo respecto a la disolución de la sociedad por la renuncia de uno de los socios.

Vemos que en preceptos en donde no se recoge el término desistir, la utilización de otros en su lugar no es obstáculo a que el supuesto sea considerado como tal; esta utilización indiscriminada no deja de ser una calificación poco exacta, ya que unos y otros términos poseen diferentes significados^{1a}.

Ante esto nos planteamos la siguiente cuestión: ¿cuál es el verdadero desistimiento?, ¿aquél que es recogido como tal en el propio articulado, o el que verdaderamente contenga las características inherentes a dicho instituto?. No cabe duda que

^{1a}.- Ejemplos tenemos varios, entre los que podemos destacar el recogido en el índice analítico del Código civil al insertar dentro del vocablo desistimiento a los contratos de depósito, mandato y sociedad, en donde creemos que no se trata de verdaderos desistimientos, sino de otras figuras con sus propias particularidades.

debemos optar por el que posea los elementos que lo constituyen y lo configuran como tal, pudiéndose de este modo encuadrar dicha figura en la idea de desistimiento, tal como se expresa el artículo 1594 al referirse a la extinción del contrato de obra por voluntad del comitente. Y no se considerará desistimiento, a pesar del empleo que del término se hace, el que recoge el 1460 al decir:

"..si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato. 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".

Aquí las causas son debidas a una imposibilidad originaria para el cumplimiento, motivo por el cual, como ya tendremos oportunidad de ver, no entra en juego el instituto del desistimiento¹⁹.

¹⁹.- En el mismo sentido se pronunciaba el artículo 1535 del Proyecto de 1851 cuando decía, respecto del contrato de obra:

"que el dueño puede desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra...".

GARCIA GOYENA, F. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil. Madrid. 1852. Nueva edición. Barcelona 1973. T.I. V.IV. artículo 1535.

B) En el ámbito jurisprudencial.

En una primera aproximación, podemos decir que es indiferenciada la utilización que la doctrina jurisprudencial hace del término desistimiento, para poner de manifiesto que el negocio en el que se ha producido ha llegado a su fin de forma unilateral.

Es indiferente, porque, es empleado en el mismo sentido junto a otras nociones, lo cual nos puede hacer creer que para el Tribunal Supremo son considerados iguales y, como consecuencia, producen los mismos efectos²⁰.

Respecto de esta figura, debemos decir que, a pesar de que se haya entremezclado con otras nociones de carácter extintivo, es empleado, predominantemente por la doctrina jurisprudencial, para dar denominación a la extinción del contrato de obra por parte del dueño o comitente. Siempre que se quiera poner de manifiesto que se ha producido esta particular forma de finalización del contrato, utiliza e incorpora a sus

²⁰.- S.T.S. 19-Noviembre-1985.N.R.P.5617.

considerandos dicho concepto²¹.

La explicación puede estar en el propio articulado del Código Civil (artículo 1594) , ya que utiliza el término desistir para exponer la misma idea. Esa puede ser la razón del lineal empleo de la figura en el contrato de obra o empresa.

Ahora bien, debemos decir con respecto al T.S. que en la mayoría de sus considerandos es cauto a la hora de combinar dicha figura con otras. En la mayoría de sus considerandos encontramos el desistimiento cuando es el comitente el que actúa voluntariamente extinguiendo la relación contractual, y si se trata de otro tipo de finalización contractual, basado en otra causa, como puede ser un incumplimiento, emplea la noción resolución para calificar dicho comportamiento.

Destacamos a este respecto la S.T.S. de 8-Julio-1983, en donde se ponen de manifiesto dos figuras diferentes, como son la resolución del contrato por incumplimiento y el desistimiento unilateral, cuestiones ambas que son debatidas en los considerandos por estimar el Tribunal que no se hace uso de la facultad resolutoria del artículo 1124, sino del desistimiento

²¹.- Consúltense las siguientes sentencias del T. S.: 10-marzo-1979, 22-noviembre-1974, 7-octubre-1986, 5-mayo-1983, 13-mayo-1983, 7-octubre-1982, 7-octubre-1987, 8-julio-1983, 10-marzo-1979, 10-junio-1975, 15-diciembre-1981, 30-mayo-1987.

unilateral que otorga el 1594 para el contrato de obra²².

Se observa que los términos resolver y desistir son considerados diferentes y como consecuencia con ámbitos de aplicación también distintos. Dicha diferenciación es puesta de manifiesto en numerosas ocasiones, para que no se caiga en la confusión de considerar lo mismo las facultades que resultan de los artículos 1594 y 1124.

Por ello se dice que "el derecho a percibir la indemnización a la que se refiere el artículo 1594 del Código Civil no depende de que concurran o no los requisitos exigidos por el 1124 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 a dicho tratamiento, al quedar la facultad que el artículo 1594 otorga, al libre arbitrio de su titular, sin necesidad de justificación de ninguna clase y depender la acción conferida por el 1124 de la conducta observada por cada uno de los contratantes²³.

Vemos que el T.S. se decide a establecer diferencias

²².- En el mismo sentido, la S.T.S. 24-Noviembre-1964. Se trata de un arrendamiento de obras en donde se aplica el artículo 1124 del Código Civil al producirse una resolución unilateral por una de las partes a causa del incumplimiento de la otra.

²³.- S.T.S. 24-Enero-1970.

entre conceptos y facultades que a veces son empleados indistintamente.

Ante esto, ¿qué entiende el T.S. por DESISTIR?. En cualquiera de los casos es un concepto que queda circunscrito al contrato de obra, para evidenciar la posibilidad de que éste se extinga por la voluntad del dueño, a pesar de que en otras sentencias sea utilizado junto a otras nociones.

De la lectura de los considerandos podemos entresacar la siguiente definición de desistimiento: es la facultad unilateral concedida al dueño de la obra para llevar a cabo la finalización de ésta, sin más consecuencias que la obligación de indemnizar al contratista de los gastos, trabajos y utilidad que pudiera obtener de ella²⁴.

Para terminar con este punto, sólo nos queda exponer brevemente la postura que adopta la jurisprudencia extranjera, como es el caso de la italiana, respecto de la figura en estudio (recesso). La considera como una facultad otorgada a una de las partes para extinguir una relación contractual con validez y eficacia jurídica. Todo ello basado en la propia letra de la ley, ya que el artículo 1373 del Código Civil italiano recoge

²⁴.- Vid. S.T.S. 7-October-1982.

específicamente dicha facultad²⁵.

C) En el ámbito doctrinal

El término desistir que, como hemos indicado, supone desvincularse de una relación obligatoria²⁶, posee, en su propio significado y contenido, claros efectos extintivos.

El Derecho romano ya lo definía como "aquel acto por el que una parte, sujeto de una relación jurídica y por ello obligado a determinadas relaciones obligatorias, declara el querer retirarse de la relación y liberarse de las obligaciones con eficacia vinculante para los otros sujetos de la relación"²⁷.

CLEMENTE DE DIEGO, respecto del contrato de obra y la extinción de éste, decía que se producía por las causas generales, señalándose como una en particular el hecho de que el dueño o comitente pueda encontrarse con falta de medios para llevar a debido término la obra, en un principio útil para él y después acaso perjudicial, por lo que le concede el artículo

²⁵.- S. 9-Julio-1949. número 1740; Giurisprudenza civile.

²⁶.- Vid. supra nota 7.

²⁷.- Voz.Recesso. Novissimo Digesto italiano (diritto civile). D'Avanzo Walter. Torino 1960.pág.1027.

1594 la facultad de desistir del contrato, por su sola voluntad, pero siempre sin olvidar los intereses del otro contratante, con indemnización a éste de todo el perjuicio que pueda sufrir por el desistimiento²⁸.

Manifestaciones en este mismo sentido encontramos en distintos campos pertenecientes al Derecho extranjero, que nos ofrece, una visión muy superficial de lo que en realidad supone la utilización de dicho término²⁹.

Obtener un concepto de desistimiento se nos presenta como tarea difícil, pues, tal y como ya hemos dejado señalado, la doctrina no se detiene a realizar una particularización del tema, recogiendo en diferentes apartados, referidos a la extinción de las obligaciones y de los contratos, un estudio de dicha manera de actuar, además de llevar a cabo un cierto análisis de los supuestos en los que el Código Civil permite el ejercicio de dicha facultad.

²⁸.- Instituciones de Derecho Civil Español. Nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Gullón Ballesteros. T.II. Derecho de Obligaciones y Contratos. Madrid 1959, págs. 313 y ss.

²⁹.- A nivel gramatical se considera como una oportunidad, a una acción en justicia. Abandonar, partir, renunciar. Renunciar a realizar un mandato en el cual ha sido elegido en la primera vuelta. (Dictionnaire Petit Robert. Voz: Désister. pág. 60).

Como concepto aislado, no es estudiado el desistimiento unilateral en la doctrina alemana y francesa, se limitan a estudiarlo en el encuadre legal del contrato de obra, como facultad del comitente de dar por terminado el contrato y con ello la obra. (Vid. PLANIOL M. y RIPERT J. Derecho Civil. Teoría General de los Contratos. Contratos Especiales. Traducción española por José M. Cajica. La Habana, pág. 393.)

PUIG PEÑA define el desistimiento unilateral diciendo que "es aquel acto jurídico por virtud del cual se produce la cesación de los efectos de una relación jurídica a causa de la decisión de una parte, en los términos y en las condiciones que marca la ley"³⁰.

Otro sector de la doctrina, al tratar el tema de la irrevocabilidad del contrato, establece como excepción al principio de revocabilidad contractual por mutuo acuerdo de las partes la posibilidad de que ello se lleve a cabo por desistimiento unilateral, entendiendo por este la revocabilidad o desaparición del contrato porque una de las partes así lo ha querido³¹.

DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS lo consideran como una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial; asimilan dicha definición al desistimiento que se expresa en el contrato de obra (artículo 1594), a la renuncia de uno de los socios en el

³⁰.- op. cit. pág. 291.

³¹.- CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español Común y Foral. T.III. Derecho de obligaciones. Madrid 1983. pág. 615.

Sin perjuicio de que posteriormente volvamos sobre el tema, debemos señalar que este mismo autor, cuando analiza por separado cada contrato en particular, recoge la posibilidad de desistimiento unilateral en todos aquellos en que expresamente o por acuerdo de las partes se pueda efectuar dicha extinción.

contrato de sociedad (artículo 1700-4 y 1705) y a la revocación, así como a la renuncia, en el mandato (artículo 1732)³².

Se observa que a causa de la caracterización negativa de esta figura en el Código, la misma es utilizada indiscriminadamente y combinada con otras ideas y conceptos. Este es el caso de su asimilación a la rescisión, resolución, renuncia, etc, lo cual hace que no se le dote de un concepto único y particularizado.

Esa declaración de voluntad, recepticia, está sometida a las limitaciones que la ley le imponga a ese respecto, por lo que debemos decir que la voluntad, entendida como potestad de extinguir obligaciones, debe tener en cuenta a la hora de actuar, en primer lugar, que la ley se lo permita, y en segundo lugar que se den todas las condiciones que dicha actuación lleva consigo para una perfecta eficacia del mismo.

Ya hemos puesto de manifiesto cómo, por su parte, la doctrina extranjera lleva a cabo un estudio, si no

³².- Sistema...op. cit. pág.331.

En el mismo sentido PUIG BRUTAU el cual al analizar el contrato de obra y sus causas de extinción entiende por acción de desistir el hecho de que unilateralmente el comitente o dueño de la obra sin especificar motivo alguno decida desistir de la continuación de la obra acarreado la responsabilidad que ello conlleva en relación a la otra parte. (Fundamentos de Derecho civil. II.2 . Contratos en particular. Barcelona 1982. pág. 478).

particularizado, si dentro de cada contrato en el que pueda ejercerse dicha facultad. Ahora bien, por la relevancia e importancia que ejerce el Derecho italiano en el tema del desistimiento, creemos merece señalarse la postura de los autores más significativos que han estudiado el denominado "recesso" en este ordenamiento jurídico.

CALLEGARI lo define como "el poder atribuido por la ley o por la voluntad de las partes a un contratante para extinguir, mediante su declaración de voluntad, una relación contractual obligatoria y continuada, o el vínculo obligatorio que lo une a un contrato plurilateral, "ex nunc", ya sea inmediatamente o con un plazo de preaviso"³³.

Un concepto más resumido, cuyo contenido no obstante implica los mismos caracteres, es el que TOMASO TABELLINI elabora, considerando a la figura del desistimiento como un negocio jurídico unilateral que hace cesar una relación contractual³⁴.

La doctrina italiana cuenta con una gran ventaja a la hora

³³ .- Il Recesso Unilaterale dal Contratto. Torino 1939. pág. 47.

³⁴.- Il Recesso. Milano 1962. pág. 3.

En el mismo sentido GIOVANNI GABRIELLI lo considera como el acto unilateral de una parte, destinado a poner fin a una relación de duración privada de término. (Vincolo Contrattuale e Recesso Unilaterale. Quaderni de Giurisprudenza Commerciale. Milano 1985. pág.4).

de enfrentarse con una figura como la del desistimiento, ya que tiene recogido en el propio Código civil la posibilidad de llevarlo a cabo cuando las partes así lo hayan convenido. Partiendo de ahí, se observa cómo son los autores italianos los que más acertadamente se pronuncian y se acercan a la figura, pues dicho apoyo legal les autoriza para ello.

D) Conclusión.

Las conclusiones que podemos sacar de este recorrido doctrinal, jurisprudencial y legislativo son las siguientes: desistir es extinguir, o lo que es lo mismo, concluir una relación contractual por la voluntad de una parte. Es un fenómeno de carácter extraordinario, lo que significa que se produce antes del tiempo estipulado y en por circunstancias distintas a las que existían en el momento en el que inicialmente se celebró el contrato.

Si desistir es extinguir, debemos de decir que se puede efectuar el acto con limitaciones, pudiendo ser éstas de distinto tipo, deduciéndose, de lo visto hasta ahora, que pueden ser legales, es decir, sólo se podrá desistir en los casos expresamente previstos en la ley, lo que significa el total respeto y protección de los intereses de la otra parte y de los terceros.

Las relaciones contractuales que de alguna forma pueden ser extinguidas por la voluntad unilateral de una de las partes, serán aquellas que estén formadas por obligaciones duraderas o de tracto sucesivo, es decir, relaciones de duración indefinida.

Estas son las conclusiones y características de las que se puede revestir todo desistimiento. Características que ya tendremos oportunidad de desarrollar más detenidamente en capítulos posteriores.

2.- Denunciar.

A) En el ámbito legal.

Respecto a esta figura, debemos señalar que es un término que la normativa española no recoge para con ello expresar que se ha producido la extinción de una relación obligatoria por voluntad unilateral.

Ahora bien, este silencio normativo queda circunscrito al ámbito general, es decir al Código civil o a la legislación que de alguna forma regula la extinción de cualquier relación contractual. Si nos dirigimos a lo que podemos denominar "legislación especial" nos encontramos con formas de extinción unilateral de una relación de tipo contractual, pero en ningún caso se utiliza el vocablo denuncia, sino otros términos que

significan también la finalización de una relación contractual.

Sólo en el ámbito laboral, concretamente en el estatuto de los trabajadores encontramos recogida la denuncia para significar la extinción del contrato por voluntad de una de las partes. Es el artículo 49, párrafo 3, el que dice:

"...si llegado el término no hubiere denuncia por alguna de las partes, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido..."

En cambio, si acudimos a la codificación extranjera, nos encontramos cómo en Alemania el B.G.B., al tratar el contrato de obra y la extinción de éste, utiliza el término denuncia para expresar lo mismo que, con el desistimiento, quiere poner de manifiesto el legislador español en tal contrato.

De este modo el artículo 649 del B.G.B. establece que:

" (e)l 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..." ³⁵.

El tratamiento legal de la denuncia en Derecho español es nulo, pues no existe precepto alguno en el Código civil que la utilice entre sus expresiones para significar la extinción por

³⁵.- B.G.B. (Código civil alemán). traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias y con indicación de las modificaciones, por MELON INFANTE, C. Barcelona 1955. artículo 649. pág. 135.

En el mismo sentido, es decir, utilizando los mismos términos, se expresa en relación con el contrato de sociedad y su extinción por voluntad unilateral: "(s)i está establecido en el contrato de sociedad que, si un socio denuncia, la sociedad debe continuar entre los restantes socios..." (op. cit. artículo 737. pág. 151.)

voluntad unilateral. Hemos visto que sólo en cuerpos legales extranjeros es empleado, en tal sentido, coincidiendo con los casos y preceptos que nuestro Código dedica utilizando otras expresiones y términos que contienen la misma significación, y contenido extintivo, por voluntad unilateral de una de las partes.

B) En el ámbito jurisprudencial.

El contenido específico que nos interesa del término denuncia es el relativo a su utilización desde la perspectiva de considerar que cuando es empleado por parte, sobre todo de la doctrina y a veces de la jurisprudencia, es con la idea de querer significar que el contrato o la relación obligatoria van a llegar a su fin porque una de las partes ha hecho uso de la facultad de denuncia para que se proceda a tal fin.

¿Utiliza el T.S. la acepción DENUNCIA para poner de manifiesto dicha idea?. Como primer punto a tener en cuenta, puede decirse que en ningún caso es utilizada la denuncia con carácter individualizado para con ello poner de relieve que se ha producido una ruptura unilateral, sino que es combinada o alternada con otras nociones, lo que no hace sino evidenciar la confusión, así como la variedad conceptual, existente sobre estos términos en otros ámbitos, siendo trasladada al campo jurisprudencial.

En este sentido son numerosas las sentencias que entremezclan el término denuncia con otros, como por ejemplo el de rescisión. A este respecto destacamos la sentencia del T.S. de 30-noviembre-1964, en donde se resolvió un caso de denuncia unilateral en un supuesto de agencia de seguros con derecho a indemnización. En uno de sus considerandos, después de calificar al acto de denuncia, expone: "... entender que la rescisión no se atuvo a justa causa, es decir, que no estaba justificada..."³⁶.

En un primer momento utiliza el término denuncia para poner de manifiesto la ruptura unilateral por parte de la comunidad de vecinos, para posteriormente, al referirse al mismo comportamiento, emplear la noción rescisión con el mismo significado.

Hay casos en los que todavía se pone más en evidencia la poca autonomía con que se utiliza el término denuncia por parte

³⁶.- En el mismo sentido la S.T.S. 21-October-1966. En ella en principio se entendió que en un contrato, suscrito por las partes, había un derecho de denuncia por vía unilateral. Dicho término es sustituido por el de rescisión, en el mismo encabezamiento de la sentencia: "... (ε) el contrato que suscribieron las partes, cualquiera que sea su exacta calificación jurídica, contiene un derecho a su resolución por vía unilateral...".

También se manifiesta así la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de San Sebastian (26-febrero-1987), sobre contrato de adhesión, en donde los usuarios incumplieron el plazo previsto de denuncia del contrato, pues lo hicieron con varios meses de antelación, ante lo cual y de acuerdo con el principio de equilibrio de las prestaciones apuntado en el artículo 1289 del Código civil, y con la facultad de moderación que la ley le otorga a los Tribunales en los casos de culpa o negligencia del deudor, artículo 1103, al no haber respetado los usuarios el plazo de preaviso y haber rescindido el contrato de adhesión unilateralmente, da lugar o produce unos perjuicios que deben ser evaluados. (Sentencia comentada en Revista LA LEY número 1787, 31 de agosto de 1987).

de la Jurisprudencia para una univoca utilización.

En la S.T.S. 19-Diciembre-1985 que trata sobre un contrato de Comisión mercantil, el propio T.S. en el razonamiento expuesto en sus diferentes considerandos utiliza indiscriminadamente tres nociones, como son denuncia, revocación y desistimiento, para con ellas dar a entender una misma cosa y poner también de manifiesto un mismo comportamiento; todo ello completado por doctrina jurisprudencial anterior a la expuesta, lo que demuestra y revela que es práctica común el empleo no siempre diversificado de dichas acepciones.

Destacamos de dicha sentencia lo siguiente:

"...La sociedad demandante, ahora recurrida, pretende, y sin posibilidad, lo mismo para ella, que para su oponente, la revocación unilateral, en un momento determinado, posibilidad de revocación que ya esta misma Sala admitió"³⁷.

En el undécimo considerando, continúa diciendo que "(c)omo se deja dicho la compleja relación jurídica que une a los contendientes permite poner fin a la misma mediante la denuncia unilateral del vínculo obligatorio, cuando no se ha pactado

³⁷.- Vid. en este sentido las sentencias siguientes:
29-Mayo-1972; 14-Febrero-1973; 21-Abril-1979; 11-Febrero-1984. Todas ellas proclaman que el contrato puede ser denunciado unilateralmente por la voluntad de una de las partes en los supuestos de duración ilimitada.

tiempo de duración....³⁸..., facultad que si no es contemplada con carácter general en nuestro Código Civil, si tiene específica consideración en algunos casos.....esa facultad de desistimiento no significa dejar el cumplimiento y la validez de un contrato al arbitrio de uno de los contratantes..."³⁹.

Para terminar, sólo diremos que la figura de la denuncia como facultad unilateral para extinguir una relación obligatoria es admitida por la Jurisprudencia a la vez que equiparada, en lo que a su significado se refiere, a otros términos, como rescisión, resolución, e incluso desistimiento; si bien hay que señalar a este respecto que será utilizada y de hecho es así, en aquellos contratos de duración ilimitada en los que no hay señalado un plazo de duración para la finalización del mismo, ya que de lo contrario no cabría dicha posibilidad de denuncia por una de las partes, pues llegaría a su fin cuando se cumpliera el término establecido en el contrato.

C) En el ámbito doctrinal.

El tratamiento de la denuncia como causa extintiva por parte de la doctrina, tanto española como extranjera, no es

³⁸. - Vid. en el mismo sentido S.T.S. 14-Junio-1976

³⁹. - Cfr. con la S. T.S. 29-Mayo-1972.

homogénea generalmente; y ello porque es utilizada en la mayoría de los casos con fines y significados diferentes a los estrictamente extintivos, siendo incorporada en otros contextos que nada tienen que ver con la finalización de un contrato o de cualquier relación jurídico-material⁴⁰.

JIMENEZ ASENJO, al exponer el concepto instrumental de denuncia, dice que dicho término se corresponde con la significación más arcaica "denunciación", siendo ambas derivaciones de la latina "nuntiare", avisar, notificar; con lo cual se expresa su genuino significado procesal. Continúa diciendo este autor que la denuncia, considerada como negocio unilateral recepticio que pone término a una relación jurídico-civil, se enmarcaría dentro del término desistimiento unilateral del contrato⁴¹, por lo que podemos pensar, en una primera aproximación, que el concepto denuncia posee dos acepciones o significados: uno referido al ámbito procesal y otro al civil, en donde si posee el carácter o conlleva la finalidad extintiva por

⁴⁰.- Para PALA MEDIANO, la "denuntiatio" es la notificación que en caso de venta debe hacer el sujeto pasivo al titular o sujeto activo de un derecho de prelación o preferencia, para la adquisición de una cosa que aquél quiere vender. Es-agrega dicho autor-una de las llamadas notificaciones de intento. (Las notificaciones notariales y sus efectos en la relación jurídica sustancial, en Estudios de Derecho Privado. Sección 2, V.II. Madrid 1965. pág. 329.)

⁴¹.- Voz. Denuncia. Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix.Barcelona 1950. pág. 818.

causa de la voluntad unilateral⁴².

Nos encontramos, pues, con un concepto de denuncia bastante amplio en el ámbito en el que nos movemos, ya que a primera vista da la sensación de que engloba otros que resultan más limitados a la hora de poner en funcionamiento sus respectivos mecanismos extintivos.

DIEZ PICAZO Y GULLON BALLESTEROS, en el apartado dedicado a la denuncia de la relación obligatoria, consideran a ésta como "una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial"; para después considerar casos de denuncia, a nivel legal, el del arrendamiento (desistimiento del artículo 1594), la disolución de la sociedad por la voluntad o "renuncia" de uno de los socios (artículos 1700 y 1705), y en el mandato, donde se produce la extinción por revocación y renuncia del mandante y mandatario respectivamente (artículo 1722-1)⁴³.

⁴²- En este sentido PUIG PEÑA, F. Al definir el desistimiento unilateral, lo enmarca dentro de la categoría general de la denuncia, que, como bien es sabido, ha sido definida como una declaración unilateral de voluntad, con la cual se pone término a una relación de derecho, cuya duración, depende por tanto, de la voluntad del declarante. (Vid. supra nota 3, pág.292).

⁴³- Sistema de Derecho Civil. V.II págs. 304 y 305.

D) Conclusión.

Esta equiparación conceptual respecto al término denuncia con los de desistimiento, renuncia y revocación, entre otros, considerándolos todos iguales respecto a su carácter extintivo, puede estar fundamentada en dos ideas que, a nuestro entender, pueden ayudarnos a encontrar la solución más adecuada a toda la mezcla conceptual existente. Estas ideas son las siguientes:

1 .- El situar a todos los conceptos en la misma línea considerándolos iguales en todos los ámbitos, siendo por ello totalmente indiferente el que se utilice uno u otro, de entre ellos.

2 .- Excluye a la anterior. Se trata de contemplar a la denuncia en un sentido más amplio que englobe en su propia definición a todos los demás, que son o que están más limitados, por unas u otras razones.

La doctrina más actual no se pronuncia a la hora de decantarse por una u otra postura, y se limita a una utilización indiscriminada de cada uno de ellos. DIEZ-PICAZO, en este sentido, al estudiar la facultad unilateral de extinguir la obligación, reconoce que la terminología es heterogénea y equívoca, por lo que sería conveniente fijarla. De todos modos, continúa diciendo este autor, en la práctica jurídica y en el mundo de los negocios es frecuente utilizar la voz "denuncia",

que, en la literatura jurídica, ha sido también utilizada en ocasiones para traducir la palabra "kündigung", así como el "recesso" en la terminología italiana⁴⁴.

ALBALADEJO GARCIA denomina al acto por el cual se da por finalizada la relación contractual por la voluntad de una de las partes, resolución, introduciendo dentro de esta expresión otras como la de revocación en las donaciones y en el mandato (artículo 1733) ⁴⁵.

Nuestra conclusión quedaría configurada de la siguiente manera: la denuncia es el término de significado y contenido más amplio, que permite englobar en su seno a todos los demás, los cuales por distintas razones les resultan afines en su contenido, que es lo que en definitiva les permite dicho encaje.

3.-Disolver.

A) En el ámbito legal.

Respecto de este término debemos decir que sólo en contadas ocasiones el Código civil utiliza dicha acepción para

⁴⁴.- op. cit. pág. 853.

⁴⁵.- Derecho civil II. Derecho de obligaciones. V.II. Barcelona 1983.pág.

denominar la extinción de la relación contractual por voluntad de una de las partes.

Sólo en el contrato de sociedad se recoge la expresión de la renuncia de uno de los socios, dando lugar dicho acto por parte del socio a la disolución⁴⁶; el término que aquí posee carácter extintivo es el de renuncia y no el de disolución, siendo esta última la consecuencia de la renuncia efectuada por uno de los socios.

Debemos de señalar en relación con este contrato de sociedad que, como consecuencia de su celebración la relación que nace se caracteriza por ser duradera, pues no se agota instantáneamente el contenido de la misma. Siendo duradera, el ordenamiento jurídico se preocupa de determinar límites al tiempo de duración de la sociedad, especialmente para el caso en que los socios no han establecido un término o no se desprende éste de la naturaleza de las actividades que constituyen el objeto social. Ahora bien, el ordenamiento otorga a todos y a cada uno de los miembros de la relación social una facultad unilateral de desistimiento, que les consiente librarse a voluntad de los vínculos sociales⁴⁷.

⁴⁶.- Vid. artículo 1705 del Código Civil.

⁴⁷.- CAPILLA RONCERO, F. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. T.XXI. Artículos 1665 a 1708 del Código civil. Madrid 1986. pág. 667.

B) En el ámbito jurisprudencial.

La jurisprudencia, al igual que la doctrina y el legislador, no emplea el término disolver para poner de manifiesto que el contrato o la relación contractual en la cual está inserto puede extinguirse por la voluntad de una de las partes.

Es utilizado para que junto a otras figuras den lugar a una extinción; que será unilateral si la expresión que la acompaña posee tal carácter, o bilateral si no es así.

Al ser éste el sentido de que se dota al término disolución, sólo, cabe decir que la doctrina jurisprudencial lo ha empleado en numerosos contratos, sea cual fuere la causa que produce la extinción⁴⁸.

Ahora bien, la relación contractual en la que aparece en más ocasiones es en el contrato de sociedad civil con carácter indefinido. La razón puede estar en la propia letra de la ley

⁴⁸.- La disolución a veces va referida a temas que si bien no tienen nada que ver con la sociedad, quieren referirse a lo mismo.

Destacan las que van dirigidas a la extinción de la Comunidad de Bienes, entendida ésta como sociedad: S.T.S. 27-Junio-1985, 6-Noviembre-1970, 29-Enero-1982, entre otras.

(Artículo 1705 del Código Civil). Este precepto recoge el término disolución para referirse a la extinción y, más concretamente, por causa de la voluntad unilateral:renuncia de uno de los socios.

En este sentido, encontramos numerosas sentencias que incorporan en sus considerandos el término disolver para dar a entender que se ha producido la desaparición del negocio; el que se haya producido de forma unilateral, o lo que es lo mismo, por la voluntad de una de las partes, e incluso bilateral, dependerá de la expresión que lo acompañe (disolución=extinción, y la disolución puede ser unilateral o bilateral).

S.T.S. 15-octubre-1974, recoge el fundamento de dicha facultad, que es el no permitir que las relaciones duraderas sean indefinidas:

"tiene su razón de ser, en que una responsabilidad ilimitada en relación con las deudas sociales, no puede imponerse a perpetuidad, porque ello supondría una vinculación eterna de los socios entre sí y respecto a la sociedad" ⁴⁹.

En cuanto a los requisitos que puede exigir la jurisprudencia para llevar a cabo la renuncia de la sociedad por

⁴⁹.- CAPILLA RONCERO, F. op. cit. pág. 45.

En el mismo sentido otra sentencia, sobre el tema de la disolución no pactada: S.T.S. 7-marzo-1964, en la cual se dice que el socio puede separarse unilateralmente de la sociedad, y, si ejercita esta facultad extrajudicial, puede producirse la disolución de la sociedad por acuerdo unánime de los socios.

la voluntad de uno de los socios, debe subrayarse que hay numerosa jurisprudencia al respecto, destacando las sentencias de 24-febrero-1973 y 17-mayo-1973.

C) En el ámbito doctrinal.

El tratamiento que la doctrina da al término disolución, para hacer ver que con la utilización del mismo la relación contractual ha llegado a su término, es mucho más limitado que en los casos anteriores, los cuales por tratarse de términos más jurídicos, son empleados en más ocasiones que el que ahora nos ocupa.

Como sabemos, disolver es hacer desaparecer algo, desunir las cosas que estaban unidas; en nuestro caso, hacer que por la voluntad unilateral desaparezca el vínculo contractual que unía a las partes en el contrato.

No existe aisladamente una definición o concepto de lo que en Derecho privado, o en las relaciones civiles objeto de nuestro estudio, signifique disolución de un contrato, ya sea por mutuo acuerdo o por actuación unilateral. La doctrina a este respecto lo que hace es proceder a su utilización, para en contadas ocasiones dar a entender que el vínculo ha desaparecido por las causas dependientes o no de la voluntad de las partes.

Es en el tema referente a la disolución de la sociedad por la renuncia de uno de los socios, cuando se entiende por parte de la doctrina que se ha producido la desaparición, por la exclusiva voluntad de uno de los socios, de todo el negocio anteriormente constituido. A este respecto, ESPIN CANOVAS utiliza el concepto de disolución del contrato de sociedad diciendo que ésta puede llegar a su fin a causa de la renuncia de uno de los socios⁵⁰.

Del mismo modo se manifiesta parte de la doctrina. Se contempla esta modalidad de extinción en el contrato de sociedad civil, como una facultad que otorga el ordenamiento a todos, o a cada uno de los miembros de la relación social, de resistir unilateralmente de los vínculos sociales⁵¹.

ALBALADEJO, a este respecto, señala que la sociedad se extingue por voluntad de cualquiera de los socios, en los casos y con las condiciones que la ley permite. Considera que estos casos son:

⁵⁰.- Manual de Derecho civil español. V.III. Obligaciones y Contratos. Madrid 1974. pág. 602.
En el mismo sentido PALA BERDEJO, F. La disolución de sociedades y su revocabilidad. R.D.M. 1952. pág. 149. ed. sep.

⁵¹.- CAPILLA RONCERO, F. op. cit. pág. 667.

Continúa diciendo este autor: "...que la facultad de renuncia que se regula en los artículos ahora comentados, es una plasmación concreta de la categoría más general del desistimiento unilateral, posible en ciertas relaciones obligatorias, que se fundamenta en la duración vitalicia de la relación social, cuando no se ha pactado un período determinado..." (op. cit. pág. 668).

Se puede observar en esta cita, que es asemejado, o igualada la renuncia de uno de los socios, que provoca la disolución de la sociedad, con el desistimiento unilateral; lo cual puede hacernos ver el hecho de considerar a la renuncia llevada a cabo en la sociedad como un desistimiento unilateral.

1 .- Que intervenga un justo motivo a juicio de los Tribunales.

2 .- Que no se hubiese señalado tiempo de duración a la sociedad o éste no resultase de la naturaleza del negocio. Entonces cabe la extinción de la sociedad por el desistimiento (renuncia) de un socio, puesto en conocimiento de los otros, si se hace de buena fe, en tiempo oportuno.

3 .- Que si la sociedad se constituyó en forma mercantil, permita el Código de comercio su disolución por voluntad de un socio. Artículos 1700 y 1670 del Código civil ⁵².

Otro sector de la doctrina parte de la idea de dividir las causas de extinción en objetivas, subjetivas y extraordinarias, incluyendo, como es lógico, dentro de las subjetivas la voluntad de cualquiera de los socios, siempre con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707 del Código civil⁵³.

Es en el tema referente a la disolución de la sociedad, por la renuncia de uno de los socios, cuando se entiende por parte de la doctrina que se ha producido la desaparición, por la voluntad exclusiva de uno de los socios, de todo el negocio

⁵².- Curso de Derecho civil Español. II. Derecho de Obligaciones y Contratos. Barcelona 1984. pág. 461.

Se observa también aquí una equiparación entre desistimiento y disolución.

⁵³.- PUIG BRUTAU, J. Fundamentos de Derecho Civil. II. 2. Contratos en particular. Barcelona 1982. pág. 515.

anteriormente constituido. A este respecto, ESPIN CANOVAS, utiliza el concepto de disolución del contrato de sociedad diciendo que ésta puede llegar a su fin a causa de la renuncia de uno de los socios⁵⁴.

Acudimos al derecho francés para conocer qué se entiende por disolución de la relación obligatoria. GERARD CORNU lo define como la ruptura de un lazo; y lo considera como la disociación de un grupo, que pone fin legalmente a una comunidad de intereses y a la existencia jurídica de ese grupo en los casos específicos y autorizados (causa de disolución) y como consecuencia específicamente autorizados y determinadas.

Son ejemplos de disolución: la del matrimonio por causa de divorcio, la de la comunidad de bienes por causa de separación...Se incluye en el mismo sentido la disolución de la sociedad por las causas previstas⁵⁵.

⁵⁴.- Manual de Derecho Civil español. VIII. Obligaciones y Contratos. Madrid 1974. pág. 602.

En el mismo sentido PALA BERDEJO La disolución de sociedades y su revocabilidad. R.D.M. 1952. pág. 149 y ed.sep.

⁵⁵.- Vocabuaire Juridique. Voz. Dissolution (Association Henri capitant). Paris 1987. pág. 275.

D) Conclusión.

Disolver, tal como se incorpora a las relaciones contractuales y significa extinguir o hacer desaparecer un negocio; ahora bien, para que se pueda ver incluido en el ámbito de la actuación unilateral, deberá ir acompañado de una causa concreta que en el supuesto de que se trate produzca, según una determinada norma, ese efecto concreto⁵⁶.

Es decir, la disolución, acción de disolver en sentido estricto, en nuestro derecho se utiliza para referirse a un resultado que ocasiona una actuación jurídica que responde a otro concepto específico, como por ejemplo, renunciar.

4.- Renunciar.

A) En el ámbito legal.

El término renuncia es empleado por el legislador en numerosas ocasiones; unas para expresar simplemente la renuncia a un derecho, como es el caso del artículo 6-2 del Código Civil, y otras con finalidad jurídicamente diversa, con la idea de

⁵⁶.- Vid. artículo 1705 del Código Civil, en el tratamiento de la disolución de la sociedad.

recoger en ellas la posibilidad de que, haciendo uso de la misma, la relación de que se trate pueda llegar a su fin, por decisión de una de las partes implicadas en ella. Es el caso de los artículos 1102, 1188 y 910 referentes a la renuncia a una acción. Sobre lo dispuesto en el artículo 833, para el caso de que se renuncie a la herencia, no es ahora cuestión para detenerse⁵⁷.

Y, finalmente hay un tercer sentido, más restringido y específico, que hace referencia a la actuación de una de las partes que constituyó una relación contractual, mediante la que se separa de la misma produciendo generalmente su extinción. Este es el sentido con el que lo emplean los artículos 1732, 1736 y 1737, referidos a la renuncia del mandatario en el contrato de mandato, en donde se produce la extinción o desaparición de éste por la voluntad del que renuncia, y los artículos 1705 y 1706, en cuanto a la disolución de la sociedad por la renuncia de uno de los socios, la cual también conlleva los mismos efectos a causa de dicho comportamiento. El mismo tratamiento es el que se recoge en los artículos 1626 y ss. del Proyecto de Código de García Goyena⁵⁸.

En la codificación extranjera, el empleo que se realiza

⁵⁷.- Interesa recoger lo que el artículo 910 expresa: Termina el albaceazgo por la muerte, imposibilidad, renuncia o remoción del albacea, y por el lapso del término...".

⁵⁸.- op. cit. T.II. V.IV. artículos 1626 y ss.

del término es el mismo. En un primer momento está referido a la renuncia de derechos, acciones, etc, para después ser también contemplada con carácter extintivo de un negocio jurídico ⁵⁹, a excepción del B.G.B. alemán en donde es utilizado en muy pocas ocasiones, siendo sustituido por el de denuncia, a causa-creemos- de que es contemplado dicho término desde una perspectiva más amplia que el de renuncia, para así no tener en cuenta las limitaciones que éste puede acarrear a la hora de su aplicación⁶⁰.

B) En el ámbito jurisprudencial.

¿ Qué empleo hace el T.S. de la noción renunciar, como forma de extinción unilateral del contrato ?.

⁵⁹.- Artículo 2003 del Código Civil Francés, dice:

"El mandato termina:

Por la revocación del mandatario.

Por la renuncia de este mandato..."

Artículo 1722 del Código Civil Italiano:

"El mandato se extingue...por la revocación por parte del mandante y por la renuncia del mandatario..."

⁶⁰.- El artículo 671 del B.G.B. dice respecto del mandato:

"El mandato puede ser revocado en todo momento por el mandante y denunciado también en todo momento por el mandatario.

El mandatario sólo puede denunciar de forma que el mandante pueda adoptar cuidados ulteriores para la gestión del negocio..."

Y en relación con la sociedad, el artículo 729 del B.G.B. dice:

"Si la sociedad se disuelve de otra forma que por la denuncia, la facultad para la gestión de negocios encomendada a un socio por el contrato de sociedad....".(traducción y edición. cit. pág. 149).

Debemos decir que la jurisprudencia, y lo mismo el legislador, hace uso del término renuncia para con él significar varias cosas⁶¹. Ahora bien, en el sentido que nosotros queremos dejar patente, que es el de dar por finalizada una relación contractual, si seguimos la letra de la ley vemos que dicha acepción es utilizada al tratarse el tema del contrato de mandato y su extinción, ya que el artículo 1732 expone como una de las causas de finalización del mismo la renuncia del mandatario, recogiendo después en los artículos siguientes las condiciones a tener en cuenta para que tenga plenos efectos jurídicos dicha renuncia.

De este modo nos encontramos con sentencias como la de fecha 9-noviembre-1926, en donde se expone el uso de la revocación y de la renuncia en el mandato, diciendo que esta última es llevada a cabo por el mandatario, sin más limitaciones que las impuestas por la ley. También la S.T.S. 3-febrero-1962, en la cual se recoge un claro ejemplo de renuncia del mandatario distinguiendo de una parte el hecho de que se extinga el mandato por la renuncia del mandatario y de otra, con significado muy distinto, el de que la extinción del mismo lleve consigo la extinción de las responsabilidades contraídas por aquél en el cumplimiento de la representación que se le otorgó.

⁶¹.- La renuncia está referida en numerosas ocasiones al tema de los derechos y su renuncia por parte de los que la ejercitan. Destacamos por su importancia las siguientes sentencias:
- S.T.S. 7-noviembre 1985, 18-octubre-1984, 28-abril 1982 y 13-febrero-1965.

Es posible renunciar a la cualidad de socio en una sociedad cuando no hay un término final para la vida de ésta. En el contrato de sociedad, tal y como está regulado en el Código civil, cabe la renuncia de un socio, sometida a las condiciones de buena fe y tiempo oportuno, debiéndose poner en conocimiento de los demás socios.

Destacamos en este sentido la S.T.S. de 24-febrero-1902, en donde se dice que la renuncia regulada en los preceptos del Código civil en relación a la sociedad, va referida a la disolución de ésta por la voluntad de uno de los socios y no a la derivada de lo convenido por todos los componentes.

La sentencia de 7-mayo-1964 considera que la facultad de un socio de separarse unilateralmente de una entidad de la que forma parte, está fundada en la necesidad de evitar que entre sus componentes no reine la armonía necesaria para la buena marcha de los intereses comunes, si bien se requiere para lograr eficacia, frente a los demás asociados, que se trate de una compañía colectiva o comanditaria concertada por plazo indeterminado, y no específicamente previsto en el contrato, porque en este caso lo impedirían los artículos 1091 y 1256 en relación con el 1125 y el 1127 del Código Civil.

La renuncia como facultad de extinguir unilateralmente una

relación contractual está expresada, en la jurisprudencia como se ve, en dos relaciones contractuales: en el mandato y en la sociedad, ambas sometidas a condiciones que limitan su ejercicio así como su validez.

El tratadista SCAEVOLA comenta la jurisprudencia del T.S. respecto a la renuncia en el contrato de mandato, recogiendo a este respecto que para que cese el mandato en sus efectos no es requisito legal el mutuo consentimiento, sino que basta la revocación del mandante o la renuncia del mandatario⁶².

Es inexplicable el mandato si la confianza no preside en todo momento las mutuas relaciones de mandante y mandatario. Por ello es inherente a su naturaleza la facultad revocatoria, siquiera sea por apreciación puramente subjetiva, y la renuncia en cualquier momento, por la voluntad de uno de los contratantes⁶³.

El artículo 1733 del Código civil confiere a todo mandante, salvo su dimisión, el derecho a revocar el mandato a su voluntad⁶⁴.

⁶².- S.T.S. 27-octubre-1909. Código civil comentado y concordado. T. IXI. Madrid 1957. pág. 1053.

⁶³.- S.T.S. 13-noviembre-1941.

⁶⁴.- S. T.S. 15-junio-1946.

C) En el ámbito doctrinal.

Muchos han sido los estudios, y como consecuencia de ellos las definiciones, que se han elaborado sobre el término renuncia; y en todos los estudios se resalta lo importante que es y las consecuencias que arrastra toda renuncia en el ámbito jurídico-material de las relaciones en que nos encontramos.

El término renuncia, en una primera acepción, significa el hecho de dejar algo que se tenía; se parte de la unilateralidad del acto, ya que se supone que la renuncia es algo individual y que por tanto lleva consigo una actuación unilateral⁶⁵.

En esta primera aproximación, nos encontramos con un término que posee carácter extintivo y que se pone en funcionamiento unilateralmente. El que también pueda contemplarse la renuncia desde la óptica bilateral es una cuestión que ahora no nos interesa; sólo queremos dejar constancia de que

⁶⁵. - (falta la referencia de los estudios de Roca Sastre).

En el mismo sentido, Pérez González y Alguer, establecen que no hay ningún precepto que recoja la bilateralidad de la renuncia, sin que quepa defenderla tampoco, a pretexto de que la renuncia mal puede vincular al declarante en defecto de aceptación, ni afectar por consiguiente a la esfera patrimonial de terceros que no intervienen, porque sería trasladar a la naturaleza de la renuncia el problema de su revocabilidad y sus límites. (falta la referencia bibliográfica).

verdaderamente se puede renunciar a algo de forma bilateral.

Tenemos que decir que la renuncia puede venir referida a derechos⁶⁶, leyes⁶⁷ o a situaciones. Para CANO MARTINEZ DE VELASCO, la renuncia a una situación jurídica, con sus correspondientes derechos y obligaciones, no es renuncia a cada uno de los derechos y dejación de cada una de las obligaciones que están en esa situación. Ello no puede ser, puesto que el deudor no puede extinguir una obligación por decisión propia, (en nuestro caso, renuncia), ni cabe imaginar que las obligaciones de una situación jurídica (por ejemplo, el mandato) se extingan como compensación a la extinción de los derechos del mandatario⁶⁸.

⁶⁶.- Al respecto se manifiestan numerosos autores pertenecientes a la doctrina alemana como:

BECHER: Considera que la renuncia es la extinción a un derecho, a consecuencia de una declaración de voluntad, dirigida a ese fin, sea unilateral o bilateral, sea que se incorpora en el despojarse de la posesión o no, sea un derecho presente o futuro.

BEKKER: es un acto jurídico que tiende a hacer cesar la pertenencia de un derecho a una persona o a impedir su nacimiento.

MEISSELS: Es el negocio jurídico, mediante el cual su titular, en ejercicio del derecho que le corresponde, dispone que el derecho desaparezca total o parcialmente.

COHN: Es una declaración de voluntad dirigida al abandono de una posición jurídica, de un derecho subjetivo, de una facultad, dentro de la periferia de un derecho, por tanto también de una relación jurídica. (Autores citados por TRAVIESAS, MIGUEL.. La Renuncia. R.G.L.J. T.155, 1959. pág. 554).

⁶⁷.- En la actualidad, en casi todas las legislaciones, las leyes se imponen a cada particular con una fuerza que es independiente de su asentimiento y son por ello renunciables. Aunque nuestro Código no lo dice de manera explícita, sin duda porque lo da como supuesto indudable, los comentaristas de nuestra legislación no dudan de que la prohibición de la renuncia de las leyes es un postulado, que ni necesita, por serlo, demostración, ni puede ser rebatido; la antigua cuestión de la renunciabilidad o irrenunciabilidad de las leyes se presenta hoy en esta otra de la renunciabilidad o irrenunciabilidad de los derechos. (Diccionario de Derecho Privado. Voz. Renuncia. Obra dirigida por De Casso, Romero, Ignacio, Cervera, Jiménez-Alfaro. Barcelona 1950. pág.3373).

⁶⁸.- La renuncia a los derechos. Barcelona 1986. pág.12.

Debemos decir, a este respecto, que es la propia ley la que debe otorgar o posibilitar el que una parte renuncie a la relación contractual constituida anteriormente con su consentimiento.

Existen dos contratos, que son el mandato y la sociedad, en los que expresamente se le concede al mandatario y a cada uno de los socios la posibilidad de poner término a la relación por su sola voluntad, siempre y cuando observen la normativa que sobre ese particular se establece⁶⁹.

Conviene efectuar un pequeño recorrido por el campo de los tratadistas desde el que comenzaron a realizarse comentarios a los cuerpos legales existentes hasta nuestros días.

Así, en los comentarios al Código civil realizados por SANTAMARIA CRISTOBAL en relación con el contrato de sociedad y la extinción del mismo, se dice que los artículos 1705 y 1706 se refieren al supuesto de sociedad constituida por tiempo indefinido, mientras que el 1707 se concreta al caso de sociedad por tiempo determinado.

⁶⁹.- Los artículos 1732-2, 1736 y 1737, correspondientes al mandato, y 1705, 1706 y 1707 en relación a la sociedad.

El Derecho francés también se manifiesta en el mismo sentido, imponiéndose notificación al mandante por parte del mandatario para que éste pueda llevar a cabo la renuncia (artículo 2007 del Código Civil).

Cuando, la sociedad se hubiere constituido por tiempo indefinido y éste no resultara implícitamente fijado por la naturaleza del negocio, cualquiera de los socios puede pedir la disolución, siempre que lo haga con los siguientes requisitos: buena fe, tiempo oportuno y que lo ponga en conocimiento de los demás socios. Si actúa de mala fe la sociedad continúa y el socio culpable no se libera para con los demás socios, pudiendo éstos excluirlo de la sociedad (1706).

En relación con lo que recoge el artículo 1707 respecto al "justo motivo", debemos de señalar que no es fácil determinar qué se entiende por tal, y para pedir por medio de él el desistimiento unilateral por uno de los socios, habrá de tratarse de una causa que represente un estado de hecho incompatible con la propia razón del contrato, y, como consecuencia, una alteración fundamental de las circunstancias en que se basa la cooperación social, sea debida a culpa de los demás socios sea por el contrario, sobrevinida por caso fortuito⁷⁰.

En relación con el contrato de mandato, este mismo comentarista recoge al respecto que al ser éste un contrato basado en la confianza, puede el mandante revocarlo en cualquier momento, aunque los efectos de la revocación en orden a la ineficacia de la gestión ulterior del mandatario quedan sometidos

⁷⁰.- Comentarios al Código civil. T.II. C.I. artículos 1700 y ss. pág. 696.

a lo que previenen los artículos 1734 y 1738.

Se admite, sin embargo, que este principio de la revocabilidad del mandato no es absoluto, y que cabe establecer formas de mandato irrevocable, si bien entendemos que este tipo de mandato no será nunca un mandato simple, sino un contrato atípico o figura jurídica mixta, construida sobre la estructura del mandato.

Es el artículo 1736 el que recoge la renuncia del mandatario. Así como es libre y voluntaria la aceptación del mandato por el mandatario, lo es también, en principio, el mantenimiento de la relación de mandato; pero su resolución, por la voluntad unilateral del mandatario, ha de hacerse de modo que no cause perjuicios al mandante, a menos que de continuar la gestión se produjera grave detrimento al mandatario. En tanto no se ponga la renuncia en conocimiento del mandante, no debe el mandatario cesar en la gestión, por lo que la renuncia está condicionada:

- 1 .- A ponerla en conocimiento del mandante.
- 2 .- A indemnizar de los perjuicios que ella cause.
- 3 .- A seguir el mandatario su gestión hasta que el mandante haya podido tomar cuantas disposiciones crea necesarias para la buena marcha del negocio⁷¹.

⁷¹.- op. cit. Artículos 1732 y ss. pág. 734 y ss.

QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, en su monumental obra comentando el Código civil, lleva a cabo también un riguroso estudio de los contratos de mandato y de sociedad en los temas referentes a su extinción.

En relación con el mandato, debe decirse también que tiene en cuenta las causas subjetivas de terminación en base a que el mandato se apoya sobre el elemento personal fiduciario, sin el cual una persona no delega en otra la gestión de los propios negocios, o viceversa, no asume el encargo de gestionar los negocios ajenos, el eventual cambio en el estado jurídico de los sujetos, o la determinación unilateral de disolver el vínculo contractual; todo ello es de particular relieve en este caso.

Es por ello por lo que el derecho eleva a causas extintivas de tal relación de ejecución continuada, aquellas circunstancias que, verificándose independientemente o no de la voluntad de una de las partes, obran de modo que remueven la confianza sobre la que descansa el mandato⁷².

⁷².- Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución. TXXVI. Artículos 1709 a 1715. pág 722 y ss.

Continúa diciendo este autor que es la gratuidad la razón de cese del mandato por voluntad de cualquiera de las partes. Tanto el mandante como el mandatario tienen derecho a poner fin al contrato por su sola voluntad. Pero el mandatario debe indemnizar al mandante del daño que le pueda causar al menos que sea amenazado el mismo, en ejecución de sus obligaciones, por un grave perjuicio, o porque no pese ninguna obligación análoga sobre el mandante.

En relación con la extinción de la sociedad, SCAEVOLA lleva a cabo el comentario de una de las causas: "por la voluntad de cualquiera de los socios", diciendo que la forma de operar es *ipso iure* o inmediatamente, sin que precisen de ninguna manifestación de voluntad por parte del socio, ni notificación alguna, ni por supuesto declaración judicial.

Se remonta al Derecho romano para expresar que esta causa ya estaba recogida y que fue la doctrina romanista la que se encargó de desarrollarla introduciendo la noción de renuncia no intespectiva y de buena fe, que pasó a través de POTHIER al Código civil francés, al italiano y al nuestro.

Este autor considera que parece natural que cuando las partes no quisieron ligar por plazo alguno o por tiempo necesario para realizar un determinado negocio, se respete su libre voluntad, para que ponga término a la sociedad. Únicamente sufre esta libertad el necesario límite de no ser en perjuicio de tercero, para lo cual se exige el requisito de la buena fe en del tiempo oportuno, así como la notificación a los otros socios.

¿Es posible de antemano renunciar a la facultad de pedir la disolución por simple voluntad?. Entre las variadas formas que pueden pactar los socios en orden a la duración, las hay que vinculan mucho más la libertad de retirarse de la colectividad. Admitida la renuncia por la ley, ésta precisa unos requisitos

para su validez, como es el de la notificación de ello al resto de los socios, con la finalidad de que se adopten sus previsiones, y además no comprometan a la sociedad en operaciones aún no convenidas.

Si se ha establecido, en caso de pacto, la facultad de ceder la participación en la sociedad a otra persona ¿produce ello la exclusión de la facultad de renuncia?. Debemos de decir que se trata de dos facultades distintas, que pueden coexistir perfectamente, ya que tienen efectos diferentes. Los efectos de la renuncia son, simplemente, los de producir la disolución de la sociedad a partir del momento en que se ha notificado formalmente el propósito a los consocios, existiendo efectos especiales en los casos de mala fe o inoportunidad⁷³.

Como sabemos, el artículo 1732=2 recoge en toda su amplitud la renuncia del mandato por parte del mandatario, y el número 1 del mismo precepto la revocación por el mandante. Ahora bien, el que este artículo exponga las causas de extinción del mandato no quiere decir que estas sean estrictas y que no quepan otros modos de terminación, ya que no cabe plantearse la posibilidad de que no se pueda hacer desaparecer el contrato de mandato por mutuo disenso, ya que esta es una causa general de

⁷³.- op. cit. T.XXV. V.II. Artículos 1701 y ss. págs. 159 y ss.

La jurisprudencia también ha apoyado dicha postura; destacan las sentencias de 24-febrero-1902 y 13-marzo-1964.

extinción en todo linaje de las obligaciones⁷⁴. Se puede concretar el tema diciendo que estas dos modalidades o formas de extinción de una relación obligatoria, como es el mandato, por su excepcionalidad deben ser recogidas como tales, pues de lo contrario no cabría planteárselas, ya que significa una excepción a los principios generales, y su fundamento estriba en que siendo la representación y la confianza bases cardinales del contrato, es la voluntad del representado la que puede poner término a la representación. Siendo, además, un acto de confianza, lógicamente debe cesar cuando esta confianza desaparezca. Si así no fuera, se desnaturalizaría el contrato, convirtiendo la representación en una verdadera enajenación de la personalidad⁷⁵.

En relación al contrato de sociedad, este mismo tratadista considera que la facultad concedida a los socios para separarse de la sociedad por su sola voluntad o sin necesidad del consentimiento de los demás, se funda en la necesidad de que reine la mayor armonía y comunidad de intereses entre los socios, cuyas circunstancias cesan desde que se fuerza a permanecer en la sociedad a cualquiera de ellos contra su voluntad. Así las cosas, la ley debe regular en todo detalle dicha facultad para no dejar en manos de los asociados el medio de disolver la sociedad sin más reglas que su arbitrio o su capricho. Por ello exige, además,

⁷⁴.- MANRESA Y NAVARRO, J.M. Comentarios al Código civil. T.XI. Madrid 1972. pág.763.

⁷⁵.- MANRESA Y NAVARRO, J.M. op. cit. pág. 764.

la condición de que el contrato social no fije término para la duración de la sociedad o no resulte éste de la naturaleza del negocio objeto de la misma⁷⁶.

d) CONCLUSION.

De todo ello resulta que la renuncia debe ser contemplada, pues así está configurada, como facultad de extinguir unilateralmente relaciones contractuales en los casos que expresamente así lo reconozca el ordenamiento jurídico; por lo que deberán tenerse en cuenta todas las limitaciones por él establecidas.

Las características de la misma quedan configuradas bajo la idea de considerarla como una facultad otorgada por la ley a las partes o alguna de entre ellas, para extinguir o llevar a su término una relación obligatoria. La renuncia como tal facultad posee las características de ser personal, y por estar sólo la parte facultada para ello podrá hacer uso de ella, con carácter excepcional.

⁷⁶.- MANRESA Y NAVARRO, J.M. op. cit. pág. 568 y ss.
CAPILLA RONCERO, F. en el comentario a los artículos relativos a la renuncia de la sociedad por uno de los socios, dice: "... (s)iendo duradera, el ordenamiento jurídico se preocupa de determinar límites al tiempo de duración de la misma, especialmente para el caso en que los socios no han establecido un término o no se desprende éste de la naturaleza de las actividades que constituyen el objeto social. El término señalado por el Código es la vida de los socios, de suerte que cuando cualquiera de ellos fallezca, se produce la disolución de la sociedad." (op. cit. pág 667).

5.- Rescindir.

A) En el ámbito legal.

Numerosas son las ocasiones en las que aparece en el Código Civil el término rescisión para dar a entender que se ha producido un evento extintivo; ahora bien, dos son los puntos o las claves que parece tener en cuenta el legislador para el empleo de dicha acepción:

- Uno, la de ser un mecanismo que se pone en funcionamiento por la voluntad exclusiva de una de las partes.
- Y otro, el que se manifestará a causa o por motivo de un perjuicio ocasionado precisamente al que actúa haciendo uso de esta figura que le ofrece el ordenamiento jurídico como medio de defensa.

Se le dedica en el Código el capítulo V del título II del Libro IV bajo la rúbrica "de la rescisión de los contratos" compuesta por los artículos 1290 a 1299, en donde se recogen los supuestos, características y requisitos de la rescisión en general, lo cual supone un avance a la hora de distinguirla de otras figuras y modos de extinción.

Además, se utiliza específicamente en determinados contratos como en el caso de la compraventa⁷⁷. También por fraude, artículo 1291, por vicios ocultos, artículos 1486 a 1490, etc.

B) En el ámbito jurisprudencial.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la rescisión contractual, como una causa de extinción del contrato, se pronuncia en muy diversos sentidos; ahora bien, todos ellos conectados por una causa común, cual es el perjuicio o lesión causado del que ejercita dicha acción, lo cual provoca la desaparición del negocio.

Podemos destacar un primer bloque de sentencias: 16-mayo-1895, 13-febrero-1893 y 14-marzo-1896, en las que se establecen los principios y reglas generales que rigen la nulidad y la rescisión, considerada esta última como acto llevado a cabo por una de las partes porque se le ha producido un daño o perjuicio. Los conceptos de nulidad, rescisión e incluso anulabilidad, van referidos a cuestiones distintas y por tanto deben ser nociones inconfundibles⁷⁸.

⁷⁷.- Vid. artículo 1469, 1470, 1472 y 1486-2 del Código civil.
También del artículo 1073, en cuanto a la rescisión de la partición, lo cual equivale a la extinción de ésta.

⁷⁸.- Vid. S.T.S. 17-abril-1943, 5-junio-1945, 31-marzo-1959.

Delimitadas en un primer momento las diferencias entre la rescisión y otros conceptos, destacaremos las sentencias de 9-noviembre-1901 y 13-diciembre-1910, entre otras, que recogen la subsidiariedad de la acción de rescisión, característica ésta inherente y particular de la figura en estudio.

Ahora bien, la jurisprudencia, consciente de la libertad y a veces de la ligereza que hay en el empleo de los términos, deja patente, aunque luego lleve a cabo ella misma usos indiscriminados de los mismos ⁷⁹, que las diferencias entre unos y otros son evidentes y que por tanto cada cual posee su campo de aplicación claramente delimitado.

Destaca a este respecto la S.T.S. 17-marzo-1964, sobre obligaciones recíprocas en la que se dice: "...que si bien es cierto, que los actores en la súplica de su demanda y la Sala en su sentencia emplean inadecuadamente la palabra rescisión, como quiera que lo mismo en los razonamientos de dicho escrito, que en los del mencionado fallo, se desenvuelve el concepto jurídico y legal de la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de uno de los obligados, y hasta se invoca el artículo 1124 como fundamento de la demanda y de la sentencia, es preciso, con arreglo a los dictados de la lógica, entender dicha

⁷⁹.- Sentencias que así lo expresan son las siguientes:
28-abril-1958 y 21-octubre-1966.

palabra "rescisión" en el sentido de "resolución", por ser éste el concepto a que responde y porque, además, como del hecho del incumplimiento de una obligación recíproca no se deriva una acción rescisoria por no constituir ésta una causa de rescisión según el artículo 1292, sino que lo dicho surge una acción resolutoria, en base al artículo 1124; no hay duda que la acción ejercitada en esta litis es resolutoria y lo que ella se promueve es la resolución aunque se le denomina rescisión..⁸⁰.

Falta sólo decir que en el aspecto jurisprudencial, rescindir es extinguir una relación contractual por las causas expresamente establecidas en la ley y que producen un perjuicio al que lleva a cabo dicha acción. Ante ello, la jurisprudencia establece limitaciones al ejercicio de la acción de rescisión, como es el caso de la sentencia de 25-abril-1983, así como condiciones para poder ejercitarla con plenos efectos jurídicos, reflejado ello en las sentencias de 22-febrero-1917 y 2-junio-1932.

C) En el ámbito doctrinal.

La doctrina ha intentado llevar a término un estudio pormenorizado de la rescisión desde distintos puntos de vista, ya

⁸⁰.- En el mismo sentido S.T.S. 4-octubre-1914, 14-noviembre-1927, 30-marzo-1930.

que, como comprobaremos, es una palabra que ha sido objeto de numerosas definiciones, así como de ubicación en distintas materias, a veces bajo razones lógico-jurídicas y otras sin apoyo legal alguno, por lo que ha sido una figura que la doctrina ha confundido en ocasiones con la de nulidad.

Intentaremos dar un concepto claro de lo que es la rescisión, así como los supuestos a los que debe ir referida, pues es utilizada en la mayoría de los casos sin criterio alguno de delimitación.

Para ver el lado histórico de la rescisión, acudimos a las fuentes romanas.

En Roma es necesario buscar los antecedentes de la rescisión en la actuación de los pretores. Muchos de los actos declarados por la ley válidos producían injustas consecuencias, surgiendo para evitarlas la denominada "restitutio in integrum"⁸¹.

La figura de la rescisión es desconocida para el Derecho romano clásico; los términos "rescindere" y "rescissio" son usuales en las fuentes en numerosos supuestos, ya que todos los negocios jurídicos eran contemplados desde la perspectiva de la

⁸¹. - CORNU, G. Vocabulaire Juridique....cit. Voz: RESCISION. Vid. supra nota 54. pág. 3395.

eficacia y por consiguiente de su utilidad o no frente al objetivo para el que habían sido constituidos .

Como antes hemos apuntado, ha sido frecuente relacionar el término rescisión con el de nulidad. La distinción entre ambos conceptos aparece en el "droit coutumier francés", siendo confundidas, en cambio, en el Código de Napoleón, donde se habla indistintamente de "nullité" y "rescisión"⁸². De aquí pasó la confusión al resto de los Códigos latinos, entre ellos el español. Por su parte la técnica germánica utiliza una mayor precisión terminológica, hablando primero de invalidez en general, y en de ella distinguiendo la nulidad de la impugnabilidad, dentro de la que se incluye la rescisión causada por lesión a alguno de los contratantes.

En nuestro Derecho anterior al Código se conoció esta misma figura como remedio excepcional para reparar los daños originados en el patrimonio del menor. Lo mismo ocurrió con los ausentes, equiparados en este sentido a los menores.

Es ya en el proyecto de 1851 cuando se lleva a cabo un tratamiento conjunto del tema de la rescisión, de forma clara y diferenciada. GARCIA GOYENA señala que se utiliza mayor propiedad en nuestro Proyecto de Código al hablar del concepto de

⁸².- PLANIOL . M. y RIPERT, P.. op. cit. pág.

rescisión y nulidad, pues el capítulo II del título V, abraza todas las causas de nulidad, y se dispone acerca de ellas en el capítulo VI tratándose por separado en una sección de las obligaciones válidas, para que no haya confusión entre los conceptos de nulidad y rescisión⁸³.

El siguiente anteproyecto de 1882-1888 y el también vigente Código mantienen la distinción y separación entre ambas acepciones.

Comenzaremos dando una definición doctrinal de lo que se entiende por rescisión, para así poder delimitar bien su campo de actuación. MORENO QUESADA, B. considera a la rescisión como "una forma de extinguir los contratos, de terminarse su eficacia de manera unilateral y en virtud de una permisión legal que, ante determinadas circunstancias que prevé, faculta para ello al que por consecuencia de las mismas sufrió un determinado perjuicio económico, que no encuentra otra manera de neutralizar"⁸⁴.

⁸³.- op. cit. T.IV.V.III. artículos 1164 y ss.

⁸⁴.- op. cit. pág. 65.

En el mismo sentido MANRESA NAVARRO, José M., recoge que la rescisión, es un remedio concedido por la ley a los contratantes y aun a terceros para obtener la reparación de los perjuicios que les causa un contrato, aunque sea válido, por medio de la reposición de las cosas al estado anterior a la celebración de aquel. (Comentarios al Código Civil Español. Edición revisada por Miguel Moreno Mocholl. Madrid 1967. T.VIII. V.II. artículos 1290 y ss. pág. 754.). vid. también a este respecto las referencias que hace MORENO QUESADA, B. De la rescisión de los contratos (en comentarios al Código civil y Compilaciones Forales). T.XVIII. V.2 . artículos 1290 a 1299. Madrid. 1981. pág. 61 y ss.

Podemos señalar, pues, que la rescisión va referida a los contratos válidos que se extinguen unilateralmente a causa de un perjuicio ocasionado al sujeto activo, lo cual debe venir expresamente establecido por la ley, ya que la rescisión no es un remedio caprichoso entregado al arbitrio de cualquiera de las partes, sino un instrumento de carácter estrictamente legal, y como consecuencia, de interpretación y aplicación restrictivas. Ante ello nos podemos plantear la siguiente cuestión: ¿es sólo la ley fundamento de la rescisión?

ALBALADEJO GARCIA parte de considerar a la rescisión "como uno más de esos casos en que se permite a una de las partes pedir la extinción del contrato válidamente celebrado, no a su libre voluntad, sino cuando concurren determinadas circunstancias, previstas en la ley: en el supuesto en estudio, la de haber sufrido una lesión. Se trata, pues, de que, en tal hipótesis, el término específico con el que la ley designa la situación es el de rescisión"⁸⁵. Desde otra perspectiva es contemplado el tema de la rescisión, y esta vez situado en un periodo anterior al antes comentado por el profesor Albaladejo. Consideran que el Código Civil ha olvidado que el cauce poderoso por donde discurre el caudal de la rescisión de los contratos es

⁸⁵.- Curso de Derecho Civil Español. V.II. Derecho de Obligaciones. Barcelona 1984. pág.271.

el de la voluntad de las partes⁸⁶.

Este mismo autor plantea la posibilidad de llevarse a cabo una rescisión pactada en el siguiente sentido: "...(f)uera de estos casos, ningún contrato se rescindirá por lesión (artículo 1293 del Código civil). Pero debe entenderse que la facultad de rescindir no la concede la ley en otros casos ; mas, no que no pueden pactarla las partes. Si lo hacen, la tienen, procedente del pacto (pues no hay razón para entender que la ley prohíba éste).."⁸⁷.

Ahora bien, la doctrina pone de relieve que son varias las ocasiones en las que la palabra rescisión está sustituida en el Código civil por la de revocación, desistimiento, ineficacia, siendo términos o cuestiones de ámbito y naturaleza diferentes. Como un ejemplo, de entre los distintos supuestos en los que ocurre, nos encontramos el caso de la potestad que el artículo 1594 concede al dueño de la obra para desistir del contrato, denominando dicha actuación rescisión, siendo cuestiones totalmente diferentes ⁸⁸. Lo mismo ocurre respecto de la

⁸⁶.- QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA. Código Civil, comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos Europeos y Americanos. T.XX. artículos 1290 y ss.. págs. 900 y ss.

⁸⁷.- Ibidem. V.I. Barcelona 1983. pág. 472.

⁸⁸.- KARL LARENZ. Derecho de Obligaciones. T.II. Estudio particular del contrato. págs. 305 y ss.

revocación, por ejemplo, por parte del mandante, en donde también utiliza en numerosas ocasiones el término rescisión indebidamente.

D) Conclusión.

Queda, pues, la rescisión delimitada a los casos expresamente contemplados en el Código civil en los artículos 1290 y ss., es decir, a los casos de rescisión por lesión con las características, entre otras, de subsidiariedad y encuadre en los supuestos reflejados en dichos preceptos.

Así las cosas, la rescisión tal cual, está mal utilizada para con ella expresar que se ha producido la extinción unilateral de una relación jurídico-contractual, sin más justificación ni móviles especiales, ya que es la necesidad de que concurren esos móviles lo que caracteriza a la rescisión del Código civil.

Además la rescisión produce como efecto principal la ineficacia del contrato válidamente celebrado, y no su extinción definitiva, que es el efecto obrado por el desistimiento.

6.- Resolver.

A) En el ámbito legal.

Es, resolver, un concepto que, al igual que rescindir, se ve envuelto por dos lazos que deben encontrarse cada vez que se intente poner en funcionamiento.

Uno, el de ser competencia exclusiva de la voluntad de una de las partes -será el que haya cumplido la obligación o que no pueda cumplirla hasta que la otra lleve a cabo la suya-, y otro, que supone la necesidad del incumplimiento de una de las partes de la obligación a la que estaba sometida.

Dicha facultad de resolver las obligaciones en el momento que una de las partes no lleve a cabo su cometido se considera implícita en todas las obligaciones de carácter bilateral o sinalagmáticas, denominándose condición resolutoria tácita.

Es el artículo 1124 el que recoge la resolución como medio de extinguir la obligación, sometida como ya es regla a los requisitos que deben observarse para hacer uso de ella.

B) En el ámbito jurisprudencial.

Hay que decir en favor de la propia doctrina jurisprudencial, que la noción resolver es la más clara y delimitada en cuanto a su uso por el T.S. cuando quiere poner de manifiesto la resolución contractual por incumplimiento. Aunque a veces con dicho término también quiere expresar extinción por causa distinta de incumplimiento, es obvio el significado, así como el ámbito de aplicación, del término a la hora de dar por concluida una relación contractual.

La acción de resolución por parte del T.S. tiene circunscrita su aplicación a la letra del artículo 1124 del Código Civil, referido al incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas. Numerosas son las sentencias que así lo recogen en sus considerandos⁸⁹, tratándose de una resolución unilateral que posee efectos extintivos para el negocio objeto del incumplimiento.

La locución resolver, está íntimamente relacionada con el incumplimiento, pues siempre la causa de resolución será un

⁸⁹- S.T.S. 29-septiembre-1930 expone: "...y porque en el fallo recurrido aunque quizás pudiera parecer otra cosa por la forma de expresión de sus conceptos, no se aviene a rescindir el contrato de 18 de julio de 1927, que citaba ya cumplido en toda su extensión, excepto en una de sus obligaciones, única que propiamente hablando no se rescinde, sino que se resuelve en virtud de lo preceptuado en el artículo 1124 del Código civil que, al hablar de resolución, no de rescisión, se refiere a toda clase de obligaciones recíprocas, sin distinguir las ni exceptuarlas por su origen, ni mucho menos excluir de sus preceptos las nacidas de los contratos de transacción..."

incumplimiento contractual por una de las partes ⁹⁰.

Con independencia de que posteriormente hagamos hincapié en cuestiones intimamente relacionadas con la acción resolutoria, cabe exponer la postura jurisprudencial respecto al ejercicio de dicha acción para así dejar más ampliamente delimitado su significado, así como su campo de aplicación, para diferenciarlas de esta noción.

El ejercicio de la acción por causa de incumplimiento abarca a todo el ámbito contractual, es decir, se aplicará a cualquier incumplimiento contractual sea cual sea su naturaleza; ahora bien, no rige dicha resolución para contratos que específicamente tienen articulado su incumplimiento: así lo refleja la sentencia de 6-marzo-1974, en donde se expresa que en el contrato de compraventa en caso de incumplimiento se aplicará el artículo 1504 y no el 1124, pues el primero está expresamente estipulado para el incumplimiento en la compraventa de bienes inmuebles. Respecto a esto debemos decir que el T.S. en sentencias de 24-junio-1931, 31-octubre-1968, 10-noviembre-1982 y 5-mayo-1983 entre otras, expresa que los artículos 1124 y 1504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan en el sentido de que es regla, y además con carácter general, para

⁹⁰.- Hay numerosa jurisprudencia que recoge el derecho de resolución, ligado a un verdadero y propio incumplimiento, debiendo ser este de causa imputable al deudor, o más delimitadamente por incumplimiento de una parte, la cual pasará a ser deudor desde que incumple: En este sentido :S.T.S. 24-octubre-1899, 24-octubre-1941, 9-julio-1941, 5-junio-1944.

toda clase de obligaciones recíprocas que contiene el primero de ellos, hace aplicación de modo específico y concreto al segundo, cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, para lo que utiliza la acción resolutoria regulada en el artículo 1504 hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la del 1124 considera indispensable la propia jurisprudencia⁹¹.

La S.T.S. de 1-febrero-1966 recoge explícita y claramente los requisitos que deben concurrir para proceder a la aplicación del artículo 1124, y por consiguiente al ejercicio de la acción resolutoria, completada dicha sentencia por numerosa doctrina jurisprudencial⁹².

Así las cosas, y para concluir este punto, debemos decir que la postura del T.S. en torno al término resolver es la de contemplar el incumplimiento contractual en toda su amplitud, sea el referido al 1124 o a otros preceptos. Dicha resolución va a producir la extinción o resolución unilateral del contrato.

⁹¹.- Vid. las siguientes sentencias del T.S.:
28-septiembre-1965, 19-febrero-1969, 3-junio-1970, 5-junio-1981, 4-octubre-1983, 27-octubre-1981, 27-octubre-1981, 11-octubre-1982, 7-marzo-1983 y 10-marzo-1983.

⁹².- S. 7-marzo-1984, 7-febrero-1983, 7-febrero-1984. En todas ellas se recoge la incompatibilidad de dichos preceptos.

C) En el ámbito doctrinal.

Estamos ante una figura que por su importancia y amplia utilización es objeto de numerosos problemas a la hora de encontrar un encuadre que recoja todos y cada uno de los puntos que contiene, y que dan lugar a determinadas consecuencias a la hora de hacer uso del mismo.

El Código civil no utiliza con frecuencia el término resolver, cuestión ésta que ha permitido a la doctrina encontrar con mayor facilidad un determinado campo de actuación y de este modo dar a conocer sus características y límites tanto extrínsecos como intrínsecos a las relaciones contractuales.

¿Qué es resolver?. Se considera como la facultad o remedio que con carácter principal o genérico otorga la ley en las obligaciones recíprocas, para resolverlas, a favor de la parte perjudicada por el incumplimiento del deber a la otra asignado.

El fundamento de dicho proceder puede encontrar su explicación en la teoría de la causa o de la equivalencia de las prestaciones, por la voluntad de los contratantes, o simplemente

estar basada en razones de equidad⁹³.

Vemos que es un fenómeno que se produce como consecuencia de una declaración de voluntad, o del ejercicio de una acción judicial, que no es sin embargo reflejo de una facultad absolutamente libre, sino que tiene que encontrarse fundada en una hipótesis o en un supuesto de hecho previsto en la ley⁹⁴.

Para un sector de la doctrina, representado por ALBALADEJO, se contempla el tema de la resolución desde una perspectiva bastante amplia, en el sentido de englobar en él todos los demás conceptos que de alguna forma vienen a significar lo mismo.

Se establece en este sentido, la posibilidad de resolución por voluntad de una parte, incluyendo dentro de este apartado distintos supuestos: " la extinción de la relación contractual por voluntad de una de las partes tiene lugar cuando aquélla cesa a petición de la que tenga la facultad de pedirlo.

- Tal facultad puede proceder de la ley o haber sido concedida por el contrato.

⁹³.- MANRESA NAVARRO, J.M. op. cit. T.VIII. V.I. artículo 1124, pág. 406 y ss.

⁹⁴.- DIEZ PICAZO, L. GULLON BALLESTEROS, A. op. cit. págs. 304 y ss.

También en este sentido ALVAREZ VIGARAY, K. la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento. Granada 1972. pág. 45.
LACRUZ BERDEJO, J.L. Elementos de Derecho civil. Barcelona 1977, pág. 247 y ss.

- Corresponder a una de las partes o a las dos.
- Concederse para que pueda usarse de ella sin más, o sólo si concurren ciertos requisitos, dándose los cuales, cabe que el que la tenga la utilice o no, según desee".

En todas estas posibilidades entran todos los conceptos existentes para dar por terminada una relación contractual, por lo que con la denominación resolución por voluntad unilateral se quiere expresar cualquier posibilidad⁹⁵.

En esta primera aproximación podemos decir que las diferencias existentes entre éste y los demás supuestos en estudio pueden observarse, si no en los efectos particulares de cada uno de ellos, si en las consecuencias que frente a la relación obligatoria se producen.

D) Conclusión.

De este modo, la resolución como medio de extinguir las relaciones contractuales se diferencia de la DENUNCIA en que ésta sólo extingue la relación para el futuro; de la REVOCACION, porque sólo se refiere este término a declaraciones de voluntad

⁹⁵.- ALBALADEJO GARCIA, M.. op. cit. pág. 270.

que no han llegado todavía a consumir la conclusión del negocio y que rompen, si es admisible, la atadura de la parte que revoca; de la RESCISION, porque la resolución no tiene carácter subsidiario ni presupone que se carezca de todo otro recurso para obtener la reparación del perjuicio sufrido⁹⁶.

Ante esto podemos añadir que un medio análogo a la resolución, también de defensa de la parte contra ulteriores efectos desfavorables del contrato, es el DESISTIMIENTO UNILATERAL ya estudiado en páginas anteriores. Ambas figuras, resolución y desistimiento, están fuera del campo verdadero y propio de la ineficacia del negocio, en cuanto se dirigen contra la relación eficazmente creada por él. Sin embargo, la afinidad del mecanismo con que operan aconsejan, en el aspecto sistemático, su acercamiento a otras figuras, como son las que ahora nos ocupan.

Las diferencias entre ambos conceptos a su vez pueden observarse, a primera vista, en las causas que mueven a una parte a resolver y a desistir. Se RESUELVE por incumplimiento de la otra y como consecuencia de un perjuicio sufrido, y se DESISTE en virtud de una potestad que se posee para tal proceder y en base a una "justa causa", cuestión ésta muy discutible y que matizaremos

⁹⁶. - Voz: RESOLUCION. Vid. supra nota 54. pág. 3416.
También en el mismo sentido BENDERSKY MARIO J. Incumplimiento de contrato. (la cláusula resolutoria en los derechos civil y comercial). Buenos Aires 1967. pág.4,5,6,7.

en un posterior estudio del tema⁹⁷.

Se observa que las diferencias son evidentes y constatables, por lo que no cabe utilizar indistintamente uno u otro concepto, ya que como hemos comprobado en el tema de los efectos es totalmente diferente en uno u otro caso.

Debemos de relacionar el término resolver con incumplir, teniendo de este modo cabida en las relaciones donde puede actuar o desplegar sus efectos cualquiera de las otras palabras; por ejemplo, en el contrato de obra cabe el desistimiento por parte del comitente, pero también la resolución si cualquiera de las partes, da igual cuál, incumple. Lo mismo en otros contratos, la única exigencia que se les impone es la de que se trate de contratos sinalagmáticos.

Así las cosas, dejamos encuadrado el tema de la resolución, en el incumplimiento contractual.

⁹⁷.- Otras diferencias y particularidades de la facultad resolutoria, es el verla como algo implícito, y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume, que ninguno quiere quedar obligado, sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación.

Pero como no puede quedar al arbitrio de la parte incumplidora, es libre la otra de pedir su cumplimiento o resolución en su caso, pues se acude a este segundo medio, cuando le haya resultado fallido el primero. Aun cuando la condición resolutoria haya sido estipulada formalmente, es necesario acudir a los Tribunales, poner en claro la inejecución, examinar sus causas y distinguir las de un simple retraso. En el examen de las causas, puede que las haya favorables al incumplidor, ante lo cual el juez se ve forzado a conceder un plazo. (GARCIA GOYENA, F. op. cit. t.III. C.III. artículos 1041 y ss.).

6.- Revocar.

A) En el ámbito legal.

El término revocación es empleado por el legislador con carácter extintivo o de finalización del negocio, para con ello expresar que por medio de una potestad concedida por la ley, una de las partes sujeto de la relación obligatoria puede dar lugar al evento extintivo antes mencionado.

De este modo nos encontramos con la revocación:

- De actos fraudulentos, llevada a cabo por los acreedores, mediante el ejercicio de la Acción Pauliana, respecto de los actos dolosos y dañosos realizados por el deudor. (Artículo 1111 del Código Civil).

- De las donaciones, en los artículos 644 y ss, en donde el legislador emplea indistintamente los términos revocar y rescindir⁹⁸.

- Del mandato por parte del mandante. Artículo 1732.

- De los testamentos, ocupada en el Código civil por la sección X, capítulo I, título III, artículo 737 y ss.

⁹⁸.- Artículo 645: "Rescindida la donación....".

Hay que notar el hecho de que es esencialmente en estas materias donde aparece recogida la revocación desde el punto de vista legal, a veces simultaneada con la rescisión, lo cual puede encontrar su explicación en el carácter lesivo que puede ocasionar la revocación, ya que en otros supuestos no tiene porqué suponer un perjuicio el hecho de hacer uso de la revocación⁹⁹.

Ahora bien, de los cuatro bloques en los que el Código civil recoge la revocación, entendida como causa de finalización del contrato, sólo en el caso del mandato, al tratarse éste de una figura contractual en todos sus términos, y en el tema de la donación, a pesar de estar discutida su naturaleza contractual, podría pensarse que tiene cabida el término en estudio.

La revocación a la que va referida el artículo 1111, es respecto de actos fraudulentos realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores. También aparece en el testamento, el cual, según el artículo 667, es el acto de disposición de una persona sobre sus bienes o parte de ellos, para después de su muerte.

⁹⁹.- La revocación del mandato por parte del mandante no tiene porque fundarse en un perjuicio, sino que puede estar basada en otras causas, como puede ser la pérdida de la confianza sobre el mandatario, entre otras.

B) En el ámbito jurisprudencial.

La jurisprudencia, al igual que la propia letra de la ley, proclama en sus considerandos el principio de irrevocabilidad contractual- S.T.S. 12-junio-1947-, e incluso en contratos donde está permitida la revocación hay cláusulas introducidas por las propias partes en las que se expone la irrevocabilidad de dicha relación¹⁰⁰.

La doctrina jurisprudencial delimita el término revocación, entendido éste como causa de extinción de un contrato por la voluntad unilateral de uno de sus contratantes en numerosas ocasiones. Ahora bien, dicho significado no es entendido con carácter general, sino que queda limitado a determinadas relaciones obligatorias, ya sea por su naturaleza o por su propia configuración jurídica.

Hay figuras en las que se da la revocación sin necesidad de justificación alguna por parte del que lleva a cabo el hecho,¹⁰¹

¹⁰⁰.- Sentencias de 22-mayo-1942, 1-diciembre-1944 y 20-abril-1981, van referidas a la irrevocabilidad del contrato de mandato, en donde como se aprecia y se deduce de la propia letra de la ley (artículo 1732) se desprende la revocación del mandato por voluntad del mandante.

En la misma línea las S.T.S. de 10-julio-1946, 12-junio-1947, 1-julio-1950, 2-noviembre-1961, 26-mayo-1964 y 6-mayo-1968.

¹⁰¹.- En el caso del mandato, el mandante puede revocar el contrato, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, la cual sólo recoge en el artículo 1734 una prohibición de perjudicar con la revocación a "determinadas personas".

a no ser que haya pacto de irrevocabilidad.

En este sentido, es numerosa la jurisprudencia alrededor de la revocación del mandato siempre promovida por el mandante, dirigida a los diversos aspectos o puntos a los que puede afectar. Así destacamos la S.T.S. de 10-julio-1946, que establece los requisitos que se deben observar en la extinción del mandato por la revocación, ya sea expresa o tácita: "la extinción del mandato, por causa de revocación tanto expresa como tácita, requiere por su carácter de declaración de voluntad unilateral y recepticia, que ésta llegue a conocimiento del mandante, para que produzca con respecto a éste sus naturales efectos, exigencia recogida por el Código civil en cuanto a la revocación tácita del artículo 1735".

En el mismo sentido, las sentencias de 15-junio-1946 y 1-julio-1971.

Otros casos de revocación en el sentido que a nosotros nos interesa aparecen en la donación; aquí el hecho de que el donante revoque la donación que en su momento hizo debe ajustarse a las causas específicamente establecidas por la ley (artículo 644). Sentencias como las de 6-febrero-1954, 19-enero-1901, 16-mayo-1957 y 29-noviembre-1969, así lo manifiestan.

Hay que decir que la jurisprudencia también se ocupa de

la revocación del testamento, que da lugar a la extinción de éste. Ahora bien, al no tratarse de una relación contractual, no nos interesa la cuestión, debido a su especial naturaleza y ubicación.

Concluim s este apartado con la idea de que el tratamiento que la jurisprudencia hace del término revocación en el sentido que nosotros queremos dejar patente, que es la desaparición del contrato de forma unilateral, queda circunscrito al tema del mandato y de la donación, a pesar de la discutida naturaleza contractual de esta última.

Finalmente debemos señalar que el T.S. en la numerosa jurisprudencia que sobre el tema hay, se limita a recogerlo en relación con la posibilidad de revocar un determinado poder concedido a una parte de la relación contractual, como es el caso del mandato, y, en el tema de las donaciones, donde una de las formas de extinción de la misma es su revocación por distintas causas¹⁰².

En relación con el mandato también es utilizado para el caso de revocación del mismo por parte del mandante, no utilizando la jurisprudencia sino esta expresión para denominar

¹⁰².- En relación con la revocación de las donaciones sea cual sea el motivo, destacan las siguientes sentencias: 21-mayo-1984, 6-febrero-1954, 19-enero-1901, 16-mayo-1957, 8-marzo-1972. 29-noviembre-1969, 23-noviembre-1967.

dicho fenómeno jurídico¹⁰³.

Ahora bien, también es utilizado el término revocación por la jurisprudencia del T.S. en relación con determinados contratos y la desaparición de éstos por la revocación unilateral de una de las partes. Destaca en este sentido el contrato de concesión en exclusiva en el cual se permite la revocación del establecido sin límite temporal por la sola voluntad de uno de los contratantes¹⁰⁴. Aquí se observa la comparación con el término denuncia unilateral, siendo ésta la única expresión hasta ahora asemejada por la jurisprudencia con la revocación.

C) En el ámbito doctrinal.

Consiste la revocación en una declaración de voluntad, es decir, un acto jurídico unilateral, por el que se deja sin efecto otro cuya existencia o subsistencia depende de aquella misma voluntad, ya absolutamente, ya concurriendo ciertas causas

¹⁰³.- Vid. las sentencias de 12-junio-1947, 22-mayo-1942, 1-diciembre-1945, 20-abril-1931, 9-noviembre-1926, 22-diciembre-1908, 27-octubre-1909, 1-diciembre-1930, 13-noviembre-1941, 15-junio-1946, 15-diciembre-1958, 3-marzo-1898.

¹⁰⁴.- Sentencia T.S. 22-marzo-1988. Publicada en la revista Actualidad civil nº 27-semana 4-10 julio 1988.

En este caso, debemos de señalar que el propio T.S., al analizar el caso en sus considerandos, utiliza en varias ocasiones la expresión "denuncia" para significar lo mismo que con "revocación" en otras líneas quería decir.

legales que hacen posible la revocación¹⁰⁵.

La doctrina está de acuerdo en sostener que no es el mutuo consentimiento el que se necesita para revocar un contrato, pues lo característico de la revocación es la extinción por la voluntad de una de las partes¹⁰⁶.

La irrevocabilidad del contrato como principio rector es la primera cuestión con la que nos encontramos a la hora de realizar un estudio de la revocación como causa de extinción; por lo que debemos señalar que se empleará sólo por los motivos expresamente establecidos en la ley. Por otro lado, cualquier pacto de irrevocabilidad que pueden establecer las partes en una relación contractual en donde tiene cabida la revocación es considerado por algunos sectores de la doctrina como contrario a la esencia del contrato en particular¹⁰⁷, y para otros como posible si no contraría la verdadera finalidad del negocio y no va contra la moral¹⁰⁸.

¹⁰⁵.- Voz REVOCACION. Vid supra nota 54. pág. 3468.

¹⁰⁶.- Destacan los siguientes autores:

CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho civil español común y foral. T.IV. Madrid 1986. pág. 554.
 LACRUZ BERDEJO, J.L. Elementos de Derecho civil. T.II.V.III. Barcelona 1979. pág.207.
 ALBALADEJO GARCIA, M. Derecho civil. V.II Barcelona 1982. pág.329.

¹⁰⁷.- Vid. a este respecto. SANCHEZ ROMAN. Estudios de Derecho Civil. 2 edición. Madrid 1900. pág. MANRESA NAVARRO. op. cit. pág.

¹⁰⁸.- Vid. PEREZ GONZALEZ Y ALGUER. op. cit. pág.

El instituto de la revocación no es regulado expresamente con normas de carácter general. Es incierto e impreciso dicho concepto, pues por parte de la doctrina tal término es adoptado de forma que su contenido está formado por gran cantidad de significados, algunos de los cuales sí están referidos a la institución de forma muy diversa, y a veces también llega a confundirlos con otros términos como son el desistimiento, rescisión, resolución, etc, los cuales responden a situaciones de naturaleza diversa, con presupuestos, elementos y momentos de incedencia también diversos.

Son varias las materias de Derecho civil en donde tiene cabida la revocación, entendida como facultad otorgada a una de las partes para llevar a cabo la extinción de la relación contractual; así en el mandato, la donación, el testamento; existiendo en cada una de estas materias particularidades en configuración jurídica, tanto en el campo de la legitimación activa y pasiva como en relación a los efectos que produce cada uno de ellos.

La revocación es una manifestación de la autonomía privada, y por tanto representa el ejercicio de una facultad. Tal facultad está configurada como un derecho potestativo, procedente de la voluntad de las partes, las cuales hacen uso de ella porque la ley así se lo autoriza. Por todo ello preferimos calificarla

como poder o potestad jurídica y no como un verdadero y propio derecho¹⁰⁹.

La revocación también es entendida por parte de la doctrina como una aplicación inversa del principio de autonomía privada que ha podido dar vida al negocio, ya que va dirigida a invalidar retractivamente la regulación de intereses dispuesta en el contrato¹¹⁰, cuestión ésta que trataremos al ver la naturaleza jurídica de dicho término.

D) Conclusión.

Queda, pues, la revocación configurada como potestad legal concedida por la ley a una de las partes para extinguir el contrato unilateralmente, debiendo ser aplicada única y exclusivamente en los casos donde expresamente se autorice tal proceder.

Por ello, y así es considerada por parte de la doctrina, la revocación se asimila al desistimiento unilateral, pues tal y como éste es entendido, pueden ser términos sinónimos y por tanto con idéntica configuración¹¹¹.

¹⁰⁹.- Voz. REVOCA. SALVATORE ROMANO. op. cit. págs. 808 a 820.

¹¹⁰.- En relación al Mandato, Confr. BETTI. op. cit. pág. 191.

¹¹¹.- ALBALADEJO cuando estudia el contrato de mandato en el apartado dedicado a la extinción de este contrato, asimila, a todos los efectos, la revocación del mandante y la renuncia del mandatario al desistimiento unilateral. (Curso de Derecho Civil. op. cit. pág. 475).

IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LOS TERMINOS ESTUDIADOS.

A la hora de abordar conjuntamente el tema de la naturaleza jurídica de las nociones vistas, podemos establecer como punto de mira común a todas ellas el ya conocido Principio de Autonomía de la Voluntad, el cual encuentra su máxima manifestación en el negocio jurídico, ya que mediante él no sólo se lleva a cabo el nacimiento y la modificación, sino también la extinción de todas aquéllas relaciones jurídicas presididas por el ya mencionado principio.

1.- Declaración de Voluntad.

El análisis efectuado, desde distintas perspectivas, de los conceptos en estudio, nos conduce a la idea de considerarlos a todos en su conjunto como declaraciones de voluntad, cuestión ésta que por supuesto nos va a ayudar a analizar con más profundidad la naturaleza jurídica de cada uno de ellos.

Deben ser consideradas todas estos términos, en un principio, como declaraciones de voluntad dirigidas a la extinción o desaparición de la relación obligatoria sobre la que

actúan¹¹². No cabe duda que la declaración de voluntad extintiva de un negocio jurídico, que es el caso estudiado, produce efectos en el campo del Derecho y, por tanto, es susceptible de consideración jurídica¹¹³.

2.-¿Hecho, acto o negocio jurídico?

Una vez delimitado el punto común a todos los términos, debemos centrar el tema en la Teoría General del Negocio Jurídico, ya que los más importantes actos jurídicos son las declaraciones de voluntad que, por sí solas o juntamente con otros elementos, forman los negocios jurídicos¹¹⁴.

Lo que pretendemos es ver si se trata de hechos jurídicos, actos, o bien si pueden ser contemplados en toda su dimensión como negocios jurídicos.

¹¹².- Se entiende por declaración de voluntad todo hecho o acto jurídico, en el cual la conducta humana consiste en la exteriorización de un querer, conducta que el agente observa exactamente con la mira de que se produzca el efecto, o sea, persiguiendo éste, que es producido también, por la REALIZACIÓN DEL ACTO, pero producido precisamente, porque el agente lo quiso. (ALBALADEJO GARCIA, M. Curso de Derecho Civil Español Común y Foral. V.I. Introducción y Parte General. Barcelona 1987. págs. 345 a 347).

En el mismo sentido GULLÓN BALLESTEROS, A. Curso de Derecho Civil. El Negocio Jurídico. Madrid 1969. pág. 27.

¹¹³.- DIEZ-PICAZO, L. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. V.I. Introducción, teoría del Contrato, las relaciones obligatorias. Madrid 1986. pág. 72.

¹¹⁴.- ALBALADEJO GARCIA, M. Curso de derecho Civil... op. cit. pág. 350.

Al tratarse de declaraciones de voluntad dirigidas a la extinción de una relación obligatoria, se aproximan a la figura del negocio jurídico, lo cual supone, en opinión de algunos autores, desnaturalizar el sentido del mismo¹¹⁵.

Conviene ahora exponer qué se entiende por hecho, acto y negocio, para de este modo encontrar el lugar más adecuado donde situar a las figuras en estudio.

ALBALADEJO divide los hechos en hechos jurídicamente relevantes, es decir, que producen efectos jurídicos y hechos no jurídicos. Define el hecho jurídico como "todo acontecimiento o estado- en general, todo suceso o falta del mismo, (ya que también hay hechos negativos)- al que por su sola realización, o juntamente con otros elementos, liga el Derecho objetivo a la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese Derecho objetivo¹¹⁶.

El hecho puede proceder o no de la voluntad humana, clasificándose de este modo a los hechos jurídicos como voluntarios, o lo que es lo mismo, actos jurídicos; y naturales

¹¹⁵.- DE CASTRO considera que es ampliar en exceso dicha institución; se llega incluso a considerar negocio la impugnación del negocio anulable y la denuncia unilateral. (El Negocio Jurídico. Madrid 1985. pág. 25 (en nota).

¹¹⁶.- Curso de Derecho Civil... op. cit. pág. 346.

respectivamente, si no interviene la voluntad¹¹⁷.

De este modo nos encontramos con el hecho que produce efectos jurídicos, pero que puede no proceder de la voluntad, siendo catalogado como hecho jurídico natural; cuestión esta última que lo descarta como figura a tener en cuenta para encuadrar los términos en estudio. Y hechos jurídicos voluntarios que, aparte de producir efectos, derivan de la voluntad humana.

Ahora bien, sabemos que dentro de la categoría de actos jurídicos se establece una distinción según éstos procedan de la LEY:(ex lege) o de la VOLUNTAD: (ex voluntate). Con esto queremos decir que existe la posibilidad de que una conducta humana produzca efectos porque el Derecho lo quiere, con independencia o no del agente. En estos casos la ley hace caso omiso de la intención del sujeto activo en orden a sus efectos¹¹⁸.

En cambio los actos jurídicos "ex voluntate" son las declaraciones de voluntad tendentes a producir unos determinados efectos jurídicos, también queridos.

Los más importantes actos jurídicos son las declaraciones de voluntad que por si solas o con otros elementos dan lugar al

¹¹⁷.- ALBALADEJO GARCIA, M. Curso de derecho Civil... op. cit. pág. 348.

¹¹⁸.- ALBALADEJO GARCIA, M. Curso de Derecho Civil... op. cit. pág. 350.

negocio jurídico, siendo en esta institución en donde daremos cabida a todas las figuras en estudio, por existir en ella las características necesarias para el encuadre deseado.

En cuanto a los elementos del negocio jurídico, GULLON BALLESTEROS considera que al tratarse de una institución abstracta, para conocer mejor los elementos que la componen, habremos de referirnos a lo más general o común a todas las relaciones que abarca.

De este modo, es la declaración de voluntad uno de los elementos y al mismo tiempo el principal de todo negocio jurídico.

Conectada con este elemento, nos encontramos con la capacidad necesaria para realizarlo con plena validez jurídica, lo cual lleva consigo aparejado el tema de la legitimación.

Además, hay elementos como la causa y la forma, o lo que es lo mismo, el porqué y el para qué del negocio y la manera de expresarse el sujeto hacia el exterior.

Otros componentes son el objeto sobre el que recae la declaración y la posibilidad de que la validez del negocio esté supeditada a la voluntad de las partes (condición) o que quede

sometida (término); y como no la figura del modo de contornos difíciles y específicamente dirigido a los actos a título gratuito¹¹⁹.

3.- Conclusiones al respecto.

Así las cosas, calificaremos a todos los supuestos de extinción de la relación obligatoria por voluntad de una de las partes, en su conjunto, como **NEGOCIOS JURIDICOS UNILATERALES RECEPTECIOS**.

Negocios y no hechos o actos, y ni siquiera actos jurídicos en sentido estricto, porque todos ellos, al tener por finalidad la destrucción de una relación jurídica constituida, necesitan voluntad y capacidad, que como hemos comprobado son elementos esenciales del negocio jurídico y no de las otras instituciones, unilaterales, en el sentido de que son negocios celebrados por una sola parte, en virtud de una única legitimación para el negocio; por ello estamos ante negocios, como el de la revocación, rescisión, renuncia, etc, que no pueden ser más que unilaterales, ya que aunque la declaración de voluntad se dirige a un destinatario determinado, éste no será parte del negocio, puesto que no es llamado a concurrir con su

¹¹⁹.- op. cit. pág. 25 y 26.

consentimiento¹²⁰. Y recepticio porque es imprescindible el que se le comunique a la otra parte, en los casos en que no sea necesario el consentimiento, que se ha procedido o que se va a proceder a llevar a cabo una conducta determinada¹²¹.

¹²⁰.- Señalaremos respecto a este último inciso que a veces el consentimiento de la otra parte de la relación es necesario para la plena validez del acto en sí, por lo que la unilateralidad del negocio deja de ser tal, pasando a ser negocios jurídicos bilaterales en sentido estricto.

¹²¹.- Cfr. en el caso de la figura del desistimiento, y desde la misma perspectiva, CARIOTA FERRARA. El negocio jurídico. Trad. de Albaladejo García, M. Madrid 1956. págs. 132 y 133.

V.- Efectos.

Mucho nos puede ayudar a establecer la delimitación conceptual perseguida el hecho de fijarnos en los efectos y consecuencias jurídicas que se producen por la aplicación de cada uno de los conceptos, ya que podemos obtener de dicho análisis diferencias sustanciales e importantes para nuestra labor.

No tenemos más que examinar el Código civil para conocer que es la propia ley la que establece diferencias a este respecto en función de que se utilice uno u otro concepto.

Los efectos jurídicos los veremos desde dos perspectivas distintas: desde la óptica del sujeto activo o promotor de la puesta en funcionamiento del mecanismo que extingue la relación y desde la posición del que, de alguna forma, sufre o soporta la conducta del otro, ya sea o no por causa imputable a él.

Así las cosas, no podemos decir, por ejemplo, que, en cuanto a los efectos jurídicos, es lo mismo resolver, rescindir o desistir. Estos efectos, como ya hemos puesto de manifiesto y después insistiremos, vienen recogidos y reconocidos por el propio Código civil.

En lo que respecta a la resolución, las consecuencias de la

misma para el que resuelve son o pueden ser dos: que el contrato se extinga y las cosas vuelvan al estado inicial, pudiendo por ello exigir indemnización por los daños causados, o pedir el exacto cumplimiento, existiendo aquí también el derecho a indemnización.

Para el sujeto pasivo de la puesta en marcha de la acción resolutoria, cabe decir que deberá indemnizar a la otra parte, debiendo cumplir en todos los términos si así se le exige.

Vemos que respecto de las partes la resolución se manifiesta con efectos distintos para cada una, y respecto a la relación obligatoria las consecuencias son la extinción o desaparición de ésta o la perfecta realización de la misma con la obligación de indemnizar en ambos supuestos.

En cambio, el sustantivo rescisión o el verbo rescindir se refiere a figuras que al ser utilizadas producen unos efectos totalmente distintos que el vocablo resolver, tanto en la esfera personal de las partes afectadas, como en la de la propia relación obligatoria.

A un nivel estrictamente legal, encontramos recogidos los efectos de la rescisión en el artículo 1295 del Código civil¹²².

¹²².- MORENO QUESADA, B. considera que en dicho artículo se vislumbran cuatro aspectos que, antes de analizarse por separado cada uno de ellos, merecen una apreciación desde la óptica de las relaciones que se producen entre ellos y que, presumiblemente, han conducido a su tratamiento bajo una sola

El efecto o efectos principales son la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses. Se producirá este efecto cuando el que haya llevado a cabo la rescisión pueda devolver lo que por su parte estuviera obligado. En caso de imposibilidad, se sustituirá dicha devolución por indemnización de perjuicios exigida al causante de la lesión¹²³.

Para las partes los efectos en un primer momento son la devolución del objeto del contrato y en casos específicos la sustitución de esto por la indemnización de daños y perjuicios. Las consecuencias para la relación obligatoria en sí es la desaparición o extinción de la misma.

El desistimiento produce los efectos que el artículo 1594 del Código civil expone respecto del contrato de obra y su desaparición por la voluntad del comitente o dueño de la obra. Las consecuencias de dicho desistimiento quedan escindidas: para

rúbrica, que de establecerse tiene que ser necesariamente la de "efectos de la rescisión". (op. cit. pág. 158).

¹²³.- Debemos de señalar que, al igual que la resolución del artículo 1124, el que la disposición referida a los efectos de la rescisión se aplique a las convenciones rescindibles por causas expresamente determinadas en la ley, no quiere decir que procede hacerlo en todos los supuestos, ya que hay normas específicas para casos concretos, que contienen regulación de la materia adecuada a las circunstancias. Un ejemplo lo proporcionan el artículo 1077 del Código civil respecto a la rescisión de la partición hereditaria, la cual es incompatible con el precepto 1295. En el mismo sentido los artículos 406 y 1708 del Código en cuanto a la división de la cosa común y partición entre socios, respectivamente. (MORENO QUESADA, B. op. cit. págs. 162 y 163).

el que desiste en una indemnización que incluye los gastos, trabajos y utilidad que el otro hubiera podido obtener de haberse realizado la obra, y para el que soporta el desistimiento la de recibir dicha indemnización como consecuencia de la conducta del dueño.

El contrato desaparece en todos sus términos por la puesta en práctica de la facultad de desistir que establece la ley a este respecto.

Expuestas las diferencias en cuanto a los efectos jurídicos en estas tres figuras, cabe decir lo mismo respecto a la denuncia, revocación y renuncia, ya que cada uno de estos figuras tiene delimitado su campo de aplicación y, como consecuencia, efectos jurídicos diferentes.

Las diferencias entre cada uno de ellos creemos han quedado suficientemente expuestas en el tratamiento de los mismos. Concisamente quedan configuradas de la siguiente manera:

1 .- La DENUNCIA es considerada como una categoría más general en la que pueden tener cabida las otras dos expresiones, pudiendo ser utilizada en sustitución de la REVOCACION y de la RENUNCIA.

2 .- La RENUNCIA tiene más limitado su campo de aplicación en el tema de la desaparición del contrato por voluntad unilateral, quedando circunscrito al campo del contrato de

sociedad y del mandato siempre que sea para el caso del mandatario el que extingue el contrato.

3 .- Y en cuanto a la REVOCACION debemos decir que aunque es empleado en excepcionales relaciones obligatorias¹²⁴, también tiene reducida su actuación a la revocación de poderes concedidos a una de las partes, dándose en relaciones contractuales como el mandato y la donación, a pesar de la discutida naturaleza contractual de ésta.

Con todo ello queremos dejar de manifiesto que a pesar de que la jurisprudencia, la doctrina e incluso la ley hagan un uso indiscriminado de todas estos términos, cada uno, y ello es lo que queremos dejar patente, tiene delimitado su campo de aplicación y con ello sus propias características.

Observamos que en el punto dedicado al análisis de los efectos jurídicos de cada concepto en particular se entresacan diferencias sustanciales, a la vez que nos ayuda a situarlos en esferas jurídicas también diferentes; cualquier utilización indiscriminada de todos ellos no está justificada, ya sea por parte de la doctrina o del propio legislador, pues, aunque todas tengan como fin común la desaparición del negocio jurídico, los requisitos, el mecanismo, así como las consecuencias que producen cada uno son distintos y por tanto deben de tenerse en cuenta a la hora de proceder a la utilización de los términos estudiados.

¹²⁴.- Vid. supra pág. 131.

VI.- Puntualizaciones finales.

Del estudio realizado a distintos niveles de los conceptos o expresiones que pueden dar lugar a confusiones terminológicas y, como consecuencia, a utilizaciones indistintas, que pueden no ser correctas, creemos que se pueden obtener varias conclusiones que en cierta medida aclaran o dejan sentados unos principios a tener en cuenta a la hora de la puesta en funcionamiento del mecanismo de cada uno de ellos.

Primero, diremos que la justificación de que la doctrina, la jurisprudencia no se pronuncien rotundamente para dar una definición de cada concepto en particular, o que en ocasiones lo hagan, pero no lo lleven a su más estricta aplicación, empleándolos en situaciones jurídicas dispares, puede residir en la ausencia de una regulación legal al respecto que permita llevar a cabo la desaparición de la relación contractual por mutuo acuerdo de las partes o, incluso y yendo más lejos, en la regulación particular de cada contrato en el que se pueda llevar a término dicha posibilidad¹²⁵.

Creemos que puede ser la razón de parte de la confusión conceptual existente y de que en gran número de

¹²⁵.- Este es el caso del Código civil italiano en su artículo 1373, en donde si se recoge la posibilidad de extinción unilateral del contrato, cuando las partes así lo hayan establecido.

ocasiones se utilice indistintamente una u otra expresión.

Por todo ello, conviene aclarar que situamos al término denuncia como una categoría general en la que van a tener cabida todos los demás, particularizado cada uno por una serie de características que los va a diferenciar de los otros.

De este modo, la DENUNCIA, considerada como facultad unilateral de extinguir obligaciones o relaciones contractuales, va a ser la noción en la que se incluirán las demás, las cuales, significando lo mismo, tienen otros elementos que las completan o individualizan, como tales nociones diferenciadas que son.

CAPITULO SEGUNDO.

CONFIGURACION DEL DESISTIMIENTO UNILATERAL.

I.- BASES HISTORICAS DEL DESISTIMIENTO.

1.- Derecho romano y Derecho intermedio: inexistencia de un derecho general a desistir y progresivo establecimiento.

Supuestos concretos.

2.- Consideración especial de la "lex comisoría" como condición resolutoria.

A: Importancia práctica de la "lex comisoría" en el

S: XIX.

B: Construcción de la "condictio".

C: Otras cláusulas contractuales en Derecho romano.

3.- Formulaciones legales tempranas del desistimiento.

A: Breve referencia al Derecho prusiano.

B: Solución del Derecho francés.

II.- EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LA CODIFICACION EXTRANJERA.

1.- Sistema de los códigos extranjeros relativos al desistimiento.

2.- El desistimiento unilateral en el Derecho francés.

3.- El desistimiento en el Derecho alemán.

A: Estado de la doctrina.

B: La disciplina legislativa en las relaciones singulares.

4.- En el Derecho suizo: sistema legislativo al respecto.

A: La construcción de la doctrina.

B : El tema de la disciplina legislativa.

5.- Regulación del desistimiento en el Derecho italiano.

III.- LA CONFIGURACION DEL DESISTIMIENTO RN NUESTRO DERECHO.

1.- Concepto de desistimiento.

A: Consideraciones generales.

B : Concepto doctrinal.

C : Concepto legal.

D: Concepto en la jurisprudencia.

2.- Causas del desistimiento.

A: La ley.

B: La voluntad de las partes: mutuo consenso.

C: La voluntad unilateral.

3.- Fundamento del desistimiento.

4.- Naturaleza jurídica del desistimiento unilateral.

A: El desistimiento unilateral como derecho subjetivo.

B: Acto, hecho o negocio jurídico.

5.- Elementos del desistimiento.

A: Elementos personales: legitimación activa y pasiva del desistimiento.

a.- Quien puede desistir: capacidad y representación.

b.- Quien puede o debe soportar el desistimiento.

B: Elementos formales.

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

D: Elementos accidentales del desistimiento.

6.- Efectos del desistimiento.

A: Respecto de las partes contratantes.

B: Consecuencias para el que soporta el

desistimiento.

C: Respecto a terceros.

D: Respecto del contenido de contrato.

E: Indemnización y resarcimiento: tratamiento jurídico.

7.- Clases de desistimiento unilateral.

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

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

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?

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

B: No aplicabilidad en los contratos con eficacia real.

C: Excluido de los contratos o relaciones familiares.

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

A: Acto libre y voluntario.

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

I.- BASES HISTORICAS DEL DESISTIMIENTO.

Indagar sobre los antecedentes históricos de tan singular figura no es sino intentar llegar a las raíces de la misma, y con ello a las razones que dieron lugar a su constitución, junto con las condiciones exigibles para la aplicación del instituto del desistimiento.

Conviene detenerse en el estudio del Derecho romano y de sus fuentes, ya que será en él donde se encuentren los primeros indicios que sobre la ruptura unilateral surgen en la esfera contractual.

En efecto CALLEGARI considera que investigar sobre el origen histórico del desistimiento unilateral es lo que nos llevará hasta el Derecho Moderno, que es donde verdaderamente se puede encontrar la génesis de la figura¹.

¹.- Son los autores alemanes los que más han indagado sobre el devenir de la institución. A pesar de ello, continúa diciendo este autor, que sigue las directrices de la doctrina alemana, la posibilidad de extinguir el contrato por voluntad unilateral encuentra su germen en el Derecho Romano Justiniano en un restringido número de contratos, concretamente en el de sociedad y mandato.

La terminología usada para poner de manifiesto dicho evento es muy variada, apareciendo vocablos como el de renuncia, revocación, retiro, etc.

De este modo va apareciendo en numerosos contratos la figura, por cuanto se ha consagrado en Derecho Romano el principio de que los contratos son ley contractual para las partes: "contractus legem ex conventionem accipiunt" y que se pueden extinguir por mutuo consenso o por la voluntad de uno solo de los contratantes, derogándose en gran medida este principio y provocándose la extinción del contrato. (Il vicesso unilaterale dal contratto. Milano 1939. pág. 19 y 20).

1.- Derecho romano y Derecho intermedio: inexistencia de un Derecho general a desistir y progresivo establecimiento. Supuestos concretos.

En el primitivo Derecho romano el concepto de la disolución de la obligación estaba impregnado de un cariz formalista, propio de las instituciones de la época e inspirado en el principio de *contrarius actus*². Esta excesiva rigidez resultó más tarde modificada por varios motivos, entre los que destaca la constitución de contratos no formales, los cuales para desaparecer no necesitan tampoco formalidades³.

En el Derecho Romano clásico se pueden hacer las siguientes clasificaciones:

- a) Modos sustanciales y modos meramente formales.
- b) Modos de extinción *ipso iure* y *ope exceptionis*.
- c) Modos voluntarios y no voluntarios, ya sea por acuerdo de una o de las dos partes.

Partiendo de ahí, se organiza una clasificación de modos extintivos de las obligaciones, en donde tienen cabida el pago, la novación y la compensación, entre otros. Posteriormente se establecen otras causas que no se encuadran en el marco general

².- ARIAS RAMOS ARIAS BONET. Derecho romano. T.I. Madrid 1977. pág.673.

³ ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET. op. cit. pág. 674.

establecido, apareciendo entre ellas el "contrario consenso"⁴, en donde se extingue la relación contractual por la voluntad acorde de las partes. Pero hay determinados contratos, caso de la sociedad y del mandato, en donde basta la simple voluntad unilateral de una de las partes para que el negocio desaparezca⁵.

Los efectos de esta extinción son inmediatos y operan "ex nunc" o para el futuro, no afectando a los efectos ya constituidos⁶.

Así las cosas podemos partir de la siguiente premisa: inexistencia en Derecho Romano de un derecho general a desistir, lo cual no quiere decir que a lo largo de su trayectoria la posibilidad de ruptura por voluntad unilateral no pudiera llevarse a cabo en supuestos muy concretos. Para ello recurrimos

⁴ BIONDO BIONDI, Instituzioni di diritto romano. Milano 1956. pág. 402.

La distinción entre modos de extinción "ipso iure" y "ope exceptionis", es también estudiada por otros autores, incluyendo dentro de la primera, por su campo de aplicación, la retirada unilateral del contrato, en casos como los del mandato, sociedad y arrendamiento. (PEROZZI, SILVIO. Instituzioni di diritto romano. V.I.-obbligazioni ed azioni. Diritto ereditario. Donazioni. Milano 1949. pág. 432).

Vid. en el mismo sentido ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET. op. cit. págs. 674 y 675.

"Si la misma cosa que te compré, te la comprare segunda vez por más o por menos, nos separamos de la primera compra; porque es posible mientras está integro el negocio que por convenio nuestro se anule la compra..."(D. 18,5,2). También (D. 50,17,35).

⁵ La condición de que se puso al principio del contrato, puede mudarse después por otro pacto; así como también se puede uno separar de toda la compra si aún no cumplió lo que por una u otra parte debió cumplirse". (D. 18,1,6,2).

⁶ CALLEGARI op. cit. pág.23.

a tres fases o periodos determinantes en el Derecho romano que recogen dicha evolución. En un primer momento nos encontramos con el Derecho Romano Primitivo o Quiritario cuyo contenido era excesivamente rígido y formalista oponiéndose, no solamente a la resolución por voluntad unilateral, sino incluso a la resolución judicial, siendo por común acuerdo de los interesados también prohibida.

Como las obligaciones se configuraban a base de aparatosos requisitos de forma y solemnidades extrínsecas, necesitaban para su ruptura la realización también de solemnidades opuestas a las que en su momento se establecieron para su constitución.

Le sigue la época de Gayo , en la cual se va abriendo camino hacia la posibilidad de una ruptura unilateral, contemplándose en diversas situaciones contractuales de forma bastante generosa.

Por último, es en el Derecho Intermedio, y probablemente por la influencia del Derecho canónico , cuando se apunta la posibilidad de una rescisión unilateral del contrato basada sobre todo en la equidad, y, aunque primaba el principio de la soberanía absoluta de la convención respetándose como ley, se fue instaurando el desistimiento unilateral como posibilidad extintiva siempre y cuando se produjeran los supuestos y

condiciones impuestas por el orden jurídico⁷; y ello porque se entiende que la rescisión unilateral pueda ser excluida y sólo se admite cuando concurren ciertas causas que estén comprendidas en el ámbito objetivo de la relación. Es decir, un incumplimiento de la obligación en un contrato sinalagmático puede dar lugar a la puesta en marcha del mecanismo del desistimiento unilateral. En cambio, puede que en otras relaciones jurídicas falte una razón para excluir dicha posibilidad⁸.

Para concluir podemos decir que en Derecho romano conforme se configura la figura del desistimiento, no dá lugar al establecimiento de un derecho general, sino que se va introduciendo en determinadas figuras, caso de la sociedad, mandato, depósito, y posteriormente caso del arrendamiento.

La regla prevista en Derecho Romano para el establecimiento de estos contratos se ha trasladado al Derecho moderno, tanto en

⁷.- El elemento confianza como base de una relación jurídica se aceptaba como posibilidad de ruptura unilateral, siempre y cuando ésta faltara.

Si la relación no presupone ese elemento de confianza, falta la causa justificativa que puede autorizar a rescindir la relación por voluntad de una sola de las partes.

Fundándose igual que la sociedad, sobre la confianza recíproca, el mandato se extingue siempre y cuando no se haya iniciado la ejecución, con la revocación del mandante, o con la renuncia del mandatario. En cambio cuando la ejecución ha comenzado uno está obligado a soportar los efectos y el otro a llevarla a término. (ARANGIO-RUIZ, VICENCIO. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de José María Caramés. Ferbo (Buenos Aires). 1986. pág. 393).

⁸.- PUIG PEÑA, F. Nueva Enciclopedia Jurídica. Voz.- Desistimiento Unilateral. pág. 292.

los códigos de tipo latino como en los germánicos.

2.- Consideración especial de la "lex comissoria" como condición resolutoria.

Ya en Derecho Romano, respecto del contrato de compraventa aparece la "lex comissoria" en forma de pacto, en virtud de la cual se tiene por no celebrado el contrato cuando el comprador deja de pagar el precio dentro del tiempo señalado, debiendo restituirse la cosa con los frutos percibidos⁹.

La "lex comissoria" o pacto comisorio, así entendida, se consideraba como una estipulación obligatoria y válida por determinado tiempo o aplazada para cierto día.

Dicha estipulación es acordada entre el acreedor pignoraticio y el deudor antes del vencimiento de la deuda, por cuya virtud el primero, en caso de no pagar debidamente el deudor, puede apropiarse de la cosa dada en prenda.

⁹- IGLESIAS, J. Instituciones de Derecho Privado Romano. Barcelona 1972. pág. 439 y 440.

"Vendido un fundo con el pacto expreso, de que si dentro de cierto tiempo no se hubiese pagado el precio, quedará no comprada la cosa, respecto a los frutos, que entre tanto hubiese percibido para sí y por su propio derecho, pero si se hubiese devuelto el fundo, opinaba Ariston, que se ha de dar al vendedor acción respecto de ellos contra el comprador, porque no debe quedar en su poder nada de la cosa respecto de la que hubiese faltado a la buena fé". (D. 18,3,5).

Es así como queda configurada la "lex comissoria", es decir como condición, ahora bien, siempre aparecerá introducida en determinados contratos¹⁰.

El comprador mediante la introducción de una condición, que le otorga el pacto comisorio, puede resolver la compra a su favor, pero esto sucederá siempre y cuando no se haya efectuado el pago en el tiempo estipulado.

De este modo se construye la "condictio" en Derecho Romano, considerándose como una cláusula contractual que resuelve el contrato a tiempo oportuno por voluntad del acreedor, aunque previamente establecido el acuerdo de las partes.

El contenido de la "condictio" podía venir expresado en forma de prenda, es decir, al constituirse el contrato se da una cosa en prenda y si no se cumple el pago en el plazo estipulado el vendedor, acreedor en este caso de la cosa dada en prenda se apropia de ella; o bien acuerda se resuelva el contrato si no se cumple a tiempo, estando en este caso el contenido de la

¹⁰.-" Si se hubiese vendido un fundo con el pacto de la ley comisorio, esto es, que si dentro de cierto día no se hubiera pagado el precio, quedaría como no comprado, veamos ¿ de qué modo reclamará el vendedor, tanto respecto del fundo, cómo lo que del fundo se hubiera percibido?. ¿Y será lo mismo, si el fundo hubiera sido deteriorado por hecho del comprador?. Y verdaderamente se disolvió la compra, pero ya está decidida la cuestión y compete la acción de venta, como se declara en Rescriptos del Emperador Antonio y del Divino severo...".(D.18,3,4).

condición formado por la resolución de la relación obligatoria por parte del vendedor¹¹.

Podemos observar que dicha condición con facultad resolutoria, por voluntad de una parte previo pacto, aparece de forma exclusiva en el contrato de compraventa de bienes inmuebles ampliándose después a los bienes muebles y más lentamente a otros contratos, pudiendo ser introducido en cualquier relación contractual, antecedido, eso sí, del acuerdo de las partes.

Fue a partir de Constantino cuando el Derecho Romano prohibió las "leges commissoriae"¹².

Poco a poco, se fue extendiendo la prohibición, llegando al Derecho Común. La razón estaba en la sospecha de que el acreedor se aproveche de la necesidad del deudor y se asignarse una cosa de más valor que su crédito¹³.

¹¹.- "Discretamente escribe Papiniano en el Libro Tercero de las Respuestas, que inmediatamente que se incurrió en el pacto de la ley comisoría debe determinar el vendedor si quiere utilizar el pacto de la ley comisoría, o más bien pedir el precio, y que se eligió el pacto de la ley comisoría, después de no variar". (D.18,3,4,2).

¹² .- "Hemos considerado que se debía de suprimir en absoluto una antiquísima observancia de que ningún modo apreció clara en los mismos testimonios de los negocios, y aun más, que debía ser corregida con más conocidos remedios. En efecto, respecto a las prendas que alguien deseaba poseer con derecho de dominio, se introdujeron antiguamente, la fijación en público de carteles y el año para el pago, pero ni hemos visto, ni oído, a no ser absolutamente por la lectura de los libros, que la prenda haya sido anunciada en público...".(C.8,34,3).

¹³.- Diccionario de Derecho Privado: (derecho civil, común y foral, derecho mercantil, derecho notarial y registral, derecho canónico). Voz.- Pacto Comisorio.T.-II. Barcelona 1950. pág.2866).

A) Importancia práctica de la "lex comisoría" en el siglo XIX.

Ante prohibiciones y permisiones incluso legales, se va introduciendo el pacto comisorio en cuerpos legales del cariz del Código Civil, quedando reducido su campo de aplicación en el S: XIX a la compraventa.

B) Construcción de la "condictio".

¿Cómo queda configurado el pacto de "lex comissoria" o condición resolutoria expresa?. Se considera como una estipulación contractual por la que se acuerda que la falta de pago en el término convenido, o en cada uno de los plazos señalados, producirá la resolución de la venta.

El incumplimiento no va a significar automáticamente la resolución, sino que se va a considerar como un presupuesto para que el vendedor ejercite un derecho potestativo de rescisión, siempre y cuando se haya efectuado un requerimiento o notificación dirigido al comprador¹⁴.

¹⁴ .- Vid. S.- 30-diciembre-1955 y 4-abril-1958. En ellas se establece la obligación del comprador de facilitar la extinción del contrato porque el vendedor así lo quiere y también porque se han dado los requisitos exigidos.

En el terreno legal encontramos recogido este supuesto en el artículo 1504 del Código Civil actual, el cual tiene su campo de aplicación en los supuestos en los que el vendedor solicite judicialmente la resolución contractual, o bien en los que el comprador no se allane a la resolución querida por el vendedor, y pretenda una declaración judicial favorable al mantenimiento del vínculo¹⁵.

C) Otras cláusulas contractuales en Derecho romano.

A parte de la "lex commissoria", hay en Derecho romano otras cláusulas que van a permitir a una parte de la relación el llevar a cabo la extinción de la misma.

Estas cláusulas son las siguientes:

In diem addictio: Es un pacto por virtud del cual se reserva el vendedor la facultad de rescindir el contrato si dentro de cierto tiempo se presenta otra persona que ofrece mejores condiciones. Transcurrido el plazo sin que nadie haga una oferta más ventajosa, o si haciéndola no la acepta el vendedor, se considera firme el primer contrato; en el caso contrario, se rescinde la

¹⁵ .. DIEZ PICAZO, GULLON BALLESTEROS. Sistema de derecho Civil. V.- II. Madrid 1982. pág. 343.

primera venta, salvo que el primer comprador pueda hacer suya la oferta del tercero, quedando entonces confirmada la venta a su favor¹⁶.

Pactum Displicentiae: El comprador también se reserva la facultad de rescindir el contrato si la cosa no resulta de su agrado ¹⁷, o bien supedita la propia existencia de la compraventa al hecho de que aquélla le ofrezca interés.

Si transcurre el tiempo requerido, la compraventa se considera firme si es condición resolutoria ya que si es suspensiva se tendrá por no concluida¹⁸.

¹⁶.- IGLESIAS, J. Instituciones...op. cit. pág. 440.

¹⁷.- " Si se convino que la cosa que se vende se devuelva, si dentro de cierto tiempo hubiese desagradado, hay acción de compra, como juzga Sabino, o se da la de hecho, próximo a la compra". (D. 18,5,6).

¹⁸.- IGLESIAS, J. Instituciones...op. cit. pág. 440.

3.- Formulaciones legales tempranas del desistimiento.

En los apartados anteriores pusimos de manifiesto cuáles fueron las raíces o los primeros indicios que sobre el desistimiento se han desarrollado.

La investigación llevada a cabo en Derecho romano nos ha demostrado la no existencia de un derecho general del desistimiento configurado de forma tal que se pudiera hacer uso de él con todas las consecuencias y efectos que dimanarían de su puesta en práctica.

Vimos como sólo fue la "lex Comissoria", y de una forma muy particular, la que aportó las primeras manifestaciones sobre lo que posteriormente fue el desistimiento, aunque reducido a determinados contratos entre los que destacó el de compraventa¹⁹.

Por la escasa claridad que nos aporta el Derecho Romano, nos dirigimos a fuentes no menos clarificadoras que aportan algo más sobre la evolución de una figura tan especial y excepcional a la vez.

¹⁹.- Otros ejemplos de ruptura unilateral, encuadrada también en el contrato de compraventa es el de las arras, cuya función penal fue acogida por Justiniano en la Constitución del año 528. Por ellas tanto el comprador como el vendedor podían apartarse unilateralmente del contrato; si quien lo hace es el primero pierde las arras que dio y si es el vendedor, está obligado a devolver el duplun de las recibidas. (IGLESIAS, J. op. cit. pág. 526).

Se observan dos posibilidades: desistir o apartarse del contrato, siempre y cuando se haya producido un incumplimiento por una de las partes -caso de Lex commissoria- o actuar sin este requisito, por lo que se responderá ante dicho incumplimiento a modo de indemnización por daños y perjuicios.

Recogeremos en estas páginas los primeros indicios legales, es decir, manifestaciones en forma de ley del desistimiento, así como los requisitos y efectos que supone, su puesta en marcha. El marco es el Derecho prusiano y el francés, siendo este último el que aportará una solución jurídico-legal a todo el tema de la ruptura unilateral que, aunque practicado anteriormente, nunca fue delimitado oportunamente.

A) Breve referencia al Derecho prusiano.

Perteneciente al Derecho prusiano, nace en 1794 una ley (ALR), que se podría denominar "del desistimiento".

En un ambiente consolidado desde el punto de vista jurídico-formal, una formulación legal de este tipo se sitúa muy lejos de una valoración sobre la eficacia de este instituto, dando lugar a restricciones dentro de la Teoría General que produce en la práctica la posibilidad de excluir esta figura.

¿Qué desistimiento recogía esta primitiva ley?. Podríamos decir que un derecho a la vez que general muy elemental, que aparecía por causa de lesión contractual. La parte afectada podía

desistir del contrato o exigir el cumplimiento²⁰.

La acogida de esta formulación legal no fue bien acogida pues suscitó numerosas y variadas críticas las cuales traían desconcierto, escándalos e incluso procesos, por lo que tuvieron que ser refutadas por opiniones como la de SUAREZ el cual en su obra "Riviso Monitorum" se erige como defensor de la institución argumentando la gran ventaja que supone para la parte dañada el poder desistir del contrato, pues si se optaba por la indemnización que supone el exigir el cumplimiento se debía de proceder a calcular la cuantía, añadiendo a ello el derecho que todo acreedor de buena fe tiene o debe tener de obtener su propia libertad después de haber fracasado en sus expectativas²¹.

Ante el planteamiento general que establece la A-LRI,5 párrafo 393 ff, aparecen dos cuestiones que deben ser elucidadas:

- ¿Es ampliable la regulación a todo tipo de contratos o está dirigida a algunos en particular?.
- ¿Qué contenido era exactamente el de dicha regulación?.

Para contestar a la primera cuestión decir que se partió de

²⁰ .- HANS LESER, G. Der Rücktritt Vom Vertrag. Tübingen 1975. pág. 7. (Traducción realizada para mi uso personal por el Prof. Dr. Johan Albiez).

Señalaremos que dos son las exigencias impuestas al que desiste: buena fe y una declaración escrita y clara que será en todo momento irrevocable.

²¹.- HANS LESER, G. op. cit. pág. 7.

la distinción entre contratos innominados y nominados, a partir de la cual se establece la división entre contratos generales y de actividad. Ahora bien, es sólo para los contratos de actividad para los que se concedió el desistimiento²², adquiriendo la denominación, así como la categoría de lo que podríamos denominar DESISTIMIENTO LEGAL, mientras que para los restantes contratos aparece el DESISTIMIENTO JUDICIAL, en donde, a causa de la mayor importancia de los contratos²³, se requiere la presencia, así como el dictamen favorable del juez para declarar, tras previas indagaciones sobre el supuesto, dicho desistimiento²⁴.

En cuanto a la cuestión del contenido de dicha regulación decir que se trataba de un mecanismo a disposición del acreedor o de la parte afectada, en virtud del cual en caso de incumplimiento se podía optar entre pedir indemnización de daños y perjuicios o el desistimiento, siempre y cuando se hubiera pronunciado por parte del juez dictamen favorable a cerca del deber de prestación antes mencionado.

²².- A. LRI. 5 párrafos 408 y 413.

²³.- Generalmente por estar incluido el contrato de compraventa, tan usual y numeroso en los años del auge comercial.

²⁴.- Señalar que el papel del juez se centraba en llevar a cabo una comprobación acerca del deber de prestación del deudor frente al acreedor, ya que si no existía dicho deber de prestación y conforme a la lógica jurídica, no era posible llevar a fin la acción de desistimiento, pudiendo en este generarse incluso responsabilidad.

Podemos decir a este respecto que el mecanismo aparece ante un claro compromiso entre el principio lógico-jurídico y el de inseguridad que rodeaba a toda relación contractual planteada, ante lo cual a veces se desnaturalizaba en lo que a su capacidad funcional se refiere, ya que son varios los trámites a seguir que en ningún momento van a permitir un desistimiento rápido y eficaz.

Esta es la idea que se hace patente a lo largo de los años posteriores, pues ya en el S:XIX, aunque las partes eran conscientes de que podían optar entre desistir o pedir indemnización por los daños causados, generalmente optaban por esta última que era más beneficioso que la devolución de la cosa que suponía todo desistimiento.

Todo esto acarreó nefastas consecuencias para el buen discurrir del instituto, dando lugar a que en los motivos del proyecto prusiano de una ley de comercio de 1857 se declarara claramente que: "las innovaciones de la teoría jurídica territorial no se han hecho valer prácticamente, son más bien fuente de nuevos conflictos. Para el tráfico comercial, tal teoría, la del desistimiento, no es aplicable"²⁵.

Así las cosas, el proyecto y posterior ley prusiana del

²⁵.- HANS G. LESER. *op. cit.* pág. 8.

desistimiento a pesar de sus creadores y de favorecer el principio de Seguridad Jurídica, tan importante en cualquier sociedad de tipo jurídico, no tuvo la acogida necesaria para implantarse en los códigos como tal.

B: Solución del Derecho francés.

Frente a la prohibición del derecho romano de establecer un derecho general del desistimiento, y el fracaso de la ley prusiana, fue el Código civil de DUMOULIN el que superó tanto la prohibición como las dificultades suscitadas²⁶.

El principio de la dependencia recíproca en los contratos innominados se extendió a todas las demás clases de contratos, a lo cual contribuyeron positivamente las influencias de la práctica, sobre todo en la compraventa, en relación con los derechos del vendedor contra el comprador moroso²⁷.

En el S:XVII francés el derecho del desistimiento del

²⁶.- Un ejemplo de esa plasmación la encontramos en el vigente Código civil francés cuando en el artículo 1794 relativo al contrato de obra establece la posibilidad de que se produzca el desistimiento en la persona del dueño de la obra. Se manifiesta con los siguientes términos:

"Le maître peut résilier, par sa simple volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage déjà commencé en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de toutes ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise".

²⁷.- MAZEAUD-MAZEAUD. Leçons du droit civil. I. Paris 1978. pág. 1088.

vendedor por el impago del precio de la compra estaba ya prácticamente reconocido, no actuando la "lex commissoria" en este sentido, ya que es una cláusula resolutoria que se distancia de lo que verdaderamente es el desistimiento, con intervención judicial.

Con posterioridad, el Código civil sólo aportó una nueva formulación al estado jurídico ya existente²⁸.

Esto suponía un avance en lo que al desistimiento se refiere, pero a pesar de ello la ruptura seguía estando reservada al juez, el cual, como ya antes hemos señalado, tiene un amplio margen de maniobra, pues de él depende el que se concediera o no la disolución con indemnización, e incluso el que se pudiera disponer de un plazo supletorio²⁹.

²⁸.- La redacción del artículo 1184 del Código civil francés, expone las líneas fundamentales para la ruptura unilateral; ahora bien, siempre y cuando haya habido un incumplimiento.

Dice este precepto:

La condición resolutoria está siempre entendida en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no satisficiera a tiempo su cumplimiento.

En ese caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte para la cual el cumplimiento no ha sido ejecutado puede elegir entre pedir a la otra la ejecución del contrato en todo aquello que le sea posible, o pedir la resolución con indemnización por los daños e intereses.

La resolución debe ser pedida en justicia, y se puede acordar en defensa un plazo supletorio según las circunstancias.

²⁹.- PLANIOL-RIPERT. Tratado elemental de Derecho civil. Las obligaciones. V.II. I. (traducción de Cajica.J.M.). Mexico 1954. pág. 420.

También CARBONIER J. Droit Civil 4. Les obligations. Paris 1979. pág. 80.

El hecho de acudir a la disolución no estaba o no tenía que ir vinculado a un incumplimiento. La

Después de este decisivo paso llevado a cabo por el Derecho francés, el Código de comercio alemán de 1861 dio un paso decisivo en este sentido. La nueva codificación aporta para el ámbito concreto del comercio una regulación clara, avanzada y a la vez propia.

En Derecho alemán, el desistimiento es introducido exclusivamente en los casos de venta mercantil, debiendo ser condición el que no se hubiera llevado a cabo el cumplimiento por ninguna de las partes³⁰.

Con todo ello y por primera vez, se había superado el obstáculo del derecho común para el negocio del tráfico más importante, como es el de compraventa, de tal manera que no tenía por qué haber impedimento para una extensión posterior.

disolución, consecuentemente con el principio causal de la transmisión y de la eficacia real, no contemplaba en última instancia el tema de la ruptura unilateral como una satisfacción elegida por el acreedor frente o contra los deudores.

³⁰.- HANS G. LESER. op. cit. pág. 10.

II.- EL DESISTIMIENTO UNILATERAL EN LA CODIFICACION EXTRANJERA.

1.- Sistema de los códigos extranjeros relativo al desistimiento:

Antes de proceder a un estudio particular del tratamiento del desistimiento como figura extintiva de determinadas relaciones contractuales en los sistemas legislativos más significativos, cabe exponer en líneas generales cuáles son los principios, así como los presupuestos, en toda la codificación extranjera en relación a dicho instituto.

De este modo, nos encontramos en un primer momento con que, a pesar de que toda la normativa legal proclama el principio de irrevocabilidad contractual³¹, consiente que la voluntad

³¹.- Destacamos a este respecto los artículos 1134 del Código civil francés y el 305 del alemán

1134.- "Las convenciones legalmente formadas tienen lugar de la ley y de los hechos que las producen.

Ellas no pueden ser revocadas, nada más que por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley autorice.

deben ser ejecutadas de buena fe".

305.- "Para la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es necesario, un contrato entre los interesados, en tanto la ley no prescriba otra cosa".

unilateral dé por concluida una relación contractual en numerosos contratos, y aunque el vínculo a veces pueda desaparecer para algunos, prosigue para el resto de los contratantes como sucede en el contrato de sociedad, pero que ahora no es el tema que nos interesa; lo que pretendemos en este momento es poner de manifiesto que por la voluntad exclusiva de una de las partes el vínculo desaparece para todas ellas y como consecuencia se produce la extinción de la relación en todos sus términos.

El concepto de desistimiento es especialmente amplio en la legislación alemana, la cual no limita dicha actuación a determinados contratos, sino que lo extiende a toda relación jurídica de carácter duradero.

Sin embargo, los códigos no contienen normas o principios generales que regulen en su totalidad tan singular figura, adoptando ante ello terminologías variadas, lo cual hace caer en dudas e incertidumbres, y hasta se producen lagunas legales que deben ser salvadas en la medida de lo posible.

Vamos a fijar nuestra atención siempre teniendo en cuenta los cuerpos legales más importantes, desde el punto de vista legislativo y doctrinal. Son los sistemas francés, alemán e italiano; por su parte, los que frente a nuestro propio armazón legislativo y doctrinal, pueden tener en alguna medida recogido

lo que puede ser el desistimiento y los supuestos en los que aparece.

Además de estos tres bloques legislativos, haremos hincapié en el sistema suizo, por su acercamiento al alemán, y como consecuencia de ello por el especial tratamiento que sobre el instituto del desistimiento lleva a cabo.

En conclusión, el sistema que adoptan los códigos extranjeros al encontrarse con una figura tan excepcional como es el desistimiento, es aceptarla para casos especialmente autorizados por la ley o asumirla como parte de toda relación contractual de carácter duradero, como es el caso del sistema alemán. Y todo ello a pesar de la proclamación del ya mencionado principio de IRREVOCABILIDAD CONTRACTUAL.

2.- El desistimiento unilateral en el Derecho francés.

En el derecho francés el desistimiento unilateral tiene un ámbito de aplicación muy limitado, circunscrito a las relaciones contractuales en sentido estricto, encontrándose solamente regulado en el Código Civil, ya que el Código de Comercio no lo recoge ni en las obligaciones ni en contratos mercantiles; a estas relaciones se les aplica el Derecho Común, a menos que el Código de Comercio establezca una derogación

expresa³².

¿Qué desistimiento es el que contempla el código civil francés?. Debemos de decir que solamente el desistimiento que extingue la relación contractual, y no para el caso de que sea un socio el que resuelva la relación, en este caso de carácter comercial.

A pesar de ello, se admite por la doctrina para la sociedad constituida *intuitu personae*, especialmente en las de duración indeterminada, el desistimiento de un socio sin que se produzca la resolución de la sociedad, lo cual es consentido por los otros socios o está previsto en los estatutos. El que desiste tiene derecho a una suma, calculada en razón de la situación de la sociedad en el momento del desistimiento. Lo que importa es que al retirarse el asociado la sociedad no se disuelve, sino que continua para los otros socios. La retirada de un socio no supone la desaparición de la sociedad³³.

32.- Se establece, para el caso de sociedades de carácter comercial, la posibilidad de llevar a cabo un desistimiento unilateral del contrato por parte de uno de los socios; aplicándose en este caso la teoría general de las relaciones civiles. (THALLER, L. Des sociétés commerciales nel traité théorique et pratique de Droit commercial. Paris 1907. número 558. págs. 738 y ss.).

En el mismo sentido (HOUPIN ET BOSVIEUX. Traité Générales Théoriques et Pratiques des sociétés civiles et commerciales. Paris 1936. T.I. págs. 332 y 432. T.II. pág. 642).

33.- LYON-CAEN Y RENAULT. Traité de droit commercial. Paris 1921. T.II. número 346. págs. 345 y ss.

En la misma línea HOUPIN Y BOSVIEUX op. cit. número 224. pág. 275.

La doctrina ha estudiado muy poco esta particular causa de extinción de los contratos y lo designa la mayoría de las veces con el término rescisión, el cual es usado para indicar la resolución judicial³⁴, así como otras causas de extinción.

Los comentaristas se limitan a la interpretación de la norma³⁵, y los tratadistas dedican un muy breve espacio a la extinción de los contratos³⁶, tratando en menor medida la revocación y los casos en que aparece.

Podemos destacar la definición que a este respecto aporta JOSSERAND, diciendo que el desistimiento es el hecho por el que una voluntad unilateral se considera suficiente para rescindir un contrato, sea porque la ley así lo establezca: (por ejemplo, en el mandato, artículo 2003, en el arrendamiento de servicios de duración indeterminada, artículo 1780), sea porque las partes quieren introducir a estos efectos una cláusula por la cual acuerdan el que sea posible que ambas o cada una de ellas

34.- COLIN Y CAPITANT. Cours de Droit civil. Paris 1921. pág. 350. (en nota).

35.- LAURENT. Principes de Droit civil. Bruxelles 1876. V.XXV. pág. 366 respecto a la "locazione" y V.XXVI págs. 373 a 400 para la "société".

Cfr. GUILLOUARD. Traité du contrat de société. Paris 1891. número 322. pág. 396.

36.- AUBRY Y RAU. Cours de droit civil français. Paris 1902. pág. 573.

pueda poner fin al contrato en las condiciones determinadas por su voluntad. Vemos que dicha noción incluye tanto el desistimiento legal como el convencional, cuestión que veremos más detenidamente con posterioridad.

Otros autores como PLANIOL se refieren a la "résiliation unilatérale" solamente cuando es establecida por las partes³⁷.

Respecto al tratamiento de la figura del desistimiento desde el punto de vista de su indole jurídica, vale decir que la doctrina francesa a este respecto considera a dicho instituto como un acto unilateral que produce la extinción del contrato y que actúa sin efectos retroactivos, esto es, *ex nunc* o para el futuro, dejando intactos los derechos adquiridos de terceros y no necesitando intervención judicial ni aceptación³⁸.

¿Cuáles son las relaciones contractuales en las que el derecho francés admite la figura del desistimiento?. El Código civil francés contempla dicha figura en la sociedad de duración ilimitada (artículos 1865 y ss.), en el mandato (artículos 2003 y 2004), en el arrendamiento de duración indeterminada (artículo

37.- Con la colaboración PLANIOL Y RIPERT. *Traité élémentaire...* op. cit. Paris 1932. pág. 498.

38.- PLANIOL Y RIPERT, M, J. op. cit. págs. 498 y 499.

En el mismo sentido JOSSERAND, L. op. cit. pág. 188.

1736), en el contrato de obra (artículo 1594) y en el depósito(artículo 1944)³⁹.

Todas estas disciplinas no presentan especiales particularidades respecto a nuestro sistema legislativo, por lo que nos remitimos a él y al estudio que en su momento llevaremos a cabo.

Después de este breve recorrido por la doctrina y legislación francesas más significativas, observamos que el ya mencionado principio de irrevocabilidad contractual, recogido en

39.- Dichos preceptos recogen al respecto lo siguiente:

1865.- Referido a la cesión de partes de la sociedades. Se establece que esto debe ser hecho por escrito, pudiendo ser oponible a la sociedad en base a lo que establezcan los estatutos o el artículo 1690.

1870.- La sociedad no puede ser disuelta por la voluntad de uno de los socios, pues continúa para sus herederos o legatarios, salvo lo previsto por los estatutos, los cuales deben ser observados por los socios.

2003.- El mandato acaba: por la revocación del mandante, por la renuncia a éste por el mandatario, o por la muerte natural o civil...

2004.- El mandante puede revocar su poder cuando él considere que hay razón y lugar para llevarse a cabo...

1736.- Si el arrendamiento ha sido realizado por escrito, una de las partes no podrá despedir a la otra, si éste ha observado los periodos fijados por los usos del lugar.

1794.- El maestro puede rescindir por su sola voluntad, la obra a precio alzado que ya se ha comenzado, indemnizando al empresario de todos sus gastos, trabajos y utilidades que hubiera podido obtener de haberse realizado la obra.

1944.- El depósito debe ser restituido al depositante sin que él lo reclame, para lo cual se habrá fijado un periodo de restitución de la cosa depositada en el tiempo fijado, pudiéndolo llevar a cabo antes.

el artículo 1134 del código civil francés⁴⁰ , es atacado desde un doble plano:

- El del propio desistimiento unilateral.
- Y el de la revisión de los contratos.

Cuestión esta última que no será estudiada por no ser objeto de estudio en este momento.

La *résiliation unilatérale* no se puede considerar como un ataque al principio de la fuerza obligatoria de los contratos y de toda convención, pues puede ser permitida por la misma convención, mediante la figura del *mutuus disensus*; se podría hablar de ataque cuando dicha facultad es conferida a una parte.

En cambio, de la lectura del precepto 1134-2 deducimos que si las convenciones pueden ser revocadas por las causas que la ley autorice, ello se puede considerar como la fórmula que recoge la hipótesis de rescisión unilateral permitida por la ley. Estas son muy numerosas, y están acompañadas de medidas de protección a favor de la otra parte⁴¹.

El ámbito de aplicación de la noción de desistimiento queda

40.- Vid. supra nota 1. de este capítulo.

41.- ALFRED RIEG. Collection juris-classeurs périodiques. Paris. 1986. Pág. 89. Artículo 1134.

limitado en principio a los contratos de duración indeterminada. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son conscientes de que en todo contrato de duración indeterminada debe existir el derecho o la posibilidad de llevar a cabo la *résiliation unilatérale*, pues la solución contraria sería inconcebible con los principios imperativos de la libertad individual y la prohibición de compromisos perpetuos.

Dicha posibilidad de ruptura unilateral goza de limitaciones en virtud del ya conocido principio de la fuerza obligatoria de los contratos, ya que si el beneficiario de dicha facultad de rescisión, puede siempre romper el contrato por su sola voluntad, la otra parte no puede verse perjudicada por dicha actuación. De este modo se establecen indemnizaciones por daños y perjuicios causados por razón del desistimiento de la otra parte.

Así el depositante debe pagar la remuneración prometida o estipulada al depositario asalariado o los mismos daños y perjuicios.

Y el mandante que sin motivo legítimo revoca el mandato debe reparar el perjuicio causado al mandatario por esta revocación. En el mismo sentido el mandatario debe indemnizar al mandante del perjuicio que cause su renuncia.

La misma cuestión se plantea respecto al desistimiento en

el caso de que el maestro o dueño de la obra en el contrato de obra o empresa lo efectúe, debiendo indemnizar al contratista de los trabajos y gastos, pero también de lo que pudo ganar y fue privado⁴².

La disolución de la sociedad por voluntad de los socios debe ser de buena fe y no hecha a contratiempo, artículo 1869⁴³.

En el contrato de trabajo y de seguro, la ruptura unilateral no puede operar si las partes no observan un cierto periodo, llamado "délai-congé". Su duración varía según los usos, leyes y profesión de que se trate. En este tipo de contratos puede generarse responsabilidad civil de su autor por abuso del derecho de ruptura⁴⁴.

42.- Respecto del contrato de obra en derecho francés, consúltese Notaris Répertoire de Droit française. V.I Louage d'ouvrage. Fasc.I. pág.

43.- Vid artículo 1869 del código civil francés, el cual dice que sin perjuicio de los derechos de terceros, un asociado se puede retirar total o parcialmente de la sociedad, según las condiciones previstas en los estatutos o por decisiones tomadas por unanimidad de los otros asociados. Este hecho puede ser igualmente autorizado judicialmente, si está basado en justos motivos.

44.- ALFRED RIEG. op. cit. artículo 1134.

3: El desistimiento unilateral en el Derecho alemán.

En el derecho alemán, tanto en el código civil como en el de comercio, hay un amplio campo de aplicación dedicado al desistimiento unilateral.

El término kündigung, contiene la extinción o resolución de una relación obligatoria, junto a otras declaraciones de voluntad que producen efectos diversos, como puede ser la extinción de un crédito o de una prestación⁴⁵, el transcurso de la prescripción⁴⁶, la intimidación⁴⁷, etc. A veces, son adoptadas otras locuciones

45.- Artículo 296 del B.G.B.: "Si para el acto a realizar por el acreedor está señalado un tiempo según el calendario, sólo se requiere el ofrecimiento de la prestación si el acreedor realiza a tiempo el acto. Lo mismo vale si el acto del acreedor ha de ir precedido de un aviso y el tiempo para dicho acto está determinado de forma que ha de computarse a partir del aviso según el calendario". (Código civil alemán. Traducción de Melón Infante, C. Barcelona 1955. pág. 62).

46.- Artículo 199 B.G.B.: "Si el titular sólo puede exigir la prestación si ha denunciado al obligado, comienza la prescripción en el momento a partir del cual es admisible la denuncia. Si el obligado sólo ha de efectuar la prestación si ha transcurrido un determinado plazo desde la denuncia, se aplaza mientras está transcurriendo la duración del plazo".

47.- Artículo 1283 B.G.B.: "Si el vencimiento del crédito pignorado depende de una denuncia, el acreedor sólo necesita para denunciar el asentimiento del acreedor prendario si éste está autorizado a percibir los provechos...".

como revocación para el desistimiento del mandante⁴⁸, restitución para el comodato⁴⁹, el de recepción también para el depósito⁵⁰ y el de separación para el caso de los socios en la sociedad⁵¹, indicando en este caso que el desistimiento llevado a cabo por un socio en la sociedad a la que pertenecía sólo acaba con el vínculo que unía al socio, ya que la sociedad no se extingue sino que continúa para los otros socios.

El desistimiento tiene un ámbito de aplicación muy amplio, pudiéndose verificar en múltiples relaciones de variada naturaleza. De este modo aparece en personas jurídicas, caso de la sociedad, con la particularidad antes indicada. Hay que tener en cuenta en este caso que sólo podrá llevarse a cabo dicho acto

48.- Artículo 671 del B.G.B.: "El mandato puede ser revocado en todo momento por el mandante y denunciado en todo momento por el mandatario...".

49.- Artículo 604 del B.G.B.: "El comodatario está obligado a restituir después de que el comodatario haya hecho uso que se deduce de la finalidad del comodato...".

Artículo 695 B.G.B.: "El depositante puede reclamar en todo momento la cosa depositada, aunque esté señalado un tiempo para la custodia..".

50.- Artículo 696 B.G.B.: " El depositario puede exigir en todo tiempo la recepción de la cosa depositada, si no está señalado un tiempo para la custodia.."

51.- Artículo 736 B.G.B.: " Si en el contrato de sociedad está establecido que, si un socio denuncia o muere o si es abierto el concurso sobre su patrimonio, la sociedad debe continuar entre los restantes socios, se separa de la sociedad, al producirse tal acontecimiento, al socio en cuya persona suceda..".

al año de ejercicio u observando un plazo de preaviso⁵².

También aparece en relaciones de naturaleza obligatoria, como en la comunidad de derechos cuyas disposiciones son aplicadas a la comunidad hereditaria⁵³, y a numerosos contratos, como al arrendamiento de cosas, de servicios, al comodato, al mutuo, al contrato de obra, al depósito civil y comercial⁵⁴ y a la sociedad, ya sea de carácter civil o comercial; ésta siempre con la particularidad señalada anteriormente de que la sociedad no desaparece, sólo el vínculo entre ésta y el socio que

52.- Artículo 39 B.G.B. : "...puede determinarse en los estatutos que la salida sólo sea admisible al cerrar un año económico o después del transcurso de un plazo de denuncia".

53.- Artículo 794 B .G.B.: "Cada partícipe en todo tiempo puede exigir la supresión de la comunidad...bajo el mismo presupuesto. Si es establecido un plazo de denuncia, puede ser exigida la supresión sin observancia del plazo...".

54.- Respecto al arrendamiento de cosas: Artículo 564 B.G.B.: "...si no está determinado el tiempo del arrendamiento cada parte puede denunciar la relación arrendaticia..."

Arrendamiento de servicios: Artículo 620 B.G.B.: "...si la duración de la relación de servicios no está determinada, ni ha de deducirse de la naturaleza o de la finalidad de los servicios, cada parte puede denunciar la relación de servicios..."

Comodato: Artículo 604 B.G.B.: "...si la duración del comodato no está determinada, ni ha de deducirse de la finalidad del mismo, el comodante puede reclamar la cosa en todo momento..."

Mutuo: Artículo 609 B.G.B.: "...si no está determinado un tiempo para la restitución del mutuo, el vencimiento depende del hecho de que el acreedor o deudor denuncien..."

Contrato de obra: Artículo 649 B.G.B. : " el comitente puede denunciar el contrato en todo momento hasta la terminación de la obra..."

Depósito civil y comercial: Artículo 696 B.G.B.: "...(s)i no está señalado un tiempo para la custodia, el depositario puede exigir en todo moento la recepción de la cosa..."

desiste⁵⁵.

Por último decir que también aparece en relaciones de naturaleza real, como es el caso de la copropiedad, en la que se produce la extinción,⁵⁶ el usufructo de derechos⁵⁷, la hipoteca⁵⁸ en la fiducia⁵⁹, y en la prenda de derechos donde se produce la pérdida del crédito⁶⁰.

A: Estado de la doctrina.

55.- Artículo 723 B.G.B.: "si la sociedad no está contraída para un tiempo determinado, cada socio puede denunciarla en todo momento. Si está señalada una duración, la denuncia es admisible antes del transcurso del tiempo, si existe un motivo importante..."

56.- Artículo 1010 B.G.B.: "si los copropietarios de una finca han regulado la administración y aprovechamiento, o si han excluido el derecho de exigir la supresión de la comunidad para siempre o durante un cierto tiempo o si se ha señalado un plazo de denuncia..."

57.- Artículo 1704 B.G.B.: "el usufructuario de un crédito está autorizado a la cobranza del mismo y, si el vencimiento depende de una denuncia del acreedor, de dicha denuncia depende la cobranza ordenada..."

58.- Artículo 1141 B.G.B.: "si el vencimiento de un crédito depende de una denuncia, dicha denuncia sólo es eficaz para la hipoteca si es declarada por el acreedor al propietario o por el propietario al acreedor..."

59.- Artículo 1139 B.G.B.: "el capital de la deuda territorial sólo vence después de una denuncia. La denuncia corresponde tanto al propietario como al acreedor."

60.- Artículo 1286 B.G.B.: "si el vencimiento del crédito pignorado depende de una denuncia, el acreedor prendario, en tanto no le corresponda el derecho de denuncia, puede exigir ésta del acreedor..."

La doctrina alemana ha sido la que más ampliamente ha examinado el instituto del desistimiento, teniendo en todo momento presente que el ámbito principal de dicha figura está en las obligaciones de carácter duradero, y especialmente en los contratos que gozan de esta característica.

Reconoce que dicha facultad se extienda en general a las relaciones jurídicas duraderas de naturaleza tanto personal como real.

Es una institución que no está limitada al campo del derecho privado, ya que se extiende también al público, estando excluida del derecho de familia⁶¹.

La doctrina distingue entre desistimiento ordinario, referido estrictamente a la voluntad del que desiste, y el desistimiento que está sujeto a determinados presupuestos, ya sean motivos graves e importantes, incumplimientos, imposibilidad sobrevenida, etc.

Algunos autores fundan dicha diferenciación en la existencia

61.- GIEKKE. Dauernde schuldverhältnisse in iherings jahrbücher. 1914. pág. 384. (Citado por CALLEGARI, D. op. cit. pág. 29).

MOLITOR. Die Kündigung mannheim. 1935. pág. 384 y ss. (citado por CALLEGARI, D. op. cit. pág. 29).

o no de un plazo de preaviso⁶².

Otra clasificación parecida a la anterior pero que presenta leves diferencias, es la que distingue entre desistimiento ordinario, que es el que pone fin al futuro de la relación jurídica de duración indeterminada, pudiendo existir el preaviso u otras limitaciones establecidas por la ley o por la voluntad de las partes, y el extraordinario, que se admite solamente bajo determinados presupuestos; aquí está presente la figura del preaviso, obligándose el que desiste a efectuar un resarcimiento por los daños causados. Aparece especialmente en las relaciones contractuales continuadas o de duración indeterminada.

La doctrina alemana, cuando lleva a cabo el análisis de la naturaleza del desistimiento, opta por considerarlo como un negocio jurídico unilateral, el cual se hace valer por la voluntad *ex voluntate* aunque también mediante sentencia constitutiva, produciendo efectos "ex nunc" o para el futuro, es decir, deja intactos los producidos⁶³.

62.- GIERKE. op. cit. pág. 390. (citado por CALLEGARI, D. op. cit. pág. 31).

63.- KOHLER. Lehrbuch des bürgerlichen rechts. Berlin 1904. I. pág. 451. (Citado por CALLEGARI op. cit. pág. 28).

En el mismo sentido MOLITOR op. cit. pág. 393. (citado por CALLEGARI op. cit. pág. 32).

B: La disciplina legislativa en las relaciones singulares.

Procederemos ahora a establecer la distinción doctrinal en base a la disciplina legislativa que el código civil y el de comercio alemán (B.G.B. y H.B.G. respectivamente en adelante) realizan del desistimiento en las singulares relaciones en las que aparecen.

Nos situamos en los contratos en particular, pues es aquí donde va tener cabida la figura concretamente en las relaciones donde no hay fijado un plazo de duración de la prestación, o que habiéndolo es la ley la que establece un plazo de preaviso⁶⁴.

A veces, es acordada para un solo contratante, aunque *sine die* como ocurre en el caso del comodato⁶⁵ y del mutuo gratuito⁶⁶.

64.- Vid. en relación con el arrendamiento de cosas, el artículo 564 H.G.B., y respecto al arrendamiento de servicios los artículos 620 y 623 H.C.B.

En el mutuo con intereses no superiores al 6% rige el artículo 609 del B.G.B. (citado en nota 24).

65.- Vid artículo 604 B.G.B. (citado en nota 19).

66.- Artículo 609 B.G.B.: "...si no están estipulados intereses, el deudor está autorizado a la restitución incluso sin denuncia".

Lo mismo ocurre en el arrendamiento de servicios por un tiempo superior a cinco años, en el cual se dará la figura siempre y cuando haya plazo de preaviso⁶⁷. En el contrato de obra aparece sólo a favor del comitente, el cual puede desistir de la obra, con la única obligación de compensar al empresario⁶⁸.

En otros contratos dicha modalidad está ampliada a los dos contratantes⁶⁹.

Por una causa sobrevenida el desistimiento se puede hacer valer en múltiples casos, tanto en los contratos de duración indeterminada como en los sometidos a término⁷⁰. En todos ellos se extingue la relación contractual.

Puede haber, como ya hemos apuntado, un desistimiento que

67.- Artículo 624 B.G.B.: "si la relación de servicios está contratada para el tiempo de la vida de una persona o para un tiempo superior a cinco años, puede ser denunciada por el obligado después del transcurso de cinco años. El plazo de denuncia es de seis meses."

68.- Artículo 649 B.G.B. (citado en nota 25).

69.- Artículo 625 B.G.B. (citado en nota 19).

Artículo 696 B.G.G. (citado en nota 20).

Artículo 671 B.G.B. (citado en nota 18).

70.- Vid. artículo 569, 549, 570, del B.G.B. y 626, 628, 70 y 92 del H.G.B.

extingue solamente el vínculo que une a uno o más contratantes de la relación, sin que ésta se extinga, pues continúa para los demás. Esto es lo que ocurre en las asociaciones con personalidad jurídica; ahora bien, siempre deberán observar las eventuales modalidades y restricciones establecidas en los estatutos. Este es el caso de las sociedades civiles y comerciales en nombre colectivo⁷¹.

Esta especie de desistimiento produce un efecto más limitado, desapareciendo solamente el vínculo que une a la sociedad y al socio; la doctrina lo considera como un desistimiento parcial⁷².

En los derechos reales, el desistimiento produce la desaparición de la relación a la que pertenecen; son múltiples los ejemplos a este respecto, dándose en la copropiedad, en el usufructo de derechos, en la hipoteca....⁷³.

71.- Artículo 736 B.G.B. (citado en nota 22).

72.- WIELAND. Handelsrecht. cit. I pág. 717. (citado por CALLEGARI. op. cit. pág. 36 (en nota).

73.- Artículo 1010 B.G.B. (citado en nota 26).

4.-En el Derecho suizo:sistema legislativo al respecto.

Estudiaremos brevemente el tratamiento del sistema suizo respecto del desistimiento desde el punto de vista legal y doctrinal; y ello por la importancia que tiene la figura y por su acercamiento al alemán, ejerciendo gran eficacia, ya que tiene lugar en las relaciones extracontractuales, personales, reales y en los contratos que pueden disolverse completamente por la actuación libre de uno de los contratantes, provocando como consecuencia la desaparición o extinción de un crédito o prestación.

Numerosas son las relaciones extracontractuales en las que aparece el desistimiento unilateral. De este modo cabe la posibilidad de que un socio perteneciente a una sociedad revoque o extinga el vínculo que le une a la persona jurídica de tipo asociativo, sin que tenga por qué desaparecer la sociedad⁷⁴.

En el campo de los derechos reales también se produce la desaparición de un crédito o del usufructo por voluntad unilateral⁷⁵.

74.- Artículo 45 del Código Civil suizo.

75.- Artículo 773 del Código civil suizo.
Lo mismo para la hipoteca (artículo 831) y para la prenda fiduciaria (artículo 850)

Con mayor eficacia aparece el desistimiento en los contratos, regulado concretamente en el llamado código de las obligaciones, siendo muchos los motivos que pueden provocar la disolución, ya sea por voluntad expresa de las partes -porque como sabemos la base del desistimiento está en la *nuda voluntates* de uno o de todos los contratantes- ya sea por causa sobrevenida, como puede ser un incumplimiento, motivos graves, etc.

De este modo aparece en el arrendamiento de cosas⁷⁶, en el contrato de trabajo⁷⁷, en el comodato⁷⁸, en el mutuo⁷⁹, en el depósito⁸⁰, en el mandato⁸¹, y en la sociedad simple o comercial

76.- Artículo 267 y ss. del Código civil suizo.

77.- Artículo 347 y ss. del Código civil suizo.

78.- Artículo 309 del Código civil suizo.

79.- Artículo 318 del Código civil suizo.

80.- Artículos 475 y 476 del Código civil suizo.

81.- Artículo 404 del Código civil suizo.

En nombre colectivo⁸².

A: La construcción de la doctrina.

La doctrina suiza se inspira en la misma concepción que la germánica, adoptando las mismas características, y elaborando la misma distinción.

En cuanto al ámbito de aplicación se extiende a las relaciones jurídicas que conllevan un término o a las que llamamos duraderas⁸³.

También califica al desistimiento como un negocio jurídico unilateral, constitutivo de un derecho de configuración o más precisamente de revocación derivado de una prescripción legal o del mismo contrato, pudiendo estar en manos de uno o de todos los contratantes, es decir, que es posible que todos ejerzan dicha facultad o solamente uno de ellos expresamente autorizado para ello.

En sustancia es considerado como una declaración de voluntad recepticia, que produce eficacia cuando es recibida por

82.- Artículos 546, 572 y 611 del Código civil suizo.

83.- ROSSEL E MENTHA. Manuel de droit civil suisse. III. Code (révisé) des obligations. Lausanne 1912. pág. 522.

la otra parte, produciendo efectos *ex nunc* o para el futuro, haciéndose a veces valer mediante sentencia constitutiva⁸⁴.

La clasificación que aporta la doctrina suiza es la de considerar desistimiento ordinario el que se produce por la voluntad de las partes o por disposición legal, dando lugar a la extinción de la relación jurídico-contratual de duración indeterminada, no aplicándose a los contratos de duración determinada, y extraordinario cuando produciéndose una circunstancia que hace imposible para una parte la continuación de la relación, la ley o el mismo contrato ante esto da la potestad a una o a ambas partes de extinguir anticipadamente el contrato, ya sea de duración indeterminada o no.

No es necesario que el motivo consista en un acto contra el objeto mismo del contrato, sino que es suficiente que la causa sobrevenida haga imposible la continuación de la relación contractual, ya provenga de los propios contratantes o de circunstancias objetivas⁸⁵.

84.- Al igual que la doctrina alemana, la suiza reconoce el carácter constitutivo a la demanda de desistimiento y a la sentencia. Vid. artículo 546-7 del Código civil suizo.

85.- HERSCHOHN. Die Kündigung in schweizerischen obligationenrecht. 1934. págs. 29 y 30. (citado por CALLEGARI op. cit. pág. 40 (en nota)).

B: El tema de la disciplina legislativa.

Aunque en la mayor parte de la disciplina relativa a las singulares relaciones en las cuales tiene lugar el desistimiento nos remitimos al sistema alemán, decir que aparece especialmente en los contratos en los cuales es la *nuda voluntas* de los contratantes la que dá lugar al desistimiento. Generalmente son contratos " sine die", siendo también consentido por numerosas causas sobrevenidas.

Otras veces no extingue a la relaciónn en sí, sino que acaba con el vínculo que unia al socio, como es el caso de la sociedad, tal y como antes hemos apuntado.

5.- Regulación del desistimiento en el Derecho italiano.

El artículo 1372 del Código Civil Italiano sanciona el Principio de Irrevocabilidad Contractual en todos sus términos⁸⁶, principio que encuentra su fundamento en la voluntad contractual, la cual se produce por la confluencia de dos o más voluntades en una común que se unifica en su objeto⁸⁷. Y ello, porque la particular o singular voluntad de los contratantes en el momento en el cual declaran, está fundada en la propia autonomía, dando lugar a una nueva voluntad unitaria: la contractual. Será ésta la que desde ahora gobernará entre las partes las relaciones derivadas del contrato que han formado, siendo sustraídas a la libre disponibilidad individual⁸⁸.

Es justa la excepción, autorizada por la ley por medio del mutuo dissenso, el fundar o considerar suficiente la manifestación de la autonomía de las partes en sentido contrario

86.- 1732: "El contrato tiene fuerza de ley entre las partes.

Puede ser disuelto por mutuo disenso o por causa admitida por la ley.

El contrato no produce efectos respecto a terceros, nada más que en los casos previstos por la ley".

87.- OSTI, L. Contratto. (concetto, distinzioni) en Nuovo Digesto Italiano. n 8. pág. 43.

88.- DE RUGGIERO, M. Istituzioni di diritto civile. Messina 1929. III. pág. 245.

a la relación constituida, para disolverla o extinguirla mediante una nueva estipulación.

Pero esta excepción no vulnera el principio recogido en el artículo 1^{3º} 2, pues está elaborado desde un punto de vista amplio y a la vez impropio, al no estar referida solamente a la revocación propiamente dicha, sino que intenta afirmar el principio general por el que una sola voluntad, al igual que no es suficiente para constituir un contrato, tampoco lo es para hacerlo desaparecer.

Sin embargo la voluntad unilateral puede incluir en su ámbito un efecto especial, como es la disolución de la relación contractual.

Examinado el sistema italiano, se encuentran numerosos contratos en los que es la propia ley la que autoriza el que sea una sola de las partes la que provoque la extinción mediante una declaración unilateral de voluntad, siendo suficiente una voluntad contraria a la continuación de una relación plenamente válida y productora de efectos jurídicos para extinguirla.

Este fenómeno se encuentra regulado en el Código Civil de forma general, artículo 1373⁸⁹, y particularmente en contratos,

89.- 1373: "si a una de las parte se le concede la facultad de revocar el contrato, tal facultad podrá ser ejercitada antes de que se haya empezado a ejecutar.

también recogidos en el Código Civil, como es el caso de la sociedad civil⁹⁰, del mandato⁹¹, del mutuo⁹², del depósito⁹³, etc, y en el Código de Comercio la sociedad en nombre colectiva y la comanditaria simple irregular, también en el contrato de cuenta corriente, sin convenio sobre el término de duración donde puede darse dicha ruptura unilateral⁹⁴.

En los contratos de ejecución continuada o periódica tal facultad puede ser ejercitada incluso sucesivamente, pero el desistimiento no tiene efecto si la prestación está en curso de ejecución..."

90.- Artículo 2285: "cada socio puede revocar la sociedad, cuando ésta ha sido contratada a tiempo indeterminado o por toda la vida de los socios.

Puede también revocarla en los casos previstos en el contrato social, cuando concurra justa causa.

En el primer caso el desistimiento debe ser comunicado a los demás socios con un plazo de preaviso de al menos tres meses".

91.- Artículo 1723: "el mandante puede revocar el mandato, pero esa revocabilidad produce responsabilidad de los daños, salvo que concurra justa causa..."

92.- Artículo 1816: " el término para la restitución del mutuo se presume estipulado a favor de una de las partes, si es a título gratuito el mutuo, será a favor de mutuario".

93.- Artículo 1771: "...el depositario puede pedir en cualquier momento que el depositante devuelva la cosa, salvo que haya convenido un término en interés del depositario.

Aunque no se haya convenido un término el juez puede conceder al depositario un término para recibir la cosa".

94.- Son los artículos siguientes: respecto a la sociedad civil, los artículos 2272 a 2290. En el mandato, 1722 a 1728. Depósito, 1766 a 1770. (I codici civile e di procedura civile e lege complementari. Annotazioni e coordinamenti a cura di MARIO ABATE, Piacenza 1985).

Puede ser consentido el desistimiento que provoca la extinción del contrato, independientemente de que haya disposición legal al respecto, por voluntad de las mismas partes, las cuales acuerdan, mediante la introducción de una cláusula convencional inserta en el contrato, el que todas o una sola de las partes tengan la facultad de hacer cesar mediante una manifestación unilateral todos los efectos del contrato. Es una potestad que resulta de la propia ley, proclamado bajo el principio de autonomía de la voluntad, fuente de las obligaciones.

Puede producir dicha autonomía unos efectos extintivos más limitados, desapareciendo el vínculo que une al contratante con el contrato y con las demás partes, provocando ello la liberación del que desiste, sin que se extinga el contrato. Es el caso de la sociedad, tanto en el ámbito civil como comercial⁹⁵.

Este efecto más limitado, puede tener su causa en la particular estructura del negocio de sociedad, el cual reconoce la calificación de contrato plurilateral, por lo que no intervienen solamente dos partes, siendo posible el que una se retire sin provocar la extinción general de la relación.

Esto se da no sólo en los casos establecidos por la ley,

95.- Cfr. artículo 2285. (Vid. nota 60).

sino que es también la voluntad contractual -caso de la sociedad cooperativa, contemplada en el mismo Código de Comercio, de la sociedad civil y en otros contratos plurilaterales no plenamente reguados por la ley- la que produce la disolución del vínculo.

En definitiva, la causa general de este efecto es exclusivamente la voluntad unilateral, la cual produce una nueva situación jurídica; causa de gran relevancia y atenta consideración, porque opera en relación a los contratos en los que es necesario por regla general la concorde manifestación de todos los contratantes, tanto para la constitución, modificación y extinción de la relación.

El sistema italiano regula este importante fenómeno en los singulares contratos en los cuales se consiente.

Lejos de adoptar una denominación particular y uniforme para designarlo, recurre a múltiples expresiones o locuciones que varían de un contrato a otro.

De este modo, en el contrato de sociedad emplea el término renuncia, en el de mandato revocación si es por parte del mandante el desistimiento, en el de depósito restitución, etc.

La doctrina italiana más significativa, a la hora de enfrentarse con el instituto del desistimiento, lo hace respecto

a los efectos del contrato contraponiéndolo al principio de irrevocabilidad contractual sancionado en el artículo 1372⁹⁶; también en relación a los distintos modos de extinción de las obligaciones⁹⁷ y sobre todo es tratado en los contratos en los cuales aparece o cabe dicha figura.

La diversidad terminológica en el campo doctrinal aparece en igual medida que en el legislativo y ello porque muchos autores adoptan las mismas expresiones del Código, empleando locuciones especiales y muy variadas como : revoca unilaterale (revocación unilateral)⁹⁸ disdetta (disolución)⁹⁹, dissenso unilaterale (divergencia unilateral)¹⁰⁰ y Recesso unilaterale (desistimiento unilateral), expresión esta última que posee un

96.- DE RUGGIERO. op. cit. pág. 284.

97.- BARASSI, L. Istituzione di diritto privato. Milano 1937. pág. 288.

En el mismo sentido: ROTONDI. Istituzioni di diritto privato. Padova 1937. pág. 412.

98.- DUSI, B. Istituzioni di diritto civile. Torino 1938. IX. II. pág. 21 (nota 29). Reserva este autor la expresión "diritto di recesso" o lo que es lo mismo derecho del desistimiento para un pacto estipulado en el contrato.

99.- LORDI, P. Le obbligazioni commerciali. Milano 1936. II. pags. 1002 y 1067.

100.- MONTESSOR, B. Il contratto di lavoro nella Giurisprudenza. Rivista di diritto commerciale. Año 1935. I. pág. 84.

difusión mayor y es adoptada por la mayoría de la doctrina¹⁰¹, incluso en el ámbito comercial, para indicar el desistimiento de los socios en la sociedades de carácter comercial¹⁰².

Para terminar con el sistema italiano no podemos dejar de tratar la postura que la jurisprudencia adopta respecto al derecho del desistimiento.

Hemos de decir que los tribunales siguen la misma línea que el sistema legislativo y que la doctrina, afirmando la eficacia de la autonomía de la voluntad para disolver el contrato a tiempo indeterminado, ya sea inmediatamente o con plazo de preaviso¹⁰³.

Decide la aplicación del preaviso, por ejemplo, en el mandato comercial *sine die*, resultando especialmente utilizado en el contrato de trabajo.

101.- CARNELUTTI, F. Del recesso unilaterale nel mandato di commercio. Palermo 1910. pág. 610.

MAROI, C. Obligazioni. Nel dizionario pratico di diritto privato. Milano 1923. II pág. 314.

102.- VIVANTE, F. Trattato di diritto commerciale. Milano 1923. II. págs 213, 242, 249, etc.

ASCARELL, B. Apunti di diritto commerciale. Il società e associazioni commerciali. Roma 1936. págs. 106, 137, 265, etc.

103.- Cassazione. 15-julio-1930. In repertorio foro italiano. 1930. Voz Obligazioni e Contratti. n 329 y 330.

En cuanto a la denominación que adopta en general, es la misma que la de la ley, aunque da preferencia al término risoluzione (resolución).

CALLEGARI considera la expresión desistimiento unilateral *recesso unilaterale* la más apropiada e idónea para indicar el fenómeno, utilizándolo con preferencia en relación al de disolución, renuncia, etc, pues considera que incluye tanto la extinción del vínculo entre el desistente y el contrato. continuando éste para las demás partes como ocurre con la desaparición en todos sus términos de la relación jurídico-contractual, por la voluntad unilateral¹⁰⁴.

104.- op. cit. pág. 17.

III.- LA CONFIGURACION DEL DESISTIMIENTO EN NUESTRO DERECHO

1.- Concepto de desistimiento.

A: Consideraciones generales.

Ya en páginas anteriores, en el apartado dedicado a la delimitación conceptual, señalábamos lo que en los terrenos legal, doctrinal y jurisprudencial se entiende por desistimiento, o más concretamente por acto de desistir¹⁰⁵.

Intentaremos ver lo que quiere expresarse con la figura en estudio, así como el contenido de la misma, ya que comienza a ser objeto de atención desde el momento que es la propia ley la que establece la posibilidad de introducir cláusulas o pactos en los contratos, que permitan o den lugar a la existencia y a la posibilidad de ruptura unilateral.

Ni que decir tiene el importante papel que en este punto ejerce la jurisprudencia a la hora de decantarse por un concepto de desistimiento, ya sea directamente o en referencia a las distintas instituciones contractuales en las que aparece,

105.- Vid. supra págs. 7, 24, del capítulo II.

pudiéndose deducir de ello qué significado posee todo acto de desistir en el ámbito jurisprudencial.

Comprobaremos a lo largo de la siguiente exposición, cómo son distintos los conceptos al igual que el contenido de que se dota al subsodicho vocablo, dependiendo, eso sí, de la concepción que se tenga del mismo.

En las siguientes páginas intentaremos construir un concepto unitario, que supla la falta de una regulación legal de la figura, así como del tratamiento también dispar de la doctrina.

B: Concepto en la doctrina.

Escasa es la bibliografía sobre el desistimiento y en consecuencia pocos son los autores que se pronuncian clara y específicamente a la hora de dar un concepto que permita delimitar la figura en todo su ámbito, para de este modo conocer el alcance y saber qué efectos produce.

Son varias las barreras con las que se ha encontrado la doctrina para elaborar el concepto deseado. Cuestiones como la confusión sobre el empleo de diferentes términos para querer significar una misma cosa, y consiguientemente la ausencia de un concepto legal, son entre otras causas, consecuencia de la

existencia de tal laguna, detectada en materia de extinción unilateral de las relaciones obligatorias.

El utilizar, la doctrina, en numerosas ocasiones, como hemos tenido oportunidad de dejar patente, términos como rescindir, resolver e incluso revocar para querer significar una misma cosa, no deja de ser cuestión censurable, pues lo único que provoca es una imposibilidad de poderse expresar positivamente hacia la elaboración de un concepto preciso y a la vez adecuado a las circunstancias en las que se produce.

Debemos, por otra parte, decir que es muy escasa la doctrina que se ha manifestado de forma clara a la hora de dar un concepto de desistimiento; la causa está, junto a las dificultades expuestas, en la excepcionalidad de la figura frente a los principios generales que sobre la contratación y el cumplimiento en nuestro ordenamiento jurídico.

Quizás por ello, nunca es estudiado directa y diferenciadamente el desistimiento, sino que hace a propósito de las figuras en las que en cierta medida es autorizado. Incluso aparece encabezando "teorías" para dar explicación a otros fenómenos de los que aun siendo equiparables lo separan claras diferencias¹⁰⁶.

106.- Al tratarse la naturaleza jurídica de la revocación del mandato se consideraba impropio el término "revocación" para denominar la separación y, como consecuencia, la extinción del mandato por voluntad del mandante. Por todo ello han sido varias la teorías que han intentado encontrar

Cuando expusimos el Derecho italiano del desistimiento, se puso de manifiesto que tanto en el plano legal como doctrinal, han sido los autores italianos los más respecto del instituto, pues tratan a la figura desde dos perspectivas:

- Por un lado ven al desistimiento como una figura que no extingue la relación contractual, sino solamente el vínculo que une al que desiste con la otra u otras partes, al igual que con la relación contractual en sí;
- Y, por otro, el que produce la extinción o desaparición total de la relación jurídica efectuada.

Así las cosas, la definición que se desprendería de esta forma de ver el desistimiento sería considerarlo como el poder concedido por la ley o por la voluntad de los contratantes a una de las partes para extinguir mediante una declaración de voluntad la relación contractual plurilateral, en el cual no se extingue,

explicación, así como una locución adecuada para el fenómeno en cuestión.

Una de ellas ha sido la defendida por la doctrina italiana, consistente en ver adecuado el término desistir para significar la desaparición del mandato por exclusiva voluntad del mandante.

Desistimiento y no revocación porque a esta última cabe atribuirle la naturaleza jurídica del desistimiento en nuestro derecho y no la otra acepción.

También la revocación, al igual que la renuncia, es por consiguiente, una declaración reducible a la noción amplia de desistimiento. (CRESPO ALLUE, F. La revocación del mandato. Madrid 1984. págs. 142 y 150)." Continúa este autor: la revocación del mandato es un desistimiento unilateral por el que uno de los contratantes se separa y provoca la extinción de la relación". (op. cit. pág. 151).

ya que prosigue para los otros contratantes¹⁰⁷.

Siguiendo con el sistema italiano, porque es el que nos ayudará en mayor medida a la tarea ahora encomendada, nos encontramos con conceptos como el que aporta CALLEGARI que ve al desistimiento como "el poder atribuido por la ley o derivado de la voluntad de las partes a uno de los contratantes, para extinguir mediante su declaración de voluntad una relación contractual obligatoria y continuada, o el vínculo obligatorio que lo unía a un contrato plurilateral "ex nunc", inmediatamente, previa observancia de un plazo de preaviso"¹⁰⁸. De la definición dada se deducen las clases, así como los efectos que produce la figura en sí.

Otros conceptos también pertenecientes al derecho italiano, pero más escuetos y por ello menos esclarecedores para conocer la figura, son los que consideran el desistimiento como " un negocio jurídico unilateral que hace cesar la relación contractual"¹⁰⁹.

La expresión negocio jurídico unilateral abre a la luz el

107.- CALLEGARI, D. Il recesso unilaterale dal contratto. Torino 1939. pág. 46.

108.- op. cit. pág. 47.

109.- TABELLINI, T. Il recesso. Milano 1962. pág. 3.

tan escabroso tema de poder delimitar con exactitud la naturaleza jurídica de la figura en estudio.

En el Novissimo Digesto Italiano, en el tratamiento dedicado al desistimiento (recesso), se aporta un concepto en el que en ningún momento se pone de manifiesto si la relación se extingue o llega a su fin porque una de las partes haya desistido; entiende por tal:

- " todo acto voluntario por el cual una parte, sujeto de una relación jurídica y por ello sometida a determinadas obligaciones, declara el querer retirarse de la obligación y liberarse de las obligaciones con eficacia vinculante, respecto de los otros sujetos de la relación"¹¹⁰.

El monumental tratado alemán de ENNECCERUS al estudiar el derecho de denuncia, equiparado en este caso al de desistimiento, expresa lo siguiente: " (e)ntendemos por denuncia la declaración unilateral recepticia de que termina una relación de obligación o de que vence una prestación, ya inmediatamente ya en tiempo

110.-D'AVANZO, W. Derecho de obligaciones. T.I (versión española y notas de Santos Briz, J). Madrid 1959. pág. 391.

Continúa diciendo este autor que el objetivo es la liquidación o extinción de la relación obligatoria que como consecuencia del desistimiento no llega a ejecutarse, sino que se produce el restablecimiento del anterior estado.

posterior"¹¹¹.

Al ser equivalente el vocablo denuncia al de desistimiento, queda un poco fuera de lugar el último de ellos, en el sentido de que la denuncia abarca otros sectores o facetas más amplios, en los que tiene cabida el desistimiento entre otras figuras, ya que al tratarse de una declaración unilateral recepticia que pone fin a una relación obligatoria está recogiendo, así como reconociendo, todos los puntos y elementos exigidos para que podamos decir que estamos ante el acto de desistir.

Es difícil encontrar un concepto de desistimiento en la doctrina española, pudiéndose señalar en este sentido que al tratar el tema de la irrevocabilidad contractual sancionado en el Código Civil en el artículo 1256, y por el cual las partes contratantes no pueden por mutuo acuerdo, y siempre que no perjudique a tercero, modificar o revocar el contrato celebrado por ellas que esto significa dejarlo a su arbitrio; se establecen, por otra parte, excepciones a este principio, señalándose entre otras el desistimiento unilateral admitido en ciertos contratos especiales, como el mandato, la sociedad, el

111.- Derecho de obligaciones. (traducción con estudios de adaptación a la legislación española y jurisprudencia por Pérez González y Alguer). V.I. T.II. Derecho de obligaciones (doctrina general). Barcelona 1954. pág. 131.

arrendamiento de servicios, etc¹¹², pero sin pronunciarse a cerca de lo que se entiende por tal.

Partiendo de esta idea, FUIG PEÑA elabora un concepto de desistimiento diciendo " que es aquel acto jurídico, por virtud del cual se produce la cesación de los efectos de una relación jurídica a causa de la decisión de una parte, en los términos y en las condiciones que marca la ley"¹¹³. De esta definición se deduce la idea de que en todo momento el desistimiento está limitado por la propia ley para su ejercicio.

Por su parte DIEZ-PICAZO, se manifiesta en el siguiente sentido:

"En determinados casos, la ley concede una facultad a una de las partes o a ambas, que les permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario que no tiene que fundarse en ninguna causa especial"¹¹⁴.

Bajo el perfil de no delimitar a nivel conceptual la figura del desistimiento se manifiesta gran parte de la doctrina

112.- CASTAN TOBEÑAS, J. Derecho civil español. común y Foral. T.III (derecho de obligaciones y el contrato en general). Madrid 1983. págs. 613 y 615.

113.- Voz: desistimiento unilateral. Nueva Enciclopedia Jurídica. seix. Barcelona 1950. pág. 291.
desistimiento unilateral

114.- Fundamentos de Derecho civil patrimonial. V.I. Madrid. 1986. pág. 852.

más significativa, la cual al tratar el tema, eso sí, nunca directamente sino por la introducción del mismo en el tratamiento de otros temas, se limita a comentarlo como una forma de extinción excepcional de la figura contractual de que se trate y en la cual se pueda poner en funcionamiento dicho instituto¹¹⁵.

Así las cosas y para terminar este apartado doctrinal-conceptual, baste decir que no hay una elaboración precisa y clara del desistimiento por parte de los autores españoles, ya sea por razones de excepcionalidad, confusión o falta de apoyo legal, hoy todavía latentes. Por ello el estudio de la figura está realizado muy al margen de lo que es el núcleo esencial, apareciendo siempre en relación con supuestos y principios que o le dan vida o lo sancionan respectivamente.

Para exponer un concepto creemos conveniente apoyarnos en la doctrina italiana, que, junto a la alemana da un concepto de desistimiento como figura o institución existente en su ordenamiento jurídico. La facilidad con la que se cuenta, por ejemplo en el Derecho italiano, como ahora tendremos ocasión de

115.- Vid. en este sentido:

LACRUZ BERDEJO, J.L. El tratamiento que hace este autor de la figura, dentro de las formas de extinción del contrato de obra, es el de considerarlo como una derogación del Derecho Común, consagrado en el artículo 1256 de nuestro Código civil. (Elementos de Derecho civil. V.III. Barcelona 1979. pág. 196.).

PUIG BRUTAU. Fundamentos de Derecho civil. T.II. V.III. Barcelona 1976. págs. 477 y 478.

ESPIN CANOVAS. Manual de Derecho civil español. V.III. Madrid. 1974. pág. 566.

ALBALADEJO GARCIA, M. Derecho civil. II. Barcelona 1982. pág. 288.

DIEZ-PICAZO, GULLON BALLESTEROS. Sistema de Derecho civil. V.II. Madrid 1988. pág. 471.

comprobar, es la existencia de un precepto legal (artículo 1373 del Código Civil) en el que se define y por lo tanto se autoriza el desistimiento en determinadas condiciones. Ello facilita mucho las cosas a la hora de pronunciarse sobre tan polémica figura, por lo que debemos de abogar por la incorporación de tal institución en nuestro ordenamiento jurídico.

Como conclusión a este apartado el concepto que en un principio proponemos de desistimiento es el siguiente:

Aquél acto por el cual una de las partes de la relación contractual, pone fin al contrato antes del tiempo previsto, por causas que si bien no tiene que justificar, si comunicar dicha decisión a la otra u otras partes del contrato.

C: Concepto legal.

La existencia de un concepto legal de desistimiento debe plantearse como algo fundamental a la hora de poder realizar un estudio pormenorizado de la figura, pues un apoyo o reconocimiento por parte de la ley permite o autoriza a pronunciarse sobre la validez y eficacia jurídica de la misma, ya que de lo contrario lo demás queda en divagaciones y especulaciones sobre la razón de ser o la existencia del acto.

¿Regula uniformemente, o lo que es lo mismo, aporta el

Código Civil, o cualquier otro cuerpo legal, un concepto de desistimiento que permita ver el alcance de la figura en todos sus términos?.

Si nos remitimos exclusivamente al Código Civil, observamos cómo en ningún momento aparece un precepto dedicado a definir y en consecuencia a regular el desistimiento.

Esta ausencia legal provoca el que la figura sólo sea tratada junto a las relaciones contractuales en las que se permita su puesta en práctica. Este tratamiento lo único que hace es dejar patente la existencia de la figura como tal, pero sin fijar a qué nos debemos de ajustar exactamente cuando aparece introducida como posibilidad de extinción unilateral por una de las partes¹¹⁶.

Esto por lo que se refiere al Código Civil, porque si nos abrimos a todo el ordenamiento jurídico-privado se vislumbra la misma idea, no existiendo nunca un pronunciamiento acerca de lo

116.- Son varios los artículos del Código civil que recogen la figura del desistimiento en sus líneas, para con ello querer expresar la terminación unilateral del contrato.

El más significativo, por estar presente la propia locución: "desistir", es el 1594 relativo al contrato de obra, en donde se le otorga al comitente la facultad de dar por terminada la obra por su exclusiva voluntad.

También hay otros preceptos, que, aunque no emplean expresamente el término, sí lo equiparan, tarea esta llevada a cabo por la doctrina. Es el caso del mandato y la sociedad entre otros.

que en realidad significa¹¹⁷.

Considerado el desistimiento en el sentido más estricto del término, esto es, como una forma unilateral de extinguir o de dar por terminada una relación contractual, creemos que de *iura consensu* se le presentan a nuestro legislador dos conductas a tener en cuenta:

1.- Necesidad de elaborar una definición o reconocimiento legal sobre la figura, existiendo un precepto que lo recoja, el cual debería estar situado en el apartado dedicado a los efectos del contrato.

Ante esto, nosotros proponemos el siguiente concepto de desistimiento: aquel acto en virtud del cual cualquiera de las partes pone fin a su relación contractual, antes del tiempo previsto, sin más requisitos que comunicar su decisión a las otras partes del contrato

2.- Su inclusión en el artículo 1156 del Código Civil entre los distintos modos de extinción de las obligaciones, pues a fin

117.- Destacan:

-Ley de venta de bienes muebles a plazos: Se establece la posibilidad de desistimiento por parte del comprador, previo pacto y observando un plazo de preaviso, así como otras condiciones. (vid. artículo 8 de la L/17 de julio 1965).

-Ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la imagen, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: Se observa una posibilidad de revocación, asimilada al desistimiento, del consentimiento en un determinado momento. (Vid. artículo 1-3, 2-2 y 2-3 de la L/ 5-mayo-1982).

-Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios: Se establece la resolución unilateral de manera discrecional por una de las partes del contrato, señalándose excepciones o limitaciones a dicha actuación. (Vid. artículo 2 de la L/ 19-julio-1984).

de cuentas no se trata nada más que de otra forma de dar por terminada la relación; el que sea o no excepcional es cuestión que no debe excluirla de dicho apartado.

Frente a la ausencia expuesta en la legislación española, encontramos cómo otros cuerpos legales pertenecientes al derecho extranjero definen al desistimiento, dotándolo en este caso de validez y eficacia jurídica, así como de características que lo configuran como tal.

Destaca, por ser el más directo, el Código Civil italiano, el cual en su artículo 1373 aporta un concepto legal, diciendo: "si a una de las partes es atribuida la facultad de desistir del contrato, tal facultad puede ser ejercitada siempre que el contrato no haya tenido un principio de ejecución.

Ahora bien, si se ha estipulado el correspondiente desistimiento éste tendrá efecto cuando la prestación haya sido ejecutada. Salvo que en cada caso haya pacto en contrario".

Es patente la existencia de condiciones respecto al uso de la facultad de desistir en este precepto que define en toda su amplitud "il recesso".

Después de que se haya establecido un concepto a nivel general, dentro del apartado dedicado a los efectos del contrato,

creemos que es más fácil proceder a su utilización en las distintas relaciones contractuales en que puede plantearse, pues se pondrá en práctica cuando el contrato reuna y se encuentre en las condiciones exigidas para que pueda aplicarse el desistimiento¹¹⁸.

D: Concepto en la jurisprudencia.

La doctrina jurisprudencial es importante para el tratamiento de cualquier figura o institución jurídica

La jurisprudencia completa al ordenamiento jurídico¹¹⁹ y como consecuencia se erige en portadora de cualquier manifestación en este sentido, ya sea para dar a luz un concepto, como es el caso que nos ocupa o para aclarar cualquier figura que no esté lo suficientemente delimitada por el ordenamiento jurídico o estudiada por la doctrina.

¿Hay un pronunciamiento jurisprudencial a cerca del

118.- Aparece el desistimiento en diferentes contratos, como el arrendamiento de obra (artículo 2224), de sociedad tanto simple (artículo 2285) como en nombre colectivo (artículo 2307) y por acciones (artículo 2437), en el contrato de suministro (artículo 1569), etc.

119.- Artículo 1-6 del Código civil (título preliminar) establece: "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".

saustantivo desistimiento?. Del estudio de la jurisprudencia llevado a cabo en este aspecto hemos sacado las siguientes conclusiones:

1 .- No hay sentencia alguna que, por razones de necesidad o de otra indole, se haya manifestado a cerca de artar una definición de desistimiento unilateral. Todo lo más aparece como complemento de otras situaciones o fenómenos jurídicos relevantes, que encuentran su explicación en la figura.

En este sentido destacan numerosas sentencias, como la de fecha 29-diciembre-1985, en donde se contempla la facultad de desistir, no como el hecho de dejar el cumplimiento y la validez de un contrato al arbitrio de uno de los contratantes, sino como la autorización mediante para extinguir una determinada situación jurídica, la cual no procede reconocer que se mantenga por tiempo indefinido, pues no es posible asignar al pacto de exclusiva entre las partes el carácter de perpetuidad¹²⁰.

El desistimiento es empleado aquí para excluir el carácter perpetuo de que en un principio estaba dotada la relación de exclusiva, y que como sabemos está sancionado por nuestro ordenamiento jurídico.

120.- En el mismo sentido: S.T.S. 23-mayo-1921, 29-octubre-1955, 28-mayo-1966, 15-febrero-1973, 21-abril-1979, 11-febrero-1984.

2 .- A veces, ante la posibilidad de concebir a la figura como excepcional, frente al artículo 1256 del Código civil, se manifiesta la jurisprudencia en el sentido de que dicho artículo prohíbe que la validez y el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, pero no la extinción, cuestión esta última no recogida en el precepto, por lo que el desistimiento dará lugar a la desaparición unilateral de la relación obligatoria, pero nunca al cumplimiento ni a cuestiones relativas a la validez del contrato por la exclusiva voluntad de las partes¹²¹.

A esto hay que añadir que la jurisprudencia no siempre se ha manifestado en este sentido, sino que hay otras sentencias jurisprudencia contradictoria en las que se considera al desistimiento como una excepción al principio recogido en el artículo 1256 del Código Civil¹²².

3 .- En la mayor parte de los casos aparece la institución

121.- S.T.S. 7-octubre-1982: "... (1) a facultad de desistir que al dueño de la obra concede el artículo 1594 del Código civil, ha sido diversamente interpretada en cuanto a su naturaleza, entendiéndose como excepción a lo dispuesto en el artículo 1256 y sujeta por lo mismo, a una aplicación restrictiva, o ya contrariamente como emanada de la propia índole del contrato de empresa sin carácter excepcional..."

122.- Hay numerosas sentencias que consideran al desistimiento como excepción a lo establecido en el artículo 1256 del Código civil. Destacamos:

S.T.S. 15-diciembre-1981: "es una excepción frente a lo dispuesto en el artículo 1256 y sujeta a una interpretación restrictiva o ya, contrariamente como emanada de la propia índole del contrato de empresa..".

En el mismo sentido S.T.S. 10-marzo-1979, 7-octubre-1986, 8-octubre-1987, 5-mayo-1983, etc.

del desistimiento alrededor del contrato de obra y la desaparición del mismo por voluntad del dueño¹²³.

La razón de ello puede encontrarse en que al ser una de las funciones de la jurisprudencia la de aplicar la ley¹²⁴, si se enfrenta con cuestiones como la extinción del contrato de obra por voluntad del dueño de la obra y recurre al Código Civil, se encuentra con un precepto como el artículo 1594 en donde se expresa la facultad de desistir; no existiendo tal y como está ahí configurado en ninguna otra relación contractual.

De todas estas referencias jurisprudenciales no podemos entresacar definición alguna, al no existir un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo sobre la figura del desistimiento. Todo lo más se limita a tratarla desde puntos de vista distintos.

Ahora bien si se puede deducir de los distintos considerandos del Tribunal Supremo lo que por tal institución se entiende, ya que, cuando quiere llevar a cabo la delimitación de la figura objeto de la *litis*, intenta dejar claro que se trata de

123.- Destacamos:

S.T.S. 22-noviembre-1974, 26-noviembre-1977, 19-noviembre-1971, 13-mayo-1983, 8-julio-1983, 15-diciembre-1981, entre otras.

Encontramos otra serie de sentencias que de alguna forma vienen a reflejar la misma idea hasta ahora vista. 8-julio-1983 y 7-octubre-1982. 15-diciembre-1981, 14-junio-1980.

124.- Vid. nota 14.

tal institución y no de otra que puede dar lugar a confusión y por tanto a un tratamiento totalmente diferente.

Así las cosas, la idea jurisprudencial del desistimiento, quedaría configurada del siguiente modo:

facultad de dar por terminada una relación contractual, preferentemente relativa al contrato de obra por su específica regulación, sin necesidad de justificar los móviles que han llevado a la parte a dicha actuación, con la única obligación de indemnizar por los supuestos daños producidos a consecuencia del ejercicio de dicha facultad.

2.- Causas del desistimiento.

Trataremos de poner de manifiesto cuáles son las causas que permiten o dan lugar a que el desistimiento unilateral, la voluntad de sólo una de las partes contratantes, pueda dar lugar a producir un efecto, extintivo; efecto que no deja de ser extraordinario por las circunstancias en las que se produce, ya que lo que acontece es una extinción anticipada y por tanto no prevista, con consecuencias diferentes a cualquier otra extinción, contemplada como tal, en el contrato.

Con ello queremos expresar las razones por las cuales y en virtud de qué, el desistimiento va a producir tal efecto y como

consecuencia un resultado extintivo, situándose a nuestro entender dentro de la categoría de las extinciones especiales o extraordinarias que se producen en nuestro derecho.

Las razones que creemos pueden dar lugar a la aparición del desistimiento son la propia LEY, la VOLUNTAD DE LAS PARTES, o simplemente el ACTUAR UNILATERAL de una de ellas.

A: la Ley.

Una de las causas a partir de la cual el desistimiento va a producir posteriormente su efecto es la ley.

Efectivamente, cabe considerar que la ley, aparece como fuente legal del desistimiento en numerosos contratos, tanto de carácter civil, como comercial¹²⁵.

Nos preguntamos si el desistimiento puede o debe presentarse como consecuencia de la autorización expresa de la ley, o si sólo es necesario en negocios cuya especial naturaleza así lo imponga¹²⁶.

125.- En capítulos posteriores realizaremos un análisis pormenorizado de la figura del desistimiento en cada uno de los contratos en los que puede ejecutarse.

126.- Son los contratos basados en la confianza de las partes, aquellos que contienen la posibilidad de extinción del contrato por la voluntad de uno de las partes, en los casos en los que la confianza haya desaparecido. Ejemplos de contratos de este tipo son el mandato, depósito, etc.

Ante esto, creemos poder abordar la incógnita planteada desde dos puntos de vista: uno amplio y otro más restrictivo o estricto.

AMPLIO: Consiste en ver a la LEY como la única base necesaria e imprescindible para, a partir de ella, poder hacer uso del acto de desistir; es decir, cualquier desistimiento puede englobar en su propio contenido al desistimiento por mutuo acuerdo o al unilateral simplemente, en el sentido de que estos últimos deberán venir siempre expresamente autorizados por la ley.

De este modo, queda reducido el desistimiento unilateral a la LEY, como única fuente que le da vida, pues todas las demás manifestaciones deberán venir ratificadas por el sello legal.

RESTRICTIVO: Establecer como categorías diferenciadas el desistimiento producto de la ley, como el desistimiento cuyo nacimiento se encuentra en la propia voluntad de las partes o en la de una sola de ellas, admitiendo este último, en virtud de la regla de la autonomía privada, por la cual el arbitrio de una o de ambas partes tiene la fuerza suficiente como para operar en función de los intereses de las partes, estableciéndose el

También los contratos de duración indeterminada o de tracto sucesivo, recogen la posibilidad de extinción por la voluntad de uno de los contratantes.

derecho de desistimiento mediante una cláusula convencional establecida por ellas¹²⁷.

Es por esta última posición por la que nos inclinamos, ya que consideramos como cuestiones independientes el hecho de que el desistimiento provenga de la ley o de la voluntad de las partes.

De todos modos, sea cual fuere el punto de partida, los casos en los que puede presentarse el desistimiento unilateral han de ser objeto de interpretación estricta, ya que en principio sólo puede presentarse como consecuencia de la voluntad expresa de las partes o por autorización legal¹²⁸.

Con independencia de que en el apartado dedicado a las clases de desistimiento hagamos mención al legal y convencional en base a su fuente de creación, hay que decir en este apartado que, efectivamente, es la ley causa del desistimiento unilateral, en el sentido de que en determinados negocios, que por su

127.- 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".

Este artículo se puede entender como un reconocimiento legal de la actuación unilateral o de todas las partes contratantes, lo cual no quiere decir que exista la necesidad de un apoyo legal para dar validez a los actos autónomos de las partes.

128.- PUIG PEÑA, F. Nueva Enciclopedia Jurídica. Voz: desistimiento unilateral. pág. 291.

naturaleza así lo recojan, es la única autorizada para dar lugar en un primer momento a la aparición y posterior producción de un determinado efecto¹²⁹.

B: La voluntad de las partes: mutuo consenso.

Cuando las partes por mutuo acuerdo introducen una cláusula contractual por la cual acuerdan el poder desistir unilateralmente, siempre y cuando concurren las condiciones establecidas en dicha cláusula, la figura en cuestión encuentra su fuente en la voluntad de los contratantes y por ello es convencional. Es lo que en el lenguaje jurídico se conoce como *mutuo disenso*.

Dicha posibilidad no puede ponerse en duda desde el momento en que el principio general de nuestro sistema es la libertad de obligarse en todos los casos en los cuales la ley no pone límites. Así las cosas, respecto del tema del desistimiento unilateral, no sólo no encontramos obstáculos legislativos, sino que es la propia ley la que ofrece a las partes la facultad de

129.- Vid. las distintas definiciones, de entre la que señalamos especialmente la propuesta por CALLEGARI. (Vid. pág. 209).

establecerlo¹³⁰.

La otra cara de la moneda la encontramos en el sentido de que las tendencias actuales van encaminadas a limitar los dominios de la voluntad en el campo de las obligaciones, ya en cuanto a la materia de las mismas (que a veces tiene que ser restringida por razones de moralidad y de justicia social), ya en cuanto a la forma de los actos constitutivos de ellas (que en interés de los terceros adquiere considerable importancia)¹³¹.

El Derecho actual tiene como norte, en definitiva, someter

130.- CALLEGARI, D. Il recesso unilaterale dal contratto. Torino 1939. pág. 160.

El reconocimiento legal de dicha posibilidad lo encuentra el Derecho Italiano en el artículo 1373 del Código civil, el cual recoge a este respecto lo siguiente: "si a una de las partes se le atribuye la facultad de revocar el contrato, tal facultad puede ser ejercitada, aunque el contrato no hay empezado a ejecutarse...". Se observa un reconocimiento expreso del desistimiento unilateral, cuestión ésta que no está reflejada como tal en nuestro derecho, sino que tenemos que acudir a preceptos tan generales como el 1255 relativo al principio de Autonomía de la Voluntad.

131.- Para los tratadistas franceses, la influencia de las teorías sociales contemporáneas se ha producido en nuestros días, en la materia de las obligaciones, de una triple manera:

1.- Por la importancia concedida a los intereses colectivos, al lado de los puramente individuales, importancia que se manifiesta en buen número de contratos, los cuales tienen por base esta clase de intereses, y en el desenvolvimiento de teorías como la estipulación para otro y el efecto de los contratos con respecto a terceros.

2.- Por un cierto renacimiento del formalismo, en numerosos contratos para los que la ley exige formalidades de publicidad y aún formas solemnes impuestas bajo pena de nulidad.

3.- Por el desenvolvimiento cada vez más considerable de las leyes imperativas, de orden público, que restringen extraordinariamente los cuadros en los que ha de ser ejercida contractual. (COLIN, CAPITANT Y JULLIOT. Cours élémentaire de Droit Civil Français. Paris 1953. T.II. número 4. págs. 3 y ss.)

a revisión la clásica doctrina de la libertad contractual o de la autonomía de la voluntad, cuyos excesos han de ser corregidos, para de algún modo asegurar la igualdad entre las partes contratantes para que la libertad de cada una de ellas, esté contrapesada por la igual libertad de la otra y también limitando los dominios de la libertad contractual en las materias que son de interés vital para la comunidad, estableciéndose por ello tipos contractuales fijos y controles legales de las condiciones del contrato para evitar que sea puesto al servicio de fines antisociales¹³².

Pero a ello no es obstáculo que la voluntad de las partes contratantes *mutuo disenso* para dar por terminada una relación contractual, es cierta y evidente en el sentido de que es en ella, expresamente, donde se encuentra la fuente a partir de la cual el desistimiento unilateral va a comenzar a surtir efectos. Con ello queremos decir que las partes, del contrato mediante la introducción de pactos o cláusulas de carácter convencional, dan la posibilidad a una de ellas que cuando se produzcan las circunstancias para las cuales se ha establecido el desistimiento, éste se llevará a cabo.

Con la mención expresa por la ley, se recoge dicha

132.- Las transformaciones que está experimentando el derecho de obligaciones es consecuencia en numerosas ocasiones de factores socializadores, a causa de la tan comentada crisis del contrato. (La crisis del contrato. R.C.D.I. 1942. págs. 569 y ss.)

posibilidad en numerosos contratos, tanto en el Derecho español como en el extranjero¹³³.

133.- En el Derecho español el artículo 1594, relativo al contrato de obra, establece:

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

También en relación con el contrato de compraventa, aunque como veremos no es tal el desistimiento que se menciona, se dice:

"En los casos de los dos 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...".

En el Derecho italiano destacamos los siguientes contratos:

-Artículo 1603 referido al arrendamiento: "si se conviene que el contrato se extinga en caso de venta de la cosa arrendada el adquirente que quiere valerse de tal facultad, debe de dar licencia o permiso al arrendador respetando el preaviso. Si no lo respeta deberá acudir a resarcir por daños y perjuicios, salvo pacto en contrario".

Los artículos 1604, 1605 y 1606, establecen limitaciones a dicha modalidad.

-Artículo 1612 en relación con el contrato de arrendamiento: "el arrendatario se reserva la facultad de desistir del contrato para habitar el mismo la casa arrendada, debiendo dar licencia motivada del término establecido en los usos sobre el arrendamiento".

La cláusula constituye una reserva de la extinción del arrendamiento por la propia persona.

-Artículo 1613 en cuanto al desistimiento de los empleados públicos: "los empleados de la Administración pública pueden, salvo pacto en contrario, desistir del contrato en el caso que se les traslade, porque ello no ha sido recogido en su petición.

Tal facultad se ejercita mediante rescisión motivada, y el desistimiento tiene efecto al segundo mes, sucesivo al que se ejercitó la rescisión".

-El desistimiento en la póliza de seguro de vida es también una modalidad recogida tanto en el derecho español como en el extranjero. Está representado por la facultad del asegurado en el contrato de seguro de vida de romper el contrato, ejercitando o pidiendo el rescate de la póliza. (Sobre la naturaleza jurídica de dicho rescate consúltese VALERI. Perfezione ed Irrevocabilità del riscato nell'assicurazione sulla vita. R.Diritto Commercial. 1911. n.º 464.).

Señalaremos que la denominación que se le da a este tipo de desistimiento no debe confundirse con el rescate de la renta simple y fiduciaria, donde está excluido el desistimiento unilateral, porque según una ley de 25 julio 1925, para la forma de su ejercicio es necesario "el acuerdo de las partes" o en defecto demanda judicial. Por el contrario, el desistimiento que da lugar al rescate de la póliza hace cesar un contrato duradero, en el cual el efecto se consigue por impulso de la voluntad unilateral del asegurado, en donde la ley, por razones equitativas, acuerda el parcial reembolso de los primeros pagos.

Otros casos de desistimiento son los recogidos en el Código de comercio en relación con la cooperativa. (Vid., VIVANTI. Trattato de diritto civili. II. pág.394).

Esto quiere decir que independientemente de cualquier reconocimiento legal, el desistimiento puede ser establecido por la voluntad de los contratantes.

Las partes son libres de comportarse, tal y como lo hayan establecido, de acuerdo con la modalidad contractual de que se trate y en base a sus propios intereses, y ello sin olvidar que todas las relaciones en las que actúa la autonomía privada, deberán de realizarse dentro de los límites que la ley eventualmente ponga, pudiendo por ello a la vez consentir el desistimiento a favor de todos o de uno solamente, mediante la introducción de una cláusula contractual.

El desistimiento así asumido, viene a constituirse como elemento accidental del contrato.

La voluntad de las partes operará especialmente en los contratos en los cuales el desistimiento no está previsto en la ley¹³⁴.

134.- En la sociedad de carácter civil, en donde por ejemplo en el caso italiano, el Código civil no prevé la desaparición de ésta por ley, se puede estipular la conclusión de la relación mediante la introducción de una cláusula en el contrato, resultando en tal caso la extinción de "expresa estipulación", debiéndose proceder posteriormente al consentimiento unánime.

Por último debe decirse que a pesar del reconocimiento del *mutuo disenso*, como punto de partida a partir del cual el desistimiento va a desplegar sus efectos, no debemos dejar a un lado el tema de que dicha disciplina convencional contiene límites en el sentido de que en los casos así autorizados es obligatorio soportar el curso del término, el preaviso y cualquier otro efecto de carácter patrimonial previsto para el supuesto de que se trate.

Creemos que esta observación es importante para los casos de desistimiento que se producen en la sociedad mercantil, donde la disciplina negociable no podrá derogar la disposición legal que exige la publicidad necesaria aunque con un reflejo distinto, ya que en estos casos el apartarse uno o varios de los socios de la sociedad, va a producir una disminución del capital social que a veces está sancionada en favor de los intereses de terceros¹³⁵.

En el mismo sentido, se recoge en la sociedad de carácter comercial, necesitando también estos casos de la expresa declaración o deliberación de los socios.

135.- Estos son los casos recogidos tanto en el Código civil como en el Código de comercio, relativos al contrato de sociedad civil y comercial, en donde se necesita un plazo de preaviso. También el ámbito social en relación al contrato de trabajo.

Vid. artículos 1700 y ss. del Código civil, en especial el artículo 1705.
Artículo 218 y ss. del Código de comercio.
Artículo 45 y ss. del Estatuto de los trabajadores.

C: La Voluntad Unilateral.

El tema de la voluntad unilateral como fuente del desistimiento debe ser contemplado desde el siguiente punto de vista: va a ser la voluntad de una de las partes, independientemente de que las demás lo hayan acordado, va a producir la desaparición del negocio o de la relación contractual en sí¹³⁶.

Al ser la voluntad unilateral el eje central del desistimiento en el apartado que nos ocupa no podemos dejar a un lado el tema de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, sobre el que se han escrito muchas páginas a causa de la ausencia de reconocimiento legal¹³⁷, pero sí doctrinal por gran número de autores e incluso jurisprudencial como luego

136.- Como anteriormente hemos expuesto, no tiene el desistimiento unilateral su punto de partida en la voluntad de una sola de las partes cuando con anterioridad se ha introducido una cláusula de naturaleza convencional por la cual las partes contratantes acuerdan que cuando concurren las circunstancias previstas, una de las partes proceda a dar lugar a la desaparición del negocio. Este es un caso de desistimiento unilateral cuya fuente de producción está en el mutuo acuerdo de las partes, ya estudiado en el apartado anterior.

137.- El artículo 1089 del Código civil no recoge entre las fuentes de las obligaciones a la voluntad unilateral. Dicho precepto para algunos autores no contiene propiamente ninguna norma, sino una clasificación, y ésta no puede vincular al intérprete. (GARRIGUES, J. Curso de Derecho Mercantil. T.II. pág. 70 y ss.).

tendremos oportunidad de comprobar¹³⁸.

Si la voluntad unilateral es fuente del desistimiento dando lugar a la producción de un efecto extintivo, dicha voluntad unilateral es, consiguientemente, fuente de obligaciones para el que ha efectuado el desistimiento, pues ése deberá responder en la medida en que se le exija frente a la otra u otras partes del contrato afectadas por tal extinción anticipada.

Con esto queremos poner de manifiesto dos mecanismos concurrente que se corresponden el uno con el otro, siendo consecuencia la aparición de cada uno de ellos. Si la voluntad unilateral es fuente del desistimiento unilateral también se puede plantear el que sea fuente de obligaciones, y si es fuente de obligaciones ¿por qué no del desistimiento?.

Es en el tráfico jurídico donde se aprecia en mayor medida que no es el contrato la única fuente de obligaciones, sino que también la declaración unilateral de voluntad puede ser

138.- Los autores que rechazan la teoría de la declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones aducen en contra de ella el principio de que nadie adquiere derechos si no es con el concurso de su voluntad. (BARASSI. La Teori Generale delle Obbligazioni. Milano 1978. pág. 124).

PACCHIONI considera que la promesa unilateral no aceptada es esencialmente revocable, y por lo mismo no es verdaderamente obligatoria. (Trattato delle Obbligazioni. Torino 1927. pág. 48).

Ciertamente las figuras jurídicas que se citan como ejemplo de obligaciones procedentes de la voluntad unilateral se pueden construir, sin acudir a esa teoría, como casos preliminares de contrato o de contratos con persona indeterminada, o también como obligaciones derivadas de la ley. Pero hay que reconocer que la doctrina de la declaración unilateral de voluntad cuenta cada día con mayor número de partidarios. (CASTAN TOBEÑAS, J. op. cit. pág. 97 y 98).

considerada como generadora de obligaciones con efectos extintivos, como es el caso que nos ocupa.

No tenemos nada más que ver las continuas denuncias de contrato, la rescisión parcial y total de contrato de sociedad civil y de otra indole, abandonos, etc¹³⁹: En todos estos casos la voluntad unilateral da lugar a la desaparición del negocio, lo cual de hecho conlleva consigo una serie de obligaciones, pudiendo en estos casos ser considerada la voluntad unilateral fuente de obligaciones.

Esto último es discutido por autores, que consideran que una obligación fruto de la voluntad unilateral "es la que contrae un sujeto mediante su mera manifestación de querer obligarse"¹⁴⁰; lo cual puede ser y de hecho es distinto a otras actuaciones, también voluntarias, que no van dirigidas a la creación de una deuda ¹⁴¹, sino que se realizan para la conclusión de un

139.- GARRIGUES, J. op. cit. T.II págs. 70 y ss.

140.- LACRUZ BERDEJO. Elementos de derecho civil. II-1, págs. 75 y ss.

141.- Vid. el caso del gestor, o de quien causa daño culpable a otro. Estas son actuaciones que llevadas a cabo por la voluntad de una de las partes, no suponen obligaciones para alguna de las partes.

contrato¹⁴².

En nuestra opinión y dejando a un lado el tan polémico tema de ver a la voluntad unilateral como fuente o no de obligaciones, concluimos este punto considerando que la sola voluntad de una de las partes pone en funcionamiento el mecanismo del desistimiento unilateral, sólo si dan ciertas causas por las cuales se va a producir la extinción anticipada y extraordinaria del negocio¹⁴³. Ahora bien, a nuestro entender debemos hacer las siguientes salvedades:

1 .- Necesidad de un reconocimiento legal de dicha actuación, ya que de lo contrario ello iría en contra de lo que el Código civil expresa en el artículo 1256 cuando dice: " La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"; ya que sólo otra norma puede permitir, porque la naturaleza de la relación así lo autorice, excepciones a una regla general e imperativa.

2 .- Una vez que desaparece el negocio porque una de las

142.- Es también el caso del oferta de contrato y del desistimiento unialteral.

En opinión de MORENO QUESADA, B. en la oferta de contrato hay una causa totalmente dependiente del autor de la oferta que puede producir la extinción de ésta; se trata de la revocación, la cual opera una vez que la declaración se ha perfeccionado llegando a conocimiento de su destinatario. También es posible la extinción por la actuación pasiva o activa de la persona a la cual fue enviada. (La oferta de contrato. Barcelona 1963. pág. 136.).

143.- El artículo 1594 del Código civil recoge en este sentido: "...la sola voluntad...".

partes así lo ha querido y porque se lo autoriza la ley, van a producirse o generarse una serie de obligaciones para el que desiste, de las que deberá responder frente al que ha sufrido el desistimiento¹⁴⁴.

No es la voluntad unilateral, en este caso, fuente de obligaciones, sino el propio contrato de obra, el cual recoge como modalidad extintiva el desistimiento por parte del dueño, produciendo dicha actuación unas obligaciones para el comitente.

3.- Fundamento del desistimiento.

Lo que pretendemos a continuación es establecer las bases sobre las que sostiene la figura del desistimiento, es decir, las razones por las cuales hace su aparición y produce unos determinados efectos jurídicos, que analizaremos en su momento.

¿Cómo se explica que en una relación jurídica constituida con efecto vinculante por las partes, una de ellas unilateralmente manifieste no querer seguir sujeta al vínculo y que se extinga inmediatamente todo lo realizado hasta el

144.- Un ejemplo de obligaciones que genera la actuación voluntaria del dueño de la obra, a causa del desistimiento de éste, son las que recoge el artículo 1594 al decir que deberá "indemnizar al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella".

momento?. En la contestación a esta premisa intentaremos encontrar el fundamento de una institución tan excepcional como ésta.

El fundamento puede venir justificado por el ejercicio de un poder atribuido por la voluntad de las partes o por la ley, ya que una relación jurídica que vincula no puede terminarse si no es por la ley o por la voluntad de los que la habían creado.

Para explicar el hecho de que una sola voluntad disuelve el negocio en cuestión, hemos de acudir al propio ordenamiento jurídico para indagar si de alguna forma, ya sea expresa o tácitamente, está tratada y resuelta la cuestión¹⁴⁵ y comprobar los medios de que dispone para poner en práctica de una forma legal el desistimiento unilateral. En nuestro Código civil, de acuerdo con el artículo 1594 relativo al contrato de obra, se puede ver fundamentado el desistimiento en un poder que la ley le atribuye al comitente o dueño de la obra basado en posibles perjuicios o situaciones económicas desfavorables posteriores a la celebración del contrato. Son también los supuestos relativos a la extinción del mandato por la revocación del mandante y la renuncia del mandatario, desistimientos unilaterales en el

145.- Es de destacar que el Código civil italiano, presenta dos posibilidades basadas en el Principio de la Autonomía Privada, con la finalidad de llevar a cabo sus intereses individuales.

Estos son la "revoca" y la "condición potestativa". Aunque la una y la otra eliminan una voluntad ya querida, operan con presupuestos diversos y con eficacia distinta en función del medio. (D'AVANZO, Novissimo Digesto Italiano. Voz. recesso. Torino 1947. págs.1028 y 1029.)

sentido más estricto de la palabra, ya que es una de las partes la que procede con tal finalidad; en este caso la desaparición del contrato en sí está de hecho fundamentada en la confianza que preside todos estos contratos, la cual cuando falta puede dar lugar a que una de las partes proceda haciendo uso de tal facultad o potestad que le concede en este caso la propia ley.

La dificultad que presenta el problema del fundamento del desistimiento se centra en el hecho de que viene a incidir sobre la relación jurídica que ya ha producido, y continúa produciendo, sus efectos jurídicos propios.

El estudioso se encuentra de pronto con una voluntad que presenta una doble y sucesiva alternativa: querer la relación contractual en un determinado momento y la facultad de no quererlo "a posteriori".

Para explicar este contraste de voluntades creemos y en opinión de MICCIO que se ha de separar la titularidad de su derecho del poder de disposición del mismo, concluyéndose que en el desistimiento, la parte que está legitimada, ha disminuido la titularidad pero ha conservado el poder de disponer del derecho¹⁴⁶.

146.- En un principio y de forma general nosotros vamos a fundamentar el desistimiento en una potestad o poder concedido a una de las partes para realizar la conducta en la que consiste la acción.

De este modo el fundamento será el ejercicio de dicho poder, ya sea concedido o autorizado por la ley o en virtud del principio de Autonomía de la Voluntad.

Hemos señalado anteriormente que este hecho será de forma general, ya que se hace uso de dicho

Todo ello plantea la cuestión de entre qué límites y en qué modo es posible que un sujeto ceda la titularidad de un derecho conservando la disponibilidad. Se puede explicar considerando ambas circunstancias como especies recíprocas la una de la otra en el sentido de que se puede ceder también la disponibilidad de un derecho conservándose la titularidad¹⁴⁷.

Es importante delimitar el tipo de relación ante la que estamos, en particular en lo que al tiempo y a la constitución de la misma se refiere, ya que el fundamento será distinto según se trate de relaciones de duración determinada o indeterminada, o de relaciones ya constituidas, en donde el desistimiento debe ser mantenido con ciertas reservas por distintas razones, entre las que destacamos las siguientes:

1 .- Que con esa actuación no se viola el principio de la obligatoriedad del vínculo, el cual está presente en toda relación jurídica y sancionado por la ley en función de los intereses de todos los sujetos de la misma relación.

poder por distintas razones que luego analizaremos más detenidamente.

Vid. en este sentido R. MICCIO. Il recesso unilaterale dal contratto como diritto potestativo. Riv. Dir. Com. 1952 I. pág. 373.

147.- Creemos más adecuado hablar de ejercicio de un derecho que de disponibilidad.

2 .- La tutela de los derechos de terceros¹⁴⁸.

Por todo ello se plantea el desistimiento como un presupuesto que, aunque por un lado no suscita dudas, por otro su aplicación ha dado lugar a divergencias en la doctrina.

Al darse o al no aparecer en singulares o particulares relaciones, se demuestra que el fundamento no es único o no es el mismo, sobre todo desde el punto de vista doctrinal¹⁴⁹.

No se puede generalizar acerca del fundamento de una institución como la que nos ocupa, pues según se trate de una u otra estaremos ante distintas cuestiones que llenarán de contenido el apartado. De este modo, el elemento confianza tal y como lo plantean algunos autores aparece o está muy limitado, ya que se puede decir que queda circunscrito a dos contratos: el de trabajo y el de mandato, mientras que en otros contratos, como el de sociedad, el desistimiento está permitido sin término de duración, siempre y cuando esté justificado por justos motivos.

148.- Sabemos lo importante que es y el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico de la prevalencia de intereses de una parte sobre la otra, constituyendo ello el presupuesto de la norma.

149.- Es significativa la doctrina italiana en el estudio del desistimiento y su fundamento. BARASSI cuando trata el contrato de trabajo y la posibilidad de llevar a cabo el desistimiento unilateral en el mismo, dice que éste opera en abase a la confianza, la cual aparece en la totalidad de los contratos que según su opinión hace que el fundamento de ese proceder deba basarse exclusivamente en el elemento confianza. (Il contratto di lavoro. pág. 799 y ss.).

Para concluir este punto, debemos que creemos que son varios los fundamentos en los que puede estar basado el desistimiento, aunque, como ya hemos señalado, en líneas generales estamos ante una institución fundada en la potestad concedida por la ley, o en virtud de la autonomía de la voluntad, a una de las partes para dar por concluida la relación que le unía a la otra parte¹⁵⁰. Más en particular las razones en las que puede estar fundamentado el desistimiento son las siguientes:

1 .- La duración indeterminada del contrato, que opera en el arrendamiento de cosas, de obra, de sociedad, cuenta corriente, etc. La razón estriba en que no se debe permitir que una relación perdure para siempre, aunque a la hora de la constitución del contrato no se estableciera un plazo de finalización.

2 .- El elemento confianza, en el contrato de trabajo y de mandato.

3 .- La prevalencia de intereses de uno de los contratantes, lo cual autoriza la posibilidad de desistir para una de las partes. Son los casos del depósito, arrendamiento, transporte, anticresis, etc.

150.- De esta forma el fundamento sería de dos clases: Legal y convencional.

Aunque generalmente venga establecido o reconocido por la ley, tratándose en estos casos de desistimiento fundado en específicas disposiciones legales, el fundamento queda constituido por el poder que la propia ley les ha otorgado.

4 .- La excesiva onerosidad económica. Caso del contrato de mutuo.

5 .- Irregularidad en el caso de la sociedad comercial, a causa de una profunda modificación en el acto constitutivo de los estatutos.

6 .- De la propia indole del contrato se puede deducir, en casos como el de las asociaciones y en las sociedades de capital variable, que el desistimiento está inherente en la propia naturaleza de la relación.

Aunque son varios, como se ve los fundamentos en los que puede estar basada la figura del desistimiento, en general se traduce todos los casos en el ejercicio de un poder o de una potestad otorgada a una de las partes.

4.- Naturaleza jurídica del desistimiento unilateral.

En el capítulo anterior, referido al análisis conceptual y su problemática vimos de forma muy general la naturaleza jurídica de los diferentes términos que de alguna forma podrían incidir en la esfera jurídica del desistimiento unilateral, con

toda la problemática que lo envuelve. Concluimos nuestro estudio, considerándolos a todos ellos, en su conjunto, como negocios jurídicos unilaterales recepticios¹⁵¹.

Ahora bien, una vez estudiado el desistimiento junto a otros términos que se utilizan para denominar un fenómeno, creemos conveniente pararnos a examinar más detenidamente la naturaleza jurídica de tan excepcional figura y cómo está contemplada por la doctrina y la jurisprudencia tanto española como extranjera.

Debemos partir de la idea de que cualquier contrato que atribuye la facultad de desistir a una de las partes, no es un negocio jurídico condicionado por dicha acción, ya que estamos en presencia de un negocio perfecto y eficaz por todo y en todo¹⁵². La declaración de voluntad como elemento constitutivo del negocio del desistimiento no está integrada por la facultad de desistir, no es un elemento integrativo o modificativo de ella; tampoco es una condición, ya que posee un aspecto autónomo, por lo que es necesario establecer la naturaleza así como los límites del desistimiento, con particular detenimiento en las relaciones de contenido negociado.

151.- Vid. supra pág. 140 del capítulo I

152.- MICCIO R. Il recesso unilaterale dal contratto come diritto potestativo. R.D.Cmm. 1952. pág. 375.

Hemos partido de que el desistimiento unialteral es un negocio jurídico, cuyo elemento fundamental es la declaración de voluntad, planteándonos la naturaleza jurídica de ésta, emitida por el sujeto que desiste. Es por ello por lo que en este apartado lo que analizaremos será una parte o un sector de este fenómeno y no todo el en su conjunto.

A: El desistimiento unilateral como derecho subjetivo.

Se trata de considerar al desistimiento en su conjunto como un derecho potestativo, por medio del cual se ejercita un poder concedido por la ley o por la expresa voluntad de las partes.

De esta manera en el Derecho italiano *il recesso* es considerado como un derecho potestativo cuya indole jurídica consiste en el ejercicio de un acto unilateral encaminado a hacer cesar por propia voluntad una relación jurídica ya constituida.

Así las cosas, el desistimiento queda introducido entre los ACTOS ABDICATIVOS en sentido lato, por lo que en opinión de algunos autores es erróneo identificarlos con la renuncia, pues cada uno de ellos tiene características peculiares por lo que no deben

de ser confundidos ambas expresiones¹⁵³.

De lo que se trata, es de ver cual es la indole juridica del poder mediante el cual se consiente a la voluntad unilateral de un contratante extinguir la relación contractual o el vinculo del contrato plurilateral.

En este sentido, la doctrina alemana lo considera como un derecho potestativo, dentro de la categoría de los derechos de formación o conformación, por medio de los cuales una persona puede producir mediante su sola declaración de voluntad un efecto juridico constitutivo, modificativo o extintivo de una relación jurídica, por lo que son considerados derechos subjetivos¹⁵⁴.

Esta idea no es compartida por otro sector de la doctrina,

153.- La renuncia es un acto remitido exclusivamente al poder de la libre autonomía del sujeto, mientras que el desistimiento puede ejercitarse sólo en base a una legitimación o convención legal.

La renuncia opera en la esfera jurídica del que la ejercita y aunque tiene efectos jurídicos sobre el patrimonio del otro sujeto, ya sea por la voluntad de las partes o por concesión legal, se trata en cada caso de una consecuencia refleja y no directa del acto abdicativo, que no puede actuar sobre su destinatario, operando en tal caso como acto de alienación.

La renuncia es susceptible de revocación determinando una actuación retroactiva de la precedente situación. El desistimiento por contra, es irrevocable porque produce efectos instantáneos, y si la parte que ha ejercido el desistimiento intenta reconstruir la situación anterior, éste no puede tener eficacia "ex nunc" salvo cláusula contraria, vinculante, pero sólo porque ello se ha querido. (D'AVANZO, W. op. cit.. Voz: Recesso. Torino 1949. pág. 1028).

154.- ENNECCERUS-NIPPERDEY, L. Einleitung, Allgemeiner Teil. I, pág. 205. (citado por CALLEGARI, D. op. cit. pág. 206).

sobre todo la italiana¹⁵⁵, la cual sostiene que no puede hablarse de derecho subjetivo donde no existe la correlativa voluntad de obligarse; es como un derecho sin deber en donde no existe violación; es un derecho que no se puede hacer valer judicialmente, porque es un derecho sin acción que trata de basarse en una facultad individual de operar con efecto jurídico, porque se trata de manifestaciones de una capacidad jurídica¹⁵⁶.

Existe de todas formas la tendencia a admitir tal derecho potestativo, aunque para algunos sistemas sean considerados subjetivos¹⁵⁷, debiendo ser contemplados como algo diferente a éstos, designándolos por ello no con el término derecho, sino con el de potestad o poder. De todas formas, y así las cosas, dicho concepto ha sido aplicado al desistimiento unilateral¹⁵⁸.

155.- Vid. FERRARA, F. Trattato di diritto civile. Torino 1956. pág. 341 y ss.
 En el mismo sentido COVIELLO, D. Manuale di diritto civile italiano. Milano 1929. pág. 29.
 CARNELUTTI, F. Sistema de diritto civile. pág. 54.
 ALLARA, D. Le nozione fundamental del diritto privato. Torino I. pág. 92.

156.- FERRARA, F. op. cit. pág. 346.

157.- CHIOVENDA, L. Instituzioni de diritto civile. Milano 1936, págs. 12 y ss.
 PUGLIATTI, S. L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti. Annali dell'Istituto di Scienze giuridiche, economiche, politiche e sociale della università de mesina 1927. págs. 166 y ss.
 BARBERO, D. Il diritto soggettivo. Foro Italiano. 1939 IV. pág. 39. nota 90.

158.- MESSINA, F. Diritti potestativi. Milano 1927. pág. 878. nota 1.
 BETTI, E. Risoluzioni di affitto sociale per licenza di un solo affittuario?. In temi Emiliana 1924. pág. 8.

En opinión de es doctrina, el desistimiento unilateral es un derecho potestativo, con unas características y estructura particulares, considerado como un poder concedido a uno de los contratantes de producir mediante su sola voluntad la extinción de una relación contractual o del vínculo que lo une a un contrato plurilateral, incidiendo en la esfera jurídica del otro o de los otros contratantes; sin que se vea en ningún caso obligado, ya que solamente se produce un estado de sumisión, no pudiendo hacer nada por alejar o apartar el efecto extintivo, puesto que la sumisión a un estado jurídico no requiere el concurso de la voluntad del sujeto en el cual está contenido.

Estamos ante un derecho potestativo extintivo, como consecuencia de la expresión de la autonomía privada por la cual la voluntad unilateral del titular se vuelve en un caso contra la relación contractual y la extingue haciendo cesar los efectos *ex nunc*, o para el futuro, y no contra el contratante, el cual queda salvaguardado en lo que a los efectos se refiere, siempre y cuando éstos se hayan producido, obteniendo su liberación del contrato plurilateral, que no se extingue cuando por el desistimiento se produce sólo la desaparición del vínculo, ya que prosigue para los demás contratantes, porque la relación contractual en sí no ha desaparecido.

Se produce inmediatamente el efecto, en virtud de la declaración notificada al destinatario, siendo ésta recepticia, ya que el desistimiento afecta a la esfera jurídica de éste, aunque su ejercicio deba acompañarse de otra modalidad de tipo accesorio, como pueden ser, justa causa, buena fe, preaviso, etc.

Se observa también que el desistimiento es normalmente puesto en interés del contratante y tutela los intereses del titular que extingue la relación contractual o el vínculo.

Para el sector de la doctrina que centra el desistimiento en considerarlo como un derecho potestativo, el fenómeno se produce mediante declaración unilateral de voluntad del desistente, pronunciada y notificada a la otra parte o destinatario, ya que incide en su esfera jurídica; esta es la consecuencia de tratarse de un derecho potestativo y no subjetivo.

Pero ocurre que en todos los contratos en los cuales aparece, la ley no reconoce directamente el efecto a la declaración de voluntad del que desiste, ya que posee carácter constitutivo, porque es la causa generadora de la nueva situación jurídica extintiva, de la relación contractual o del vínculo.

En cambio para la doctrina alemana o para el Derecho alemán

en general el desistimiento como ejercicio de un poder se hace valer mediante la vía judicial y se actúa mediante sentencia. Por ejemplo, en la sociedad en nombre colectivo y en la comanditaria simple se necesita un importante motivo para que el desistimiento se pueda llevar a cabo¹⁵⁹.

En todos estos supuestos hay que distinguir entre desistimiento por voluntad unilateral y desistimiento por sentencia; en uno y otro supuesto.

El medio para el ejercicio del poder de desistir es la declaración de voluntad.

B: Acto, hecho o negocio jurídico.

La naturaleza del desistimiento queda así configurada como un negocio jurídico cuyo elemento fundamental es la declaración de voluntad¹⁶⁰. Por ello no es correcto considerarlo como hecho o simple acto, pues por su complejidad queda más cerca de la configuración de negocio que de cualquier otro fenómeno jurídico.

159.- Análogamente ocurre en el derecho suizo, para el caso de la sociedad simple.

160.- Se puede plantear en buena lógica la naturaleza jurídica de la declaración de voluntad emitida por el sujeto que desiste, por lo que debemos ver si estamos ante un hecho, acto o negocio jurídico en toda su dimensión. (CALLEGARI, D.op. cit. pág.208).

5.- Elementos del desistimiento.

Toda figura o institución de carácter jurídico posee unos elementos que la caracterizan y la distinguen de las demás, dentro de los distintos niveles en los que puede actuar.

Los elementos del desistimiento los hemos clasificado o agrupado en función del aspecto sobre el que recaen, tratándose de personales, reales y formales, pudiendo también existir elementos accidentales que, si bien no forman parte de la propia configuración de la institución en sí, pueden aparecer en determinadas circunstancias para dotarle de forma a la vez que de base jurídica.

A: Elementos personales: legitimación activa y pasiva del desistimiento.

Las partes constituyen el elemento personal de toda relación jurídico-contractual, dando lugar en nuestro caso a la base personal del fenómeno extintivo.

Dos son las situaciones o posturas con las que se encuentra