

Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial (*)

1. INTRODUCCION

Aunque siempre consideré un honor el haberme sido confiada esta ponencia sobre «Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial», en más de una ocasión me he preguntado por qué acepté sin protesta o sugerencia modificadora y si no sobrepasa un tema tan amplio, desde todos los puntos de vista, unas (mis) posibilidades razonables de desarrollarlo dignamente. Porque a nadie se le ocultará que no es cosa fácil intentar aprehender esos cien años de jurisprudencia en una serie de consideraciones que puedan suscitar interés y alguna reflexión entre juristas, máxime cuando es evidente que muchas cosas se me pueden escapar: cuestiones que no aludiré y que algunos echarán en falta, problemas en que no he profundizado suficientemente, extremos interesantes y sentencias de cierta trascendencia en que quizá no he reparado.

Dejando de lado otras consideraciones, obsérvese enseguida que ese marco temporal, cien años, son muchos años, pues en ese tiempo han ocurrido demasiadas cosas en la sociedad española, tanto en su evolución socioeconómica y en sus concepciones éticas y sociales como en el plano de los valores jurídicos; que una visión jurisprudencial de (todos) los contratos en especial abarca demasiados contratos, cada uno de ellos con muchos problemas generales y concretos; que ese planteamiento es susceptible de diferentes perspectivas (estadística, sociológica, evolutiva, dogmática...), no excluyentes y sí necesitadas de un conjugado tratamiento; y que un estudio de la jurisprudencia requiere no ya una cita más o menos larga y oportuna de sentencias con distintas clasificaciones y ordenación, sino,

(*) Este trabajo fue —como puede deducirse de sus primeras líneas— la ponencia presentada por el autor al «Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y de la Protección de los Consumidores», celebrado en Zaragoza, 15-18 noviembre 1993, con ligeras modificaciones (notas y presentación formal).

sobre todo, una cuidada ponderación de los pronunciamientos jurisprudenciales en relación con las situaciones fácticas respectivas, referido todo ello a contratos aislados y sus problemas específicos, para poder sacar algún tipo de conclusión generalizable.

Enfrentado hace años el profesor Díez-PiCAZO a un problema semejante, pudo decir, tras sugerir la necesidad de la «depuración de la jurisprudencia», que «sería necesario tratar de buscar las líneas maestras de la evolución, sociológica y técnica, acotando para ello períodos de tiempo muy cualificados y, monográficamente, instituciones o temas» (1). Si llevamos esta oportuna reflexión a los parámetros temporales, objetivos y funcionales de mi ponencia comprenderán enseguida mi preocupación y trasladarán a quien eligió el tema y su alcance buena parte de la responsabilidad de lo limitado (incompleto y deficiente) de mi trabajo y conclusiones a que pueda llegar. Soy consciente de que el único mérito que pueda tener esta modesta ponencia es el de haber iniciado un camino, que necesitará de otros continuadores y otros itinerarios.

1.1. PANORAMA DE FONDO. HISTORIA Y REALIDAD

Los cien años de jurisprudencia que voy a revisar se corresponden, aproximadamente, con la edad de nuestro Código Civil. Por tanto esa es la legalidad vigente a lo largo de la evolución jurisprudencial que nos interesa. Sin embargo, las resoluciones judiciales (también las del Tribunal Supremo) no son precisamente la conclusión de un puro silogismo cuya premisa mayor es la norma aplicable. La jurisprudencia no es producto de un puro razonamiento formal y lineal, sino tributario del *hic et nunc* y de una serie de condicionamientos sociales, políticos, económicos e ideológicos que rodean en cada momento a la realidad litigiosa, al conflicto de intereses subyacente. A ese respecto, en los cien años de referencia han ocurrido muchas cosas —como ya anticipé—, algunas precisamente de las que más influyen en la evolución jurisprudencial que aquí interesa.

En el *orden político*, la vida de nuestro país durante los últimos cien años no ha sido demasiado tranquila, y avatares de ese signo han tenido notable trascendencia en la evolución de nuestra sociedad. Desde la monarquía liberal decimonónica y un sistema de partidos políticos poco anclados en la sociedad y turnantes en el Gobierno —en cuyo ambiente se gestó y nació el Código Civil—, que desembocó en una dictadura, hubo luego una República con enorme impacto ideológico, una guerra civil con graves conmociones sociales, otra dictadura y, con la nueva Monarquía, una Cons-

(1) *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I (Madrid, 1966), pág. 38.

titución que recogió nuevos principios jurídicos, expresión de nuevos valores éticos y sociales.

Ha habido, de otro lado, grandes cambios en la *realidad socioeconómica*, con un inevitable reflejo en la evolución jurídica —en la real, como es la jurisprudencia, más que en la formal o normativa, aunque también en ésta, con evidente influencia en aquélla—. Nuestro país ha pasado en esos cien años, con ritmos distintos según épocas, de una sociedad (eminente-mente) agraria a una sociedad y economía industrial y de servicios, y, paralelamente, de una sociedad rural a una sociedad urbana. Ello ha traído, entre otros, graves problemas de vivienda para la población desplazada (repercusión en los contratos de arrendamientos urbanos). Relacionado con la recesión económica de entreguerras, y tras la Guerra Civil, aparece la devaluación monetaria (discusión nominalismo/valorismo, cláusulas de estabilización...) y los precios tasados para ciertos bienes y servicios de trascendencia social —para el jurista, problema de validez de los contratos que los infrinjan—. La producción en masa de bienes y servicios ha dado lugar a nuevas formas de contratación y a nuevos contratos. La socialización de ciertos riesgos, aneja a nuevas formas de producción y de vida ha determinado la necesidad y proliferación de los seguros (obligatorios algunos). La incertidumbre de la vida moderna y sus riesgos han inducido a cubrirlos con el contrato de seguro también. La aparición de nuevas energías y su tráfico económico y jurídico, el capitalismo financiero, han dado lugar a nuevos contratos, no tipificados. Una nueva concepción de la relación laboral y de servicio por cuenta ajena ha desplazado del ámbito del Código Civil y de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo el contrato de trabajo.

Ha habido en ese tiempo, igualmente, notables *cambios jurídicos*, de signo dogmático unos, de tipo legal otros. Entre los primeros, la llegada a nuestro país de la dogmática alemana y construcciones foráneas sobre, por ejemplo, la teoría de la representación (con influencia en la jurisprudencia sobre mandato y su régimen funcional), el autocontrato (su posibilidad y límites), la caducidad (que ha afectado al ejercicio de no pocas acciones contractuales), la distinción clara entre nulidad radical y anulabilidad del contrato, la protección de la apariencia jurídica (con varias manifestaciones), las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada (que han quitado mucho terreno a la sociedad civil), nuevas formas de presentación del contrato (de adhesión, reglamentados...), etcétera. Como cambios normativos importantes cabe citar la regulación por leyes especiales de no pocos contratos, la evolución del Derecho de daños, el avance del Derecho mercantil y la progresiva injerencia del Estado en la contratación privada, amén de la aparición de la Constitución de 1978 (cfr. arts. 38 y 51) y ciertas reformas postconstitucionales que han repercutido en el régimen de algunos contratos.

Como consecuencia de todos esos cambios, el propio Derecho de obligaciones y contratos, sin duda la parte más dinámica del Derecho privado, ha evolucionado notablemente, aquí, igual que en otros países de nuestra área cultural y jurídica, donde se acusa parecido cambio (2). Es bien conocido que nuestro Código Civil, congruente con la doctrina economicoliberal y la mentalidad individualista bajo la que nació y que le caracteriza, hizo pivotar su construcción del contrato (en general, y de los contratos en especial) alrededor de la idea, que elevó a la categoría de principio, de la autonomía de la voluntad con tres importantes consecuencias, que se constituyeron en sendos pilares del Derecho de contratación: la libertad contractual, la fuerza obligatoria del contrato y su eficacia relativa (*inter partes*). Pues bien: los cambios económicos y sociales habidos durante el último siglo, antes aludidos, han socavado profundamente aquel principio capital de nuestro Derecho de contratos, que hoy sigue vigente (principios constitucionales) pero funciona limitada o matizadamente en varios aspectos, y de ahí que también se hayan visto alteradas las otras mencionadas consecuencias y pilares dichos: a) han aparecido numerosas restricciones a la libertad contractual (que doy por conocidas); b) la fuerza obligatoria del contrato encuentra notables limitaciones de vario signo; c) la eficacia relativa de los contratos tiene cada día más excepciones (unas de tipo legal, otras de origen jurisprudencial).

1.2. SISTEMÁTICA Y DISTINCIÓN DE CUESTIONES

Llegado a este punto, cuando voy a adentrarme en el objeto de esta ponencia, la dificultad mayor para mí es la de escoger las cuestiones que abordar aquí, entre las muchas posibles, en el estudio jurisprudencial que pretendo. La elección es comprometida, pero me parece inevitable, aun a riesgo de no acertar en el empeño o incluso dejar desaprovechada alguna buena opción.

He aquí las líneas fundamentales de lo que me propongo examinar:

Como cuestión previa, una duda y un problema metodológico: ¿cabe separar la evolución y el estudio jurisprudencial de los contratos en especial de la del contrato en general?

Creo ineludible hacer alguna alusión, siquiera sea breve y limitada, a la evolución cuantitativa y cualitativa de la jurisprudencia sobre contratos

(2) Puede verse sobre esta cuestión, en Francia, J. P. MESTRE, «L'évolution du contrat en Droit privé français», en *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats* (Journées René Savatier, Poitiers, 24-25 octobre 1985), París, 1986, págs. 41 y sigs. (pág. 42).

especiales: puede ser luminosa y orientadora sin necesidad de ser exhaustiva ni demasiado precisa en datos aportados.

Ante la práctica imposibilidad, en el contexto en que aquí nos movemos, de hacer un seguimiento particularizado de la evolución jurisprudencial de cada contrato —lo que sería, además, inoportuno y desaconsejado por casuístico—, me parece preferible tratar de inducir de esa jurisprudencia algunos datos y unas líneas directrices, a modo de principios o conclusiones, de valor más general. Lo intentaré al menos.

Me ocuparé luego de la incidencia que ha tenido la jurisprudencia sobre contratos especiales en la teoría general del contrato y de las obligaciones, donde podremos constatar cómo ha influido aquélla en la (re)construcción de ciertos conceptos y categorías generales relativas a las obligaciones y al contrato, *in genere*, y analizaré su alcance y algunos casos concretos.

Estudiaré, finalmente, en el marco de la evolución del Derecho de contratos y jurisprudencia correspondiente, algunos contratos especiales de clara estirpe pretoriana, por su origen o por la influencia que en su formación y régimen jurídico ha tenido la jurisprudencia, lo que me dará ocasión para contemplar la aparición de nuevas formas de presentación de contratos típicos y la formación de contratos atípicos a cuya consolidación ha contribuido de forma decisiva el Tribunal Supremo.

2. LOS CONTRATOS EN ESPECIAL Y LA TEORIA GENERAL DEL CONTRATO. PUNTO DE PARTIDA Y DE LLEGADA

Se me ha pedido un estudio jurisprudencial sobre contratos en especial, pero ¿cabe separar la evolución y el estudio jurisprudencial de los contratos en especial de la del contrato en general? Ante esa duda —problema metodológico también como he dejado apuntado—, pienso que si no inseparable, es muy difícil pretender hacer un estudio exclusivo de los primeros, autónomo y aislado de la teoría del contrato en general, si no se quiere caer en una visión poco más que estadística y muy ceñida a lo concreto, poco elevada y nada generalizable.

Un estudio serio y racional de la amplia jurisprudencia sobre contratos permite concluir enseguida que una buena parte de la teoría general de las obligaciones y del contrato se ha formado y (re)construido con ocasión de la jurisprudencia recaída sobre contratos concretos. Hay una continua reelaboración de las más importantes cuestiones relativas al *contrato* a través de las soluciones jurisprudenciales dictadas respecto de contratos en especial. Una buena parte de la doctrina y reflexión jurídica habida respecto de muchas categorías jurídicas generales del ámbito de las obligaciones y del contrato provienen casi siempre de la problemática concreta de compraven-

tas, arrendamientos, donaciones, fianzas...; no hay, ciertamente, solidaridad, obligación genérica o alternativa, nulidad parcial u obligación accesoria en abstracto, sino fiador solidario, venta de trigo, venta de vivienda de protección oficial a precio superior al tasado, la obligación de un fiador subordinada a los avatares jurídicos de la obligación principal, etc.

Al propio tiempo, paralelamente, si bien es cierto que bajo la égira del Código Civil —estos cien años de jurisprudencia— la situación es bien distinta a la del Derecho romano, en que sólo había contratos especiales (nominados) y no una teoría general del contrato o de las obligaciones, y fue precisamente partiendo del juego funcional de aquellos contratos y de sus problemas concretos en relación con específicos conflictos de intereses como fue construida una gran parte de la teoría general del contrato y de las obligaciones; durante este siglo de jurisprudencia muchos conceptos y categorías jurídicas sobre el contrato y las obligaciones, no obstante regulados en el Código Civil, han quedado rediseñados y mejor perfilados gracias a esa jurisprudencia recaída en relación con los contratos en especial. Se ha completado así, por este nuevo procedimiento inductivo, una labor (re)constructiva que, de forma tópica más que dogmática, ha terminado de definir figuras tan importantes como el negocio indirecto o el contrato mixto, la acción directa (que tanto debe al art. 1.597), el contrato a favor de tercero, las categorías de simulación/disimulación, la revisabilidad del contrato por modificación sobrevenida de las circunstancias, la relatividad de los efectos del contrato, la legitimación por sustitución, el contrato de fijación y un largo etcétera.

Para este trabajo y estudio no se puede prescindir del punto de partida: la situación de hace cien años. A este respecto puede observarse que la tipología contractual de nuestro Código Civil es el reflejo y expresión, desde el punto de vista socioeconómico, de la sociedad y la economía española del siglo XIX (más quizá la de mediados que de fines del mismo, por la influencia del proyecto de 1851 sobre el CC de 1889); y desde el punto de vista jurídico, del Derecho romano (por conducto de Partidas y Novísima Recopilación) y del *Code Napoleon*, que tanto influyó en el nuestro —en materia contractual mucho más que en Derecho de familia o de sucesiones—. El elenco y el régimen legal ciertos los contratos en el Código nació viejo, anacrónico; su tipificación, para otros, enseguida quedó anticuada, desbordada por una realidad económica y tráfico contractual en continuo cambio, sobre todo para algunos contratos (arrendamientos rústicos y urbanos, de obra y de servicios, por ejemplo). Esa nueva realidad negocial, las exigencias de la vida social y de los importantes cambios socioeconómicos habidos desde fines del siglo XIX exigían e impusieron cambios paralelos en el ámbito contractual, tanto en el tráfico mercantil diario como en el de los conflictos jurídicos derivados de contratos; en

consecuencia, también en el orden judicial y jurisprudencial (mucho menos en el plano legislativo: de ahí el envejecimiento de los tipos contractuales y su régimen jurídico).

Por lo que respecta a la evolución jurisprudencial, se ha producido en varios sentidos: desde la aparición de figuras especiales y nuevas formas de presentación de contratos típicos o contratos de esta clase con pactos atípicos, hasta la cada día más frecuente formación de contratos atípicos, de varias clases. Añádase a esa labor jurisprudencial la no menos importante de clarificación y consolidación del régimen de algunos contratos con deficiente regulación en el Código o en leyes especiales.

En el terreno introductorio en que todavía me encuentro, y sin perjuicio de ulteriores concreciones, quede constancia también de que ciertos contratos o formas especiales de su presentación van declinando paralelamente al incremento de otros o la aparición de aquellos nuevos; y respecto de algunos, la jurisprudencia, en paralelismo con la realidad vivida, ha dictado en la práctica su verdadera acta de defunción.

3. EVOLUCION CUANTITATIVA Y CUALITATIVA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS EN ESPECIAL

Un recorrido medianamente atento por la Colección Legislativa y los repertorios de jurisprudencia al uso demuestra, aun sin emplear depuradas técnicas estadísticas, que ha habido importantes cambios en la litigiosidad y en los tipos de asuntos que han llegado al Tribunal Supremo en estos últimos cien años: por tanto, también el de la jurisprudencia producida.

3.1. CAMBIOS CUANTITATIVOS POR ASUNTOS. ALGUNOS DATOS

De un examen cuantitativo y semiestadístico —me atrevo a llamarlo estadístico, por sujeto a error, en un difícil recuento manual de sentencias publicadas en la Colección Legislativa— (3) se puede constatar un progresivo aumento de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo

(3) He podido contar con recientes datos informáticos jurisprudenciales de Editorial Aranzadi, que me ha proporcionado generosamente y desde aquí agradezco de nuevo. Mas ellos se refieren a los últimos doce o catorce años, en que las cifras absolutas y relativas son mucho mayores y los criterios (informáticos) cualitativos y de calificación no son siempre idénticos a los manejados en mi recuento y examen personal, por lo que no me resulta fácil integrar aquellos datos de Editorial Aranzadi en el esquema general, referidos sustancialmente a la primera mitad del tiempo que abarca mi estudio.

relativas a contratos en relación con el total y en comparación con otros asuntos de la misma Sala que disminuyen paralela y proporcionalmente (por ejemplo, las pobrezaas, las cuestiones procesales y los asuntos de Derecho de sucesiones en general).

Intentaré dar algunos datos aproximativos a título de orientación —empleo estos términos porque no puedo garantizar la exactitud de mi cálculo, más por lo que afecta a los datos relativos que a los números absolutos de cada año.

En el año 1890 hay casi el doble número de asuntos sobre sucesiones (que he tomado como dato corporativo de Derecho material) que sobre compraventas: unos 40 de aquéllos, frente a unos 22 de éstas, incluida una venta de esclavos negros en Cuba (sobre 434 asuntos en total). El número de sentencias sobre asuntos sucesorios y compraventas se igualan en 1900, con unos 30 de cada clase si no he contado mal (de un total de 315 sentencias). En 1910 el número de sentencias sobre compraventa (unas 52) comienza a superar al de sucesiones (41), sobre un total de 413. En 1920 aumenta esa diferencia, con unas 55 sentencias sobre compraventa frente a unas 30 sobre sucesiones, acentuándose la diferencia en el mismo sentido en años posteriores. Así, en 1930, de unos 820 asuntos en total (de los que una gran parte son cuestiones de competencia), las compraventas duplican holgadamente a los asuntos sucesorios (unas 85 de aquéllas frente a 36 ó 38 de éstos) y han aumentado los arrendamientos de cosas (más rústicos que urbanos), los de obra y servicios y los asuntos relativos a mandato y préstamo. En cambio, descienden espectacularmente todos los asuntos en 1940 (secuela de la guerra civil), lo que distorsiona toda comparación —por ejemplo, los asuntos sucesorios igualan ahora a los relativos a compraventa y a los arrendamientos *grosso modo*— (3 bis).

Dentro de los contratos, además de la progresión, en cifras absolutas y porcentual (ésta a ritmo menor), de las sentencias sobre compraventas (algunas, cada vez más, mercantiles), se constata un espectacular aumento de los pleitos sobre arrendamientos urbanos (al principio casi todos sobre desahucio) a partir de los años 40 y 50. En términos semejantes, y antes, los arrendamientos rústicos, que pasan pronto a la Sala de lo Social. En cambio, hasta 1930 aproximadamente, el número y proporción de unos y

(3 bis) Por conducto del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo —al que también quedo reconocido— he obtenido algunos datos de los últimos años. Quiero destacar el de la proporción de asuntos relativos a contratos respecto del total de recursos de casación que han llegado a la Sala 1.^a del Tribunal Supremo: en 1990, de un total de 3.126 de estos últimos, un 29,20 por 100 se referían a contratos; en 1991, de 3.280, un 24,90 por 100 están relacionados con contratos, y en 1992, de un total de 3.164, un 23,90 por 100 eran sobre contratos. Otros datos son más imprecisos y de difícil integración en este trabajo y su planteamiento.

otros era bajo, menor incluso algunos años que los casos sobre arrendamiento de obra (que crecen también de forma espectacular a partir de 1960).

Declinan, en cambio, los asuntos sobre precario (todos relativos a desahucio) hasta desaparecer prácticamente en la Sala Primera del Tribunal Supremo en las últimas décadas los arrendamientos de servicios al pasar a la jurisdicción laboral (salvo en los últimos años, en que han vuelto a incrementarse, pero ahora algunos específicos, los servicios de profesiones liberales, como médicos, arquitectos, abogados) y las permutas y préstamos (relativamente numerosos por usura hasta 1920, en que bajan). También disminuye el número de sentencias sobre contrato de sociedad (alto hasta 1900), con espectacular incremento y desplazamiento al ámbito mercantil luego, a partir de la eclosión de las sociedades capitalistas en los años 50.

No aprecio gran variación en el número absoluto y porcentaje (salvo por los desplazamientos relativos que arrastra el incremento de otros) respecto de los contratos de mandato, depósito (siempre bajo), seguro (frecuente a principio de siglo el de y por incendio), fianza (que sube y se diversifica en las dos últimas décadas); y relativamente bajo siempre el número absoluto y relativo de sentencias sobre donaciones, salvo en los últimos decenios (por culpa, creo, de las disimuladas, indirectas y otras anómalas). No me atrevo por ahora a mayores concreciones.

Un estudio estadístico de todas estas cuestiones, interesante y necesario, amén de útil, requerirá mucho más tiempo y quizá otra metodología (estadística y sociológica), de todo lo cual no dispongo yo ahora ni es propósito de esta ponencia.

3.2. EVOLUCIÓN CUALITATIVA DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS

Quizá tanto o más interesante que la evolución cuantitativa (para el mero jurista, sin veleidades sociológicas o de otra clase, por más que sugestivas) ha sido el cambio cualitativo, de diferente etiología y con incidencia en varios sentidos.

Nótase, en primer lugar, cierta reducción del ámbito de los contratos civiles por desplazamiento de algunos a otras áreas jurídicas. El caso más notorio es el del contrato de arrendamiento de servicios, que en los años 20 y 30 se convierte en su mayor parte en el contrato de trabajo, con legislación y jurisdicción separadas, quedando prácticamente reducido aquel contrato, en la jurisprudencia que aquí interesa, al de servicios de profesiones liberales.

Aparece luego una cada día mayor mercantilización de los contratos (la «comercialización del Derecho civil» de que hablara GARRIGUES) por la penetración de la Economía y la gran empresa mercantil en el ámbito

negocial, con gran poder absorbente de ese Derecho y número creciente de los contratos mercantiles (transporte, seguros, depósito irregular, préstamo y otros contratos bancarios, depósito en establecimientos mercantiles, sociedades anónimas...). Leyes especiales que regulan ciertos contratos son ya mercantiles, como las de seguros, de propiedad industrial, de operaciones bursátiles, en buena medida la de venta de bienes muebles a plazos, y otras. Gran parte de la contratación en masa, de notoria importancia numérica y económica, es también mercantil en su gestación, vida y problemática jurídica (discusiones teóricas aparte). Las fronteras entre el contrato civil y el mercantil (en compraventa, mandato, depósito y otros contratos) son cada día más sutiles y oscilantes, como muestra la jurisprudencia. Todo ello obliga a pensar de nuevo y seriamente en la *vexata quaestio* de la unificación del Derecho de contratos (no prejuzgo el sentido ni el alcance).

Un fenómeno semejante se produce en relación con la Administración y el Derecho administrativo. El ámbito de los contratos ha sido, quizá, el que más ha acusado la conocida injerencia de la Administración Pública en el Derecho privado por mor de la defensa de los intereses sociales y públicos. Recordaré sólo la imposición de precios tasados a ciertos bienes y servicios, la prórroga legal de algunos contratos (arrendamientos rústicos o urbanos sobre todo), la gestión pública de determinados contratos, la gestión de servicios generales por empresas en régimen de exclusiva (transporte, gas, electricidad, teléfono, etc.), la defensa de la moneda nacional, la regulación imperativa de la relación laboral, la protección de consumidores y usuarios, la regulación administrativa de las condiciones generales de contratos sobre ciertos servicios (agua, gas, electricidad, seguros y demás).

Todo ello ha dado lugar a la aparición de nuevos contratos y nuevas formas contractuales (contratos forzosos, prohibidos, reglamentados, normativos...) y ha tenido, entre otras consecuencias, una especial repercusión y desplazamiento al ámbito judicial (y a la jurisprudencia por tanto) de aquella injerencia iuspublicista y preocupación social y de equidad, y en la búsqueda de soluciones *ad hoc*: como, por ejemplo, en el establecimiento del equilibrio entre las prestaciones contractuales, vulneradas por la excesiva onerosidad sobrevenida (problemas de la devaluación monetaria, entre otros), que determinó la intervención judicial correctora en la fase de ejecución del contrato (numerosas sentencias sobre aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*), pero también una importante jurisprudencia en materia de arrendamientos rústicos y urbanos, o sobre ventas a precio superior al legal (con problemas sobre la validez o no, total o parcial, del contrato), o de protección de consumidores frente al poder de grandes empresas de producción en masa y de servicios —lo que ha hecho que estas últimas cuestiones han desplazado en los tribunales (y cada vez más ante el Supremo) a los viejos problemas sobre vicios y defectos ocultos en la compra-

venta—, etc. Todo eso no ya en términos generales y abstractos, sino en concretos contratos de préstamo, de renta vitalicia, compraventa, arrendamiento de fincas o de obra, etc.

Por otra parte, la Administración Pública se ha convertido en el más importante consumidor de bienes y servicios, parte contractual muy relevante en el orden económico, cuantitativo y cualitativo. Ha regulado con normas propias muchos de los contratos que celebra, cuyo conocimiento judicial ha llevado a una jurisdicción especial (contencioso-administrativa). La Ley reguladora de esta jurisdicción (de 27 octubre 1956) determinó los contratos cuyo conocimiento quedaba sometido a la misma (los celebrados por la Administración Pública, que tuvieron por objeto obras y servicios públicos de toda especie: art. 3.º). Esto ha dado lugar a una interesante jurisprudencia sobre calificación de esos contratos (Ss. Sala 1.ª de 3 enero 1962, 15 octubre 1963, 26 mayo 1964 y 16 diciembre 1970; muchas más de las Salas 3.ª y 4.ª TS) y a un desplazamiento (otra vez) de muchos de ellos fuera del ámbito civil y de la Sala 1.ª —por ejemplo, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del TS las pretensiones indemnizatorias derivadas de contratos médicos y asistencia sanitaria o de contratos de obra concertados por la Administración—, lo que confirma la reducción (cualitativa) de la jurisprudencia civil de contratos que anticipé.

4. ORIENTACIONES GENERALES DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS

No es fácil definir en trazos generales cuáles han sido las orientaciones fundamentales de la jurisprudencia recaída sobre contratos en general durante los últimos cien años. En otro términos, es difícil encontrar e inducir unas líneas directrices medianamente rectas que permitan presentar a grandes rasgos cuál ha sido la evolución jurisprudencial de esta parte de nuestro Derecho civil. Varias razones abonan esa conclusión.

En primer lugar, por la propia complejidad del Derecho de contratos, que atiende a áreas muy diferenciadas de la actividad humana (intercambio de cosas y servicios cada día más diversificados) y del mundo de relación de las personas. Esa misma complejidad ha impedido que la línea evolutiva sea tan coherente y bien definida como la que puede observarse en otras ramas del Derecho patrimonial (por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual). Luego, el tiempo que abarca nuestro estudio —en el que tienen cabida cambios de todo género, socioeconómicos y jurídicos, en diversos sentidos, a veces recurrentes— impide hacer afirmaciones genéricas y grandes precisiones, y propicia las excepciones e imprevisibles giros,

algunos coyunturales ciertamente, dificultando el llegar a conclusiones generales sin riesgo de que algunas sean contradictorias.

Nuestro Tribunal Supremo, de otra parte, ha mostrado casi siempre (en general, y en lo relativo a contratos también) cierta despreocupación dogmática y técnico-jurídica en la fundamentación de sus decisiones, y más ocupado muchas veces por el *iustum* concreto y pendiente de las circunstancias del caso que fiel a principios teóricos o a su propia doctrina, se ha apartado (la Sala 1.^a, de cuya labor me ocupo aquí) de los precedentes que había creado, resultando así unas veces incongruente y otras autor de una verdadera jurisprudencia oscilante, de la que no es posible afirmar cuál sea la posición predominante y/o definitiva.

Yo he encontrado algunas de aquellas orientaciones generales a que aludía. Pueden inducirse, quizá, otras de esa jurisprudencia y siempre habrá quien eche de menos alguna. He aquí las que me parecen más relevantes.

4.1. DESPREOCUPACIÓN DOGMÁTICA

Las últimas consideraciones apuntadas pueden constituir ya una primera «orientación general» de la jurisprudencia que estudio. Sana en principio la aludida despreocupación dogmática, en tanto que libera a los tribunales de rigidez y de sumisión a elaboraciones teóricas (cambiantes y efímera muchas veces): el exceso conduce al casuismo desordenado y a cierta incoherencia y contradicciones apuntadas. Ello no significa que el nivel técnico de la jurisprudencia que me ocupa sea bajo y criticable en términos generales —salvo, quizá, en las primeras décadas del siglo de jurisprudencia examinado en que fue ciertamente así—. Hay que admitir, sin embargo, que nuestro Tribunal Supremo ha sido en ocasiones demasiado conservador de viejas doctrinas, remiso a la innovación y *aggiornamento* dogmático, ha adolecido de poca técnica jurídica en ciertas cuestiones y en más de una ha ido a remolque de la doctrina y anticipación de la Dirección General de los Registros (autocontrato, venta de cosa ajena..., por citar algunos ejemplos en el solo ámbito contractual). Hay, evidentemente, excepciones, tanto por lo que se refiere a épocas como a materias concretas y a resoluciones de nuestro más Alto Tribunal; pero creo que son, en efecto, excepciones.

Pienso que la despreocupación dogmática a que aludo se debe a dos razones:

a) Por un lado, el predominio en esta jurisprudencia —de forma significada en la de contratos **precisamente**— de una línea eminentemente pragmática, realista, en el sentido de considerar los contratos como son en la vida real y en la previsión de sus protagonistas, con los intereses indi-

viduales que ordenan; trata así el Tribunal Supremo de resolver los conflictos de intereses que llegan a su conocimiento en función del que en cada caso se estima más valioso y necesitado de protección, más atento a la justicia del caso concreto que a principios generales y construcciones teóricas.

b) Por otra parte, y opuestamente, hay una cierta (a veces muy ostensible) preocupación moral de esa jurisprudencia, a la que se sacrifica también teorías y razonamientos técnicos y abstractos. Son muestra de ese moralismo, entre otros, la construcción de un cuerpo pretoriano de reglas de equidad (así, la exigencia de la lealtad contractual, la consagración de la buena fe como principio fundamental de la contratación, la prohibición del enriquecimiento sin causa), el reforzamiento de la responsabilidad contractual y de las garantías frente a vicios en ciertas prestaciones contractuales y en el manejo de algunos instrumentos de control de los efectos del contrato (en su interpretación, en la noción de causa, en el juego de las causas de ineficacia contractual, etc.).

Por lo que respecta a la jurisprudencia oscilante y contradictoria antes aludida, he aquí algunos ejemplos (no más que eso):

a) En cuanto a la *obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, las Sentencias de 26 junio 1928 y 8 marzo 1929 entendieron que por este contrato se obliga el vendedor a transmitir el dominio de una cosa (4); en la de 10 febrero 1936 (ponencia CASTÁN) se sostiene, en cambio, lo contrario argumentando *ex* artículos 1.461 y 1.474 Código Civil; con posterioridad la Sentencia de 27 mayo 1959 (citando ahora los arts. 1.445, 1.461, 1.462 y 348 CC) se decanta por la primera solución.

b) La *promesa de venta*, del artículo 1.451 del Código Civil, fue considerada por la Sentencia de 11 noviembre 1943 como un contrato preparatorio o precontrato que tiene por objeto la futura celebración de un contrato de compraventa y no es susceptible de cumplimiento forzoso (ideas parecidas, aunque para casos distintos, en las Ss. de 24 noviembre 1927 y 9 julio 1940). En cambio, para la Sentencia de 1 julio 1950 —de la que la de 26 febrero 1965 dice que «inicia una dirección contraria» a la anterior—, la promesa de venta es un contrato perfecto, cuyo cumplimiento no requiere la prestación de un nuevo consentimiento contractual (en el mismo sentido, las Ss. de 21 diciembre 1951, 2 mayo 1959, 21 febrero y 11 noviembre 1969, entre muchas más). Y aún hay una posición jurisprudencial intermedia, realista, que sin prejuzgar la promesa de venta (en general,

(4) En la primera de esas sentencias tal solución pudiera estar influida por las circunstancias fácticas del caso: el vendedor afirmó ser dueño y poseedor, por lo que unido a los términos del contrato pudo entenderse pactada la obligación de transmitir el dominio.

del precontrato) opta por remitir a una concreta interpretación de la voluntad de las partes para poder concluir en cada caso qué es lo que han querido establecer éstas, si un contrato definitivo que dejan sólo iniciado, pero ya comprometida su voluntad inderogable, o una promesa de contrato cuya efectividad futura no es segura y puede quedar incumplida, con la indemnización correspondiente (Ss. de 28 febrero 1978, 25 enero y 30 diciembre 1980, 26 enero 1982 y 26 octubre 1984, entre otras).

c) *Contratos celebrados con precio superior al legal*: Considerados nulos o ineficaces con devolución de las recíprocas prestaciones en unas ocasiones (Ss. de 17 abril 1947 y 17 mayo 1949) o declarada su nulidad absoluta con irrepetibilidad de lo entregado por cada parte (Ss. de 12 abril 1956, 27 octubre 1956, 9 enero 1958, 21 junio 1963), las Sentencias de 28 abril 1971 y 20 marzo 1972, en cambio, declararon válido el contrato con precio ilegal, ciñendo a lo puramente administrativo los efectos de la exigencia y percepción de precio superior al permitido; fueron luego considerados con nulidad parcial por invalidez del pacto abusivo y reducción del precio a la tasa legal (Ss. de 26 febrero 1983, 3 diciembre 1984, 20 mayo y 20 junio 1985...) (5). Finalmente (?), las recientes Sentencias de 3 septiembre y 14 octubre 1992 han declarado la validez de la compraventa con precio superior al legal («en la totalidad de las estipulaciones que contiene», dice la segunda de ellas), argumentando que sustituir el precio pactado por el legal supondría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes (6).

d) *La donación obligacional*: Prácticamente rechazada por la Sentencia de 6 junio 1908, parecen admitirla las Sentencias de 7 diciembre 1948 y 13 noviembre 1962; la de 6 abril 1979 consideró válida una donación mediante promesa (remuneratoria), basándose en que se había aceptado la donación en forma escrita; también la admiten las Sentencias de 11 mayo 1964 y 14 mayo 1985. En cambio, la Sentencia de 22 junio 1982, reiterando la doctrina de la de 6 junio 1908, niega efectos a la donación promisorio.

e) *Extinción de la fianza por prórroga concedida al deudor por el acreedor* (art. 1.851): Se decantan por la no liberalización del fiador, en casos diferentes y con argumentos varios, las Sentencias de 2 junio 1909, 2 julio 1917, 24 junio 1940, 5 febrero y 3 noviembre 1955, 7 diciembre 1968, 7 abril y 23 mayo 1977. Las Sentencias de 23 febrero 1963, 31 enero 1980, 6 y 11 noviembre 1981 y 1 marzo 1983 se inclinaron por la liberación

(5) Cfr. GORDILLO CAÑAS, «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», *ADC*, 1975, págs. 126 y sigs., donde ha estudiado con detenimiento esa jurisprudencia.

(6) Sentencias duramente criticadas, en cuanto a su argumentación general y línea jurisprudencial que parecen instaurar, por GORDILLO CAÑAS, en su comentario en *ADC*, abril-junio 1993, págs. 893 y sigs.

del fiador o avalista cambiario. En cambio, la Sentencia de 23 marzo 1985, aunque *obiter*, parece volver a la vieja doctrina (véanse también las de 8 mayo y 31 octubre 1984).

f) Exoneración de rendición de cuentas en el mandato: La antigua jurisprudencia se inclinó por la validez del pacto de tal exoneración (Ss. de 31 mayo 1901 y 29 noviembre 1915); la Sentencia de 28 octubre 1969 ha considerado también renunciable el derecho a pedir cuentas cuando la renuncia no sea contraria a la moral. Sin embargo, la de 5 abril 1956 terminó considerando ineficaz la cláusula exoneratoria, acogiendo la tesis del Tribunal de instancia, que la consideró «contraria a la esencia del mandato».

g) Cláusulas de estabilización en los contratos de arrendamientos urbanos: Declaradas nulas con anterioridad a la reforma de la LAU 1955 por una interpretación demasiado estricta de las normas que impedían el aumento de las rentas, fueron consideradas válidas después; aun así, el TS las consideró inválidas si en ellas se preveía exclusivamente el aumento de la renta y no su disminución (Ss. de 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 11 octubre 1968, 7 julio 1972..., hasta 1985). Sólo a partir de la Sentencia de 21 octubre 1985, seguida de las de 9 abril y 14 mayo 1987 y 22 enero 1988, entre otras, estimó válidas esas cláusulas, debiendo entenderse que comprenden también las modificaciones a la baja. En cuanto a las cláusulas de elevación de renta, la jurisprudencia es más confusa y contradictoria, reconociendo unas sentencias las de aumento de renta, si quiera sea limitado o condicionado (Ss. de 18 febrero 1971, 30 octubre 1964, 11 octubre 1960, 20 diciembre 1972), mientras otras las rechazan (Ss. de 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 9 febrero 1967, 21 diciembre 1970, 24 junio 1971, etc.).

h) Recuérdese, finalmente, cómo durante mucho tiempo nuestro Tribunal Supremo habló de la nulidad de la venta de cosa ajena por falta de elemento real del contrato, la cosa (Ss. de 11 abril 1912, 26 junio 1924 y 19 diciembre 1946, 23 junio 1951, 25 febrero 1972, 11 abril 1992, entre otras, no obstante haber declarado válida dicha venta la DGRN en RR de 6 diciembre 1898 y 2 septiembre 1902); las Sentencias de 20 noviembre 1925 y 8 marzo 1929 optaron por la anulabilidad por error (del comprador); en el mismo sentido, las Sentencias de 15 octubre 1973, 4 enero 1989 y 6 julio 1992; en cambio, la Sentencia de 26 octubre 1981 basó la nulidad de una venta de terrenos de que no era propietaria la vendedora en el dolo. Con anterioridad, la Sentencia de 31 enero 1921 había dicho que no afecta a la validez de la promesa de venta que la cosa no sea propia de quien se obligó a venderla; y sólo a partir de las Sentencias de 1 marzo 1954, 25 mayo 1957 y 5 julio 1958 parece consolidada la validez de esa venta, ratificada luego por muchas otras (3 julio y 31 diciembre 1981, 12 abril y 27 mayo 1982,

5 mayo 1983, 13 octubre 1984, 26 noviembre 1986, 14 octubre 1991, 16 noviembre 1992...) (7).

Casos semejantes a los anteriores se da en el *contrato de opción*, la *donación mortis causa* (a que me referiré más adelante) y otros.

4.2. MENOR PERMEABILIDAD Y UNA MÁS LENTA REACCIÓN AL CAMBIO SOCIAL QUE EN OTRAS PARCELAS DEL DERECHO PRIVADO

En algunas materias especialmente sensibles a ese cambio (las que comportan una fuerte carga social y problema de esta clase), la jurisprudencia ha ido casi siempre detrás del legislador (salvo pocas excepciones), sobre todo en los primeros cincuenta años de los que he estudiado. Así ocurrió en materia de arrendamientos rústicos, donde ya en los años 20 se promulgaron varios Decretos-leyes sobre esos arrendamientos, y en tiempos de la República otras disposiciones y la Ley de 1935. Dígase lo mismo para los arrendamientos urbanos (Decreto Bugallal, de 1920, y demás). Sin embargo, apenas puede encontrarse alguna sentencia del Tribunal Supremo (yo no la he encontrado) antes de esos años en que aparezca una preocupación y decidida protección del arrendatario-cultivador (cuya situación jurídica era muy insegura), o del arrendatario de vivienda, siquiera fuera forzando la interpretación de ciertas normas, como ha hecho en otras ocasiones, semejante a la que poco a poco le van dispensando esas leyes.

Puede decirse lo mismo del contrato de arrendamiento de servicios o de trabajo, hasta que aparecen las primeras normas que lo disciplinan y protegen al obrero; y de los seguros sociales y de carácter mutual, ámbito donde la jurisprudencia se despega tardíamente de los esquemas normativos del Código de 1889.

Por otro lado, cuando el Tribunal Supremo empieza a enfrentarse a problemas nuevos surgidos de los cambios socioeconómicos, reacciona con frecuencia tarde y no siempre bien: suele hacerlo, al principio al menos, en forma conservadora, restrictiva y decepcionante, y sólo más tarde cambia de posición y adopta criterios más abiertos. Sirva de ejemplo la primera jurisprudencia sobre cláusulas de estabilización en los arrendamientos (8), ventas a precio superior al tasado (a que me refiero poco ha), protección de consumidores y usuarios...

(7) Sin embargo, a pesar de estimar válida la venta de cosa ajena, consideran esta ajenidad al tiempo de la entrega de la cosa como causa de resolución del contrato las Sentencias de 26 marzo 1984 y 17 noviembre 1992 (cfr. también las de 31 diciembre 1981, 5 mayo 1983 y 31 octubre 1990).

(8) Negó validez el Tribunal Supremo a esas cláusulas de estabilización en los arrendamientos (por contrarias a la prohibición de aumento de la renta) antes de la LAU

4.3. Sin embargo, y no obstante lo apuntado, el Tribunal Supremo, en la segunda mitad de este siglo, muestra una *creciente sensibilidad hacia la protección de la parte más débil en la contratación privada* y por garantizar en lo posible la libertad (auténtica) de los contratantes —aquella que el legislador de 1889 daba por supuesta y que la realidad económica del capitalismo y de las grandes empresas de servicios hicieron luego más ficticia y teórica que real— y, a veces, *la justicia de su vinculación contractual* (según las exigencias de la buena fe).

Una muestra de esa sensibilidad y preocupación es el conflicto libertad contractual-*ius cogens* que se presenta en la jurisprudencia en relación con materias y contratos con fuerte componente social, y que si en el primer aspecto (libertad) ha permitido una importante evolución contractual y la consolidación de multitud de contratos nuevos, por otro lado (Derecho imperativo) es la expresión de la preocupación por la justicia de una vinculación contractual nacida en circunstancias supuestas y del desarrollo ulterior de la correspondiente relación contractual, donde una de las partes se halla en posición dominante frente a la otra.

Ante esta situación, cada vez más frecuente, y con aquella finalidad protectora, el Tribunal Supremo apela a varios procedimientos y mecanismos jurídicos; así:

a) El manejo creciente y sutil de la *interpretatio contra proferentem* (9) y toda una rica jurisprudencia sobre la interpretación de los contratos de adhesión. En efecto, desde la temprana Sentencia de 15 enero 1909 (relativa a la oposición entre una cláusula general impresa en una póliza de seguro respecto de otras manuscritas), la preocupación del Tribunal Supremo en esta materia y las soluciones se han canalizado en muchos casos con la aplicación del artículo 1.288 del Código Civil a los contratos de adhesión: confróntense Sentencias de 13 diciembre 1934 (en que se hizo la interpretación más favorable al asegurado en otro contrato de seguro), 27 febrero 1942 (en caso y términos parecidos), 27 marzo 1945, 4 julio 1953, 18 mayo 1954, 28 marzo 1956, 12 marzo y 17 octubre 1957, 14 abril 1959, 19 noviembre 1966 (sobre seguro en una venta a plazos con cláusula general y especial contradictorias, en que el Tribunal Supre-

de 1956, que liberalizó la estipulación de la renta, y a partir de ese año, y sobre todo con la LAU de 1964. Lo mismo puede decirse de su acceso al Registro de la Propiedad, donde el Tribunal Supremo sólo les abre la puerta con la modificación del artículo 219 del Reglamento Hipotecario en 1959.

(9) El Tribunal Supremo ha cuidado de señalar, respecto de esa interpretación, los requisitos para la aplicación del artículo 1.288 del Código Civil: que las cláusulas del contrato hayan sido redactadas unilateralmente por una de las partes y que en ellas haya una oscuridad que favorezca claramente a esa misma parte: Sentencias de 18 mayo 1954, 4 noviembre 1973 y 13 diciembre 1986, entre muchas.

mo dice que habrá de decidirse «a favor de la cláusula que mejor defina la posición jurídica de las partes y el alcance de los pactos», y que «ha de reprobarse el subterfugio de emplear para destruir lo pactado en una cláusula otra que la derogue», 2 noviembre 1976, 20 mayo 1983, 25 febrero 1984, 7 octubre 1985, 24 abril 1986... (sobre contrato de seguro también estas cuatro últimas).

b) La apelación a la buena fe y a la eficacia y vinculación contractual más allá de la mera letra del contrato (valor integrador del art. 1.258 CC), que ha permitido al Tribunal Supremo justificar el que una de las partes negociales haya quedado obligada y deba cumplir en los términos de promoción y publicidad que había hecho de la cosa vendida, y que le fueran exigibles ciertas prestaciones funcionales de la misma no recogidas en el contrato, pero acordes con aquella publicidad: así, en la Sentencia de 27 enero 1977 (relativa a venta de un piso en propiedad horizontal); en términos semejantes, la Sentencia de 14 junio 1976 (venta de una máquina cuyo rendimiento no se acomodaba a la propaganda gráfica, «que cumple la función de una oferta», dice). La Sentencia de 7 noviembre 1988 afirma, en el mismo sentido, que «la publicidad sobre un objeto aún no existente forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios, y origina responsabilidad en el oferente...» (10).

c) Por otra parte, la abundante jurisprudencia sobre condiciones generales de la contratación. Bastante antes de su regulación por la LCU de 1984 (19 julio) y de que esta cuestión fuera objeto de especial atención por parte de la doctrina, el Tribunal Supremo asumió la facultad de vigilar y controlar la validez de las cláusulas contenidas en las condiciones generales de los contratos declarando nula su ineficacia —recuérdese que a partir de la S. de 8 julio 1940 el TS ha sostenido la posibilidad de impugnar en casación la interpretación del contrato del Tribunal de instancia—. La Sentencia de 12 marzo 1957 afirmó que en los contratos de adhesión el Juez tiene un poder excepcional de interpretación y de revisión para modificar el contrato en la parte injusta; luego han declarado la nulidad de cláusulas de exoneración de responsabilidad las Sentencias de 4 julio 1953 (contrato de transporte), 28 marzo 1956 (contrato de seguro) y 23 diciembre 1954; las de 3 febrero 1927, 16 enero 1928 y 11 junio 1943 declararon la ineficacia de cláusulas que exoneraban a bancos de la responsabilidad por pagar cheques indebidamente, y las de 2 julio 1915, 18 marzo 1919 y

(10) Sin embargo, no prosperó la acción resolutoria ejercitada en el caso a que se refiere esa sentencia por no haberse acreditado el incumplimiento contractual del constructor-vendedor.

16 enero 1929, sobre cláusulas de exoneración en casos de entrega indebida de lo recibido en depósito (11).

d) Paralelamente, aparece una especie de «debate» entre sentencias de nuestro más Alto Tribunal (de nuevo, jurisprudencia contradictoria) acerca del carácter imperativo, o no, de ciertas normas que se van dictando sobre las nuevas formas de contratación o de ciertos bienes y servicios: por ejemplo, respecto de la ley de venta de bienes muebles a plazos. Así, han considerado que es de aplicación imperativa la Ley de 17 de julio 1965 de venta de bienes muebles a plazos las Sentencias de 10 febrero 1975, 28 marzo 1978, 10 abril 1981 y 18 noviembre 1983. Se han decantado por su carácter dispositivo las Sentencias de 14 mayo 1975 (que entendió que el contrato no estaba sometido a la LVP por no cumplir sus exigencias, con lo que resultaría que las partes pueden eludir su aplicación incumpliendo los requisitos fijados por dicha Ley) y la de 19 septiembre 1986 (ésta de forma más explícita y clara); con menos nitidez, las Sentencias de 17 junio 1970 y 29 diciembre 1974 (12).

4.4. *Protección del acreedor de la prestación prometida y aprovechamiento* por el Tribunal Supremo de oportunidades y búsqueda de mecanismos jurídicos que garanticen el cumplimiento del contrato. Hay con todo ello, en esa jurisprudencia, un desplazamiento de los problemas teóricos a lo pragmático (realismo *ver sus* formalismo ahora), una especie de subordinación del fin formal de las relaciones jurídicas derivadas del contrato al fin real y concreto buscado por los contratantes, que es el de la satisfacción de sus intereses respectivos y obtención de las recíprocas prestaciones comprometidas (cfr. Ss. de 27 febrero 1950 sobre los limitados esquemas formales y típicos que ofrece la Ley y el juego de la autonomía de la voluntad y del art. 1.255 CC, y la de 2 abril 1968 sobre contratos atípicos). Esa perspectiva ha llevado a nuestra jurisprudencia, en evolución paralela a la doctrina, a un deslizamiento desde una concepción genética del contrato a una visión y valoración funcional del mismo, conjugada con la consideración de justicia y equidad del caso concreto que antes mencioné en otro contexto.

Son exponentes de esa orientación jurisprudencial, entre otros:

a) La dotación de medios para que cada parte negocial no vea frustrado el fin esencial y práctico del contrato, por ejemplo, concediendo acción

(11) En el mismo sentido y con idéntica finalidad protectora muchas de las sentencias citadas en el apartado a) precedente referidas a contratos de adhesión (que contienen con frecuencia estas condiciones generales).

(12) Sobre esta cuestión véase R. BERCOVITZ, *Comentario a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Madrid, 1977, págs. 114 y sigs., y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1988, págs. 23 y sigs.

al subadquirente contra el vendedor o constructor originario en caso de incumplimiento de contrato o ruina del edificio (cfr. Ss. de 5 mayo 1961, 11 y 28 octubre 1974, 1 abril 1977, 3 octubre 1979, 25 febrero 1985, 22 abril y 17 mayo 1988) y aun contra el subcontratista (véanse Ss. de 23 noviembre 1985 y 22 marzo 1986, más clara y mejor razonada esta última; cfr. también S. de 29 septiembre 1987), o cuando acentúa la responsabilidad del contratante por irregularidades de sus auxiliares en el cumplimiento contractual (Ss. de 30 abril 1959, 3 octubre 1967, 9 febrero 1976, 17 mayo 1977, 10 mayo 1984 y muchas más), habiendo llegado a hablar en la Sentencia de 22 junio 1989 de un principio de responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones del primero que se puede inducir de normas particulares en defecto de una regla general (13).

b) El reforzamiento de los mecanismos para dejar a salvo el interés del contratante cumplidor frente al incumplidor (jurisprudencia sobre el pacto de reserva de dominio, la condición resolutoria, las fianzas atípicas, la interpretación del art. 1.591 CC, etc.).

c) La reparación *in natura* de la obra defectuosa (contrato de obra) que la jurisprudencia propicia al conceder acción al comitente para exigirla: Sentencias de 19 febrero y 20 noviembre 1959, 30 octubre 1980, 10 mayo 1983, 27 octubre 1987 y 22 febrero 1988 (las dos últimas estiman no incompatible la pretensión de reparación *in natura* con el resultado de una indemnización sustitutoria en caso de dificultad o imposibilidad de aquélla), 9 febrero 1990, 26 mayo y 2 octubre 1992 (14); véase también la Sentencia de 15 marzo 1979.

d) La interpretación jurisprudencial del artículo 1.484 del Código Civil (defectos de la cosa vendida que la hacen impropia para el uso a que se la destina) en el sentido de equiparar ciertos defectos a prestación diversa (*aliud pro alio*), con la posibilidad de aplicación de los artículos 1.101 y 1.124, lo que protege mejor al comprador a quien la cosa comprada resulta inhábil para la finalidad prevista, incluso en el plazo para el ejercicio de la acción: cfr. Sentencias de 12 marzo 1982, 20 febrero 1984, 6 marzo 1985, 6 abril 1989, 7 abril 1993 (relativa a máquina de segunda mano que no llega a funcionar) y 7 mayo 1993 (máquina inhábil para su destino). Parece evidente que no es ajeno a esa dirección jurisprudencial lo excesivamente limitado del plazo para el ejercicio de la acción ex artículo 1.490, considerado además de caducidad, lo que debilita la posición del comprador.

(13) Véase comentario a esa sentencia de GORDILLO CAÑAS en CCJC, núm. 20, págs. 589 y sigs. Hago más amplia referencia a esta sentencia en el apartado 5A.e).

(14) La Sentencia de 10 mayo 1986 contempla la posibilidad de que el rescaramiento en forma específica se concrete en la entrega de un edificio de caracteres análogos al ruinoso sin que el responsable tenga la obligación previa de construirlo.

4.5. Una clara *tendencia hacia la objetivación*, de distinto signo y alcance, frente a criterios subjetivistas de otrora, es otra orientación de la jurisprudencia que estudio. También con manifestaciones variadas:

a) Hay, en principio, en esa jurisprudencia una tendencia general a la objetivación de la obligación y de la prestación (particularmente en cierto contratos, como en la compraventa, el arrendamiento de obra, en el mandato y contratos de él derivados...) destacadas de la persona del deudor que adquieren así un valor sustantivo, concepción que se adapta mejor a las exigencias del tráfico jurídico y económico de las últimas décadas. Interesa al acreedor sólo la seguridad del cumplimiento de la obligación, y en ese sentido se han decantado también los instrumentos jurídicos del tráfico (garantías de pago, reserva de dominio, extensión de la solidaridad...) manejados por los contratantes y por los tribunales que juzgan sobre contratos: también el Tribunal Supremo (relaciónese con lo dicho en el apartado anterior).

b) Otras veces se trata de la prevalencia de criterios objetivos en la valoración de conductas o de voluntades tácitas por necesidad de la seguridad del tráfico jurídico y la protección de terceros: así, a título de ejemplo, en el mandato tácito, donde se ha impuesto la interpretación de los hechos concluyentes (de que se deduce el consentimiento) del mandante en su consideración normal y para el tráfico o desde la perspectiva de aquellos ante quienes se ha producido, en lugar de buscar la voluntad concreta de aquél (cfr. Ss. de 2 junio 1981 y 1 marzo 1988).

c) En otras ocasiones es la *objetivación de la responsabilidad del contratante*, al margen de los criterios generales (eminentemente subjetivos) de la responsabilidad contractual. Esa tendencia a la responsabilidad contractual objetiva —a lo que no es ajena la influencia de idéntico proceso hacia la objetivación de la responsabilidad contractual— se ha manifestado de varias formas:

a') En los contratos creadores de obligaciones de resultado, en que la no consecución de éste se pone a cargo del deudor; véase a ese respecto las Sentencias de 14 noviembre 1978 (que cita las de 19 febrero y 20 mayo 1959 y 7 junio 1966), 11 noviembre 1982, 29 noviembre 1985, 28 noviembre 1989 (relativas todas al contrato de obra, prototipo de contrato generador de prestación de resultado), entre otras;

b') En la reciente jurisprudencia sobre responsabilidad médica, ámbito en el que, aunque excepcionales (sobre todo respecto del propio médico) hay pronunciamientos de responsabilidad sin culpa, tales como las Sentencias de 1 diciembre 1987 (inversión de la carga de la prueba), 16 diciembre 1987 (la argumentación parece girar alrededor de una especie de obligación de suministrar medicamentos en buen estado y se condena a la demandada

por no haberse hecho así), 5 mayo y 7 junio 1988 (exigencia de tener las instalaciones sanitarias en buen estado y disponer del instrumental adecuado), 24 abril 1990 (responsabilidad del INSALUD por mal funcionamiento de los servicios) y 29 octubre 1992 (responsabilidad del mismo ente «por incumplimiento de las obligaciones contractuales al no haber aportado todo lo necesario para la curación del enfermo»);

c') En los casos de obligación de seguridad, que compete al que explota los remontes de una estación de esquí respecto de los esquiadores que usan las instalaciones y pistas (S. de 23 marzo 1988);

d') En caso de pérdida por incendio de las cosas depositadas (S. de 8 enero 1929) y de pérdida de automóvil por incendio en garaje (S. de 10 junio 1929);

e) En la interpretación y aplicación del artículo 1.766 del Código Civil con ocasión de la restitución de la cosa: Sentencias de 16 enero 1929 (entrega de la cosa a persona distinta del depositante), 30 diciembre 1929, 19 febrero 1930 (devolución de depósitos bajo resguardos transmisibles), 11 julio 1989 (responsabilidad del hostelero), etc.

f) En la interpretación de los artículos 1.744 y 1.745 del Código Civil (S. de 3 junio 1983);

g') En la responsabilidad en la construcción: Sentencias de 14 noviembre 1978, 2 marzo 1979, 11 noviembre 1982, 31 enero 1985 y, en general, toda la jurisprudencia que reconoce la existencia de una presunción de culpa en el artículo 1.591 del Código Civil y en la responsabilidad en la construcción (15).

d) Pero quizá el caso mas notorio de esta tendencia hacia la objetivación es el de la evolución de la jurisprudencia en la interpretación del requisito del incumplimiento de la obligación del pago del precio en la resolución de la compraventa *ex* artículo 1.504 del Código Civil, donde frente a la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde y obstativa al cumplimiento por parte del comprador, de la jurisprudencia hasta hace apenas diez años (Ss. de 30 marzo y 3 abril 1981, 7 marzo 1983, 10 noviembre 1982...), se va imponiendo —de la misma forma que para la resolución basada en el artículo 1.124 del Código Civil (16), aunque

(15) Por ella se inclina un amplio sector doctrinal: GARCÍA CANTERO, SANTOS BRIZ, FERNÁNDEZ HIERRO, CADARSO PALAU, FERNÁNDEZ COSTALES, HERRERA CATENA, GÓMEZ DE LA ESCALERA (cfr. este último autor, «La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción», Barcelona, 1990, con citas más concretas, págs. 70 y sigs.). Véase también CABANILLAS SÁNCHEZ, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», *Centenario del Código Civil* (Asociación Profesores Derecho Civil), Madrid, 1990, t. I, págs. 351 y sigs.

(16) La jurisprudencia más reciente insiste en que el artículo 1.504 del Código Civil es una manifestación específica del artículo 1.124: Sentencias de 5 mayo y 21 julio

más **tardíamente**— el criterio objetivo de la suficiencia de un hecho obstativo que de manera absoluta y definitiva impide el cumplimiento, fundado en el sinalagma funcional y en la reciprocidad de las prestaciones: cfr. Sentencias de 25 junio, 18 y 28 noviembre, 2 diciembre 1985, 21 y 26 febrero 1986, 26 abril, 12 mayo 1988, 5 junio 1989, 24 febrero 1990, 14 febrero, 16 mayo y 7 junio 1991, 2 marzo 1992 y 3 marzo 1993 (17).

4.6. PROTECCIÓN DE LA APARIENCIA JURÍDICA

Eminentemente por razones de seguridad del tráfico y éticas (protección de terceros de buena fe) el Tribunal Supremo ha diseñado, con ocasión de particulares problemas derivados de algunos contratos, una interesante doctrina relativa a la protección de la apariencia jurídica creada por uno o los dos contratantes y de las razonables expectativas que estas conductas han hecho surgir en terceros, sobre todo si actuaron de buena fe.

Esta cuestión, no exclusiva del ámbito contractual y con múltiples manifestaciones en otros terrenos (Derecho de cosas y de sucesiones), tiene un paradigmático y destacado ejemplo en la figura del *mandato aparente*:

1990, 22 enero 1991, 4 marzo y 7 julio 1992, 3 marzo 1993; cfr. respecto de la jurisprudencia anterior Sentencias de 23 septiembre 1959, 1 febrero 1967, 24 junio 1968, 3 junio 1970 y muchas más. Sobre esta cuestión y todo lo relativo al artículo 1.504 del Código Civil es de imprescindible manejo la obra de JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria, estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Madrid, 1992.

(17) Esta última reproduce la doctrina de la Sentencia de 4 marzo 1992, que recoge jurisprudencia anterior: «Según la más reciente doctrina jurisprudencial, para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte y que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte (Ss. de 24 febrero 1990 y 7 junio 1991), así como que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria (y no sanada por una justa causa que la origine) obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (Ss. de 14 febrero y 16 mayo 1991), siendo, en definitiva, aplicable el artículo 1.504 a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago prolongado, duradero, injustificado (Ss. de 20 diciembre 1989, con cita de otras anteriores)». Cfr. comentario Sentencia de 3 marzo 1993 de J. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN en *CCJC*, núm. 31, págs. 256 y sigs., y la obra de JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento...*, recién citada, *passim* (especialmente págs. 136 y sigs., por lo que aquí interesa), para quien no ha habido tanto un cambio real de la jurisprudencia, sino una mutación terminológica nacida del deseo de evitar el riesgo de que por el fuerte acento subjetivista de la terminología tradicional pudiera pensarse que es el dolo del deudor incumplidor el criterio distintivo entre los incumplimientos resolutorios y los no resolutorios (pág. 163).

situación relacional que, sin contrato ni verdadero mandato (ni siquiera tácito), surte los mismos efectos que éste respecto de tercero que de buena fe confía razonablemente en la verdad de la situación objetiva de apariencia de mandato que ante él se presenta y a cuya formación él ha sido ajeno. Véase en este sentido, con expresiones semejantes, las Sentencias de 15 junio 1966, 10 febrero 1967, 25 octubre 1975, 15 noviembre 1977, 2 junio 1981, 10 mayo y 28 junio 1984, 26 noviembre 1986, 18 septiembre 1987... (18).

La misma finalidad protectora (tanto de la apariencia jurídica como de la buena fe del tercero) subyace en cierta jurisprudencia recaída con ocasión de *contratos simulados* (casi siempre compraventas) respecto de los que el Tribunal Supremo ha dicho que la simulación no puede perjudicar a los terceros de buena fe que hubiesen conseguido alguna posición jurídica confiados en la apariencia del negocio simulado: véanse Sentencias de 27 octubre 1951 (sobre venta de establecimiento mercantil y novación de arrendamiento con aumento de renta), 14 febrero 1963 (relativa a una segunda venta, por adquirente de buena fe y a título oneroso) y 16 mayo 1967; negaron esta protección las Sentencias de 3 junio 1953 y 14 marzo 1958 (por confabulación o conocimiento de la simulación y cooperación a ella de los terceros).

Lo mismo puede decirse en relación con el tercero que confía en la existencia del *poder de representación* derivado de un mandato o de una relación mercantil: la jurisprudencia hace responsable al representado por crear una apariencia engañosa, y esa conducta le obliga a proceder «como si el mandato hubiera efectivamente existido» (S. de 10 febrero 1967; cfr. también S. de 24 abril 1970); la Sentencia de 19 junio 1969 se apoya, por otro lado, en el principio de la buena fe que ha de presidir las relaciones contractuales; en la Sentencia de 28 junio 1984 se protege al tercero que ha contratado creando una vinculación representativa derivada de una situación de hecho en ese sentido y en una ambigua relación contractual entre representado y representante. Ya la Sentencia (relativamente antigua) de 6 marzo 1943 había dicho que los principios de seguridad jurídica y protección de terceros de buena fe imponen que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones del poder que no hayan podido conocer ni racionalmente prever; parecida posición la Sentencia de 17 mayo 1871 para la *extralimitación* en el uso del poder (19).

(18) En esta materia es fundamental la obra de GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, y sus comentarios jurisprudenciales en *CCJC*: de las Sentencias de 10 mayo 1984 (el núm. 5), 28 junio 1984 (núm. 6) y 22 junio 1989 (núm. 31).

(19) Dice esta sentencia que la extralimitación en el uso del poder que cometa el apoderado vulnerando particulares convenios con el poderdante que le limiten el poder

Idéntica fundamentación tiene la interpretación y aplicación que el Tribunal Supremo ha hecho a veces de los *artículos 1.734 y 1.738 del Código Civil*, que va más allá de lo que de otra forma podría deducirse de tales preceptos: el tercero puede confiar en la existencia y subsistencia del poder, aunque no exista o haya sido revocado, si el representado creó una situación de confianza en ese sentido (Ss. de 5 diciembre 1958 y 3 julio 1976). Por la misma razón, ha defendido la presunción de existencia del poder en favor de tercero (S. de 6 abril 1964) y su extensión (Ss. de 18 octubre 1965 y 25 mayo y 24 junio 1968).

Puede verse también la preocupación de la jurisprudencia por la protección de terceros de buena fe en las *ventas con pacto de reserva de dominio*, donde varias sentencias han protegido a acreedores del comprador frente a las maniobras encaminadas a sustraer bienes del patrimonio del deudor-comprador (cfr. Ss. de 30 noviembre 1915 y 10 enero 1929 y, sobre todo, la de 10 junio 1958); en cuanto a la protección del subadquirente de buena fe y a título oneroso de cosa mueble, véase la Sentencia de 1 diciembre 1909. Aunque con menos claridad, hay idéntico fundamento de la protección de terceros afectados por el pacto de exclusiva añadido a compraventa en las Sentencias de 29 octubre 1955 y 25 marzo 1962.

4.7. DESFORMALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS

Desde principios de siglo puede observarse una decidida tendencia en nuestra jurisprudencia (con las inevitables excepciones) hacia la desformalización de los contratos —compatible con el resurgir de cierto formalismo impuesto legalmente con la aparición o nueva regulación de algunos contratos por razones de política jurídica—, no sólo con referencia al contrato en general con la interpretación benévola y abierta de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil (que a contratos especiales se aplican, obviamente) (20), sino por lo que afecta a contratos concretos y en pronunciamientos *ad hoc*. He aquí algunos ejemplos:

no puede trascender en su eficacia a quien de buena fe contrató con aquél, ya que de otro modo la seguridad jurídica quedaría frustrada a voluntad del contratante que obre de mala fe o con negligencia perjudicial a terceros.

(20) Así, por ejemplo, cuando ha dicho el Tribunal Supremo para ciertos supuestos del artículo 1.280.1.º del Código Civil que las formas exigidas en los mismos no son *ad solemnitatem*, sino *ad probationem* (Ss. de 3 febrero 1987 y 17 mayo 1988); o en la interpretación dada al artículo 1.280.2, que viene a desmontar la exigencia del documento público para los contratos en que la cuestión de las prestaciones exceda de 1.500 pesetas (Ss. de 6 octubre 1965, 26 enero 1967 y 9 diciembre 1977); y en el sentido y alcance que da al artículo 1.279 del Código Civil respecto del compelido a otorgar la forma pública (Ss. de 30 enero 1946, 11 noviembre 1970 y 17 febrero 1975), o la

- a) La permisión y eficacia de la donación obligacional o promesa de donación (Ss. de 7 diciembre 1948, 13 noviembre 1962 y 6 abril 1979).
- b) Frente al criterio rígidamente formalista del arrendamiento de fincas rústicas de la LAR de 1935 (arts. 5, 6 y 56-64), el Tribunal Supremo dijo que los defectos de forma no alteran su naturaleza y sólo condicionan su eficacia (Ss. Sala Social de 3 diciembre 1941, 12 enero y 18 noviembre 1942).
- c) Aunque el Decreto de 18 septiembre 1936 y Ley de 23 febrero 1940 declaraban necesaria la intervención de Agente de Cambio y Bolsa para la enajenación de valores bajo pena de nulidad, las Sentencias de 13 abril 1957 y 13 octubre 1959 dijeron que no supone nulidad la venta sin su intervención (contra S. de 6 octubre 1956).
- d) La validez y eficacia *inter partes* de las modificaciones del régimen económico matrimonial en documento privado, no obstante los términos del artículo 1.327 del Código Civil (S. de 4 diciembre 1985).
- e) La atenuación del rigor del artículo 1.667 del Código Civil (que la generalidad de la doctrina venía entendiendo como exigente de forma pública *ad solemnitatem*), hasta el punto de considerar válida y eficaz la constitución de sociedad con aportación de inmuebles en solo documento privado con posibilidad de aplicación de la doctrina del artículo 1.279: véanse Sentencias de 28 junio 1950, 24 abril 1953, 21 mayo 1960, 23 mayo 1962, 22 febrero 1974 (...), 15 junio 1984, 30 abril 1986, 21 junio 1990... Parecida posición en la interpretación del artículo 1.668 (cfr. S. de 24 junio 1988).
- f) No obstante la exigencia de forma pública para la hipoteca inmobiliaria y para la mobiliaria, se admite la constitución de hipoteca mediante testamento, incluso ológrafo (sin perjuicio de que sea complementado con otros documentos); para la hipoteca judicial cabe la constitución *apud acta*; y parecen admisibles ciertas hipotecas constituidas administrativamente.

De esa jurisprudencia parece poder deducirse —lo hace A. LÓPEZ LÓPEZ— (21) que formas *ad solemnitatem* que no pueden ser rellenadas por la vía del artículo 1.279 sólo cabe predicarlas de los contratos a título gratuito, y ello por el desfavor con que el Código Civil contempla su causa.

eficacia del contrato antes de hacerlo (Ss. de 10 junio 1941, 10 abril 1978 y 4 diciembre 1985), o cuando concreta el alcance del artículo 1.280 (eminentemente forma-requisito de eficacia: Ss. de 12 febrero 1975, 9 diciembre 1977 y 24 mayo 1980, más alguna de las antes citadas).

(21) Comentario al artículo 1.279 en *Comentario del Código Civil* del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

4.8. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS CONTRATOS

El Tribunal Supremo, unas veces por insuficiencia o deficiencias de su régimen legal, otras por necesidad de adecuación a la realidad socioeconómica en evolución continua, ha realizado una notable labor en la interpretación de normas concretas relativas a contratos, en algunos casos más allá de lo que es su función propia, y con notoria influencia en el régimen jurídico actual y efectivo de esos contratos.

Cabe citar, entre muchos, como casos más señalados, el de la aplicación del régimen del incumplimiento contractual a ciertos supuestos de saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida —a que antes hice alusión—, el cual, aun cargado de historia en nuestro Código Civil (lo que podía justificarlo en 1889), resulta hoy en muchos casos poco funcional, un tanto injusto (problema de plazos de ejercicio de la acción) e incluso anacrónico —desplazado en buena medida por la moderna legislación protectora de consumidores y usuarios—; y, sobre todo, caso más significado, la notable adecuación que ha hecho el Tribunal Supremo a las exigencias y necesidades actuales del ya muy insuficiente tratamiento legal del contrato de obra (22), particularmente la abierta interpretación que ha dado al artículo 1.591 del Código Civil tanto en el terreno de la responsabilidad (en varias direcciones) como en la ampliación de la legitimación activa (23) y pasiva (24) en el ejercicio de la acción o al haberlo hecho compatible con las

(22) Así lo reconoce la STS de 1 octubre 1991 (Ponente, Sr. BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, pues hay otra de idéntica fecha sobre la misma materia): «tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido poniendo de relieve la inadecuación a la realidad y la insuficiencia de este artículo 1.591 para regular el fenómeno moderno de la construcción, su evolución y desarrollo, así como el conjunto de personas y medios que en el mismo concurren».

(23) La jurisprudencia concede legitimación para ejercitar la acción del artículo 1.591 del Código Civil al comitente que encarga al contratista la ejecución de la obra (S. de 21 octubre 1987), al promotor vendedor (Ss. de 26 noviembre 1984 y 13 julio 1987), al presidente de la comunidad de propietarios (Ss. de 21 diciembre 1981, 8 febrero y 30 abril 1982, 28 octubre 1984, 16 febrero 1985, 30 octubre 1986, 27 octubre 1987...), a los adquirentes y subadquirentes de viviendas o locales (Ss. de 5 mayo 1961, 25 octubre 1975, 1 abril 1977, 12 mayo y 3 octubre 1979, 20 febrero y 21 diciembre 1981, 14 abril 1983, 26 noviembre 1984, 17 mayo 1988 y muchas más). La Sentencia de 19 febrero 1959 concedió legitimación también al arrendatario (excepcional). Sobre esta cuestión cfr. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de 3 octubre 1979», en *ADC*, 1980, págs. 124 y sigs., y «La evolución de las responsabilidades...», *loc. cit.*, págs. 360 y 361, de donde tomo algunas referencias.

(24) Es más conocida esta ampliación de la legitimación pasiva (a que ya tengo hecha referencia antes de ahora). Pueden ser demandados por responsabilidad en la construcción el arquitecto director y el arquitecto proyectista (Ss. de 21 diciembre 1981, 11 noviembre 1982, 8 junio 1984, 1 marzo 1986, 15 julio 1987, 26 marzo 1988...), el aparejador (Ss. de 5 mayo 1961, 6 octubre y 22 noviembre 1982, 23 febrero 1983, 13 febrero 1984, 5 y 7 junio 1986, 27 octubre 1987, etc.), el ingeniero que calcula estruc-

reglas del incumplimiento contractual (incluida la posibilidad de resolución *ex art. 1.124 CC*) (25) y la posibilidad también del cumplimiento *in natura*, a que igualmente me he referido antes.

He aquí algunas manifestaciones de esa labor jurisprudencial:

A) Ha realizado una *interpretación integradora* de ciertos preceptos, como el artículo 1.473 del Código Civil, cuyo segundo párrafo omite la exigencia de buena fe del adquirente que antes inscriba su adquisición en el Registro, y la jurisprudencia la ha exigido prácticamente desde siempre (Ss. de 13 mayo 1908..., 30 enero 1960, 31 diciembre 1969, 18 febrero 1974, 16 febrero 1981, 17 diciembre 1984, 30 junio 1986...).

B) *Interpretación correctora* de algunas normas o de parte del régimen jurídico de ciertos contratos:

- a) En relación con los *arrendamientos rústicos* sometidos a las Leyes de 1935 y 1942 y frente a los preceptos correspondientes, de los que parecía deducirse que la conversión de la renta pactada en numérico a la especie de trigo comportaba ya la revisión de aquélla (única en el plazo contractual), la jurisprudencia se manifestó en otro sentido y las consideró como facultades distintas y compatibles (Ss. de 18 enero 1945, 18 diciembre 1946, 23 diciembre 1957, entre otras).
- b) En el contrato de *renta vitalicia*, frente a la expresión del artículo 1.805 del Código Civil y de cierta jurisprudencia anterior (S. de 2 marzo 1956 y R. de 31 mayo 1951) se ha impuesto la tesis de la validez del pacto resolutorio para el caso de incumplimiento por la deudora del pago de las pensiones: Sentencias de 13 mayo 1959, 14 octubre 1960, 15 enero 1963 y 14 octubre 1969 (que admite que el rentista conserve, además de las rentas percibidas, los frutos producidos por el capital).
- c) Respecto de la *transacción sobre alimentos futuros*, prohibida por el artículo 1.814 del Código Civil, el Tribunal Supremo restringe tal prohibición a los alimentos entre parientes (legales), pero no a los

turas (Ss. de 26 octubre 1971, 9 octubre 1981, 14 noviembre 1984, 9 diciembre 1985), el promotor (Ss. de 11 febrero y 28 marzo 1985, 30 octubre 1986, 27 octubre 1987), el subcontratista (Ss. de 23 noviembre 1985 y 22 marzo 1986: en ésta eran actores los subadquirentes) e, incluso, los herederos del arquitecto (S. de 22 noviembre 1971, que se basa en no ser personalísima ni intransmisible la responsabilidad y deuda del arquitecto).

(25) Sentencias de 19 febrero 1970 (comentario CADARSO PALAU *ADC*, 1970, págs. 670 y sigs.), 15 marzo y 30 octubre 1979, 28 septiembre 1987. La Sentencia de 9 octubre 1981 aplica el artículo 1.124 en un caso de defectos graves de construcción en obra no terminada.

acordados voluntariamente por testamento o por pacto (cfr. Ss. de 10 noviembre 1948, 3 marzo 1967 y 14 febrero 1976, en interpretación que LACRUZ llama «correctora»).

- d) Con referencia a los *supuestos del artículo 1.844. 3.º del Código Civil* en que procede la acción de regreso del cofiador que paga por todos, la Sentencia de 11 noviembre 1982, atendiendo al espíritu y finalidad de esa norma más que a su expresión, ha hecho una interpretación correctora legitimando para aquella acción al fiador que paga la totalidad vencida de la obligación principal sin tener en cuenta las limitaciones legales, interpretación que ya había dado antes la Sentencia de 9 junio 1958 y que han confirmado las Sentencias de 31 octubre 1987, 4 junio 1984, 7 julio y 2 diciembre 1988 (hace un uso alternativo del Derecho, aplicando el art. 1.822.2.º en lugar del 1.844, por más favorable al cofiador que pagó), 24 enero 1989 y 7 junio 1991 (que concreta que la razón de ser del indicado precepto es evitar los pagos por la mera voluntad de uno de los cofiadores o por la conducta infundada, unilateral, caprichosa o incluso maliciosa del que paga) (26).
- e) Por otro lado, ha habido lugar a una interpretación correctora —como reconoce la S. de 11 octubre 1989— (27) (o «semicorrectora»), como dice alguna sentencia: tales las de 2 marzo 1981 y 7 abril 1983) de algunas normas sobre obligaciones, en general, desde cierta jurisprudencia relativa a contratos especiales. El caso más próximo y conocido es el del artículo 1.137 del Código Civil, cuya regla de no presunción de solidaridad, hoy notablemente atenuada, ha quedado modificada en algunas ocasiones por mor de esa jurisprudencia, que aun con antecedentes en el ámbito de la responsabilidad por culpa extracontractual se va dibujando en el contractual con la Sentencia de 7 enero 1979 (sobre compra *pro indiviso* de un inmueble) y confirmada con las de 2 marzo 1981 y 15 marzo 1982(28); la de 10 noviembre 1981 (sobre arrendamiento de obra y responsabilidad ex art. 1.591 CC) dice que el principio del articu-

(26) Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, «Sobre el artículo 1.844 del Código Civil», *Centenario del Código Civil* (APDC), t. I, págs. 1033 y sigs., donde comenta alguna de esas sentencias.

(27) Recoge la referencia de la Sentencia de 2 marzo 1981 a «interpretación correctora» Díez-Picazo, que observa «cierta dosis de esta solidaridad *contra legem*» en la jurisprudencia comentada (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. II, Madrid, 1993, pág. 174).

(28) Ponen estas sentencias el acento y justificación de la solidaridad en la unidad de fin de prestaciones derivadas de contrato. En términos parecidos la Sentencia de 2 junio 1987, que subraya «la voluntad de crear una obligación única» y la actuación en común de los contratantes.

lo 1.137 del Código Civil no opera «en las situaciones en que los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes con una misma causa y produciéndose entre todos una interdependencia o comunidad de intereses»; y las Sentencias de 2 junio y 7 octubre 1982 (ésta sobre contrato de obra) parecen generalizar la existencia de solidaridad en los casos de creación de una relación obligatoria unitaria entre los obligados (29).

C) Una verdadera *interpretación contra legem* ha hecho en algún caso el Tribunal Supremo, interpretación que se ha impuesto en la realidad práctica frente a la norma legal oportuna y creado lo que se ha llamado «Derecho jurisprudencial». El caso más conocido es el de la limitación a un solo caso de la transmisión más conocida del derecho arrendaticio sobre local de negocio, en contra de la expresión del artículo 73 de la LAU de 1946: Sentencias de 10 mayo 1954, 24 febrero 1956, 23 marzo y 25 noviembre 1957, 5 diciembre 1958, 9 diciembre 1959, 29 abril y 6 mayo 1960...

Posiblemente estamos también ante un caso de interpretación abrogante (así lo considera V. GUILARTE ZAPATERO) (30) con la Sentencia de 23 febrero 1988 y su interpretación (sociológica, dice) del artículo 1.798 del Código Civil: contra la letra y criterio de éste, estima reclamable la cantidad prestada, con ocasión y en un casino de juego, por la dirección de éste, viniendo así a declarar que todos los juegos de azar practicados en casinos, según sus normas administrativas, han de ser subsumidos en el artículo 1.801 —contra la jurisprudencia anterior: cfr. Ss. 3 junio 1961 y 19 noviembre 1986, ésta para un supuesto un tanto distinto— (31).

(29) La Sentencia de 7 abril 1983 predica la solidaridad de la «comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores dada la interna conexión entre ellas. En términos parecidos la Sentencia de 17 diciembre 1990.

(30) «Proyección de la Sentencia de 23 febrero 1988 del Tribunal Supremo en el régimen de los juegos de azar sancionado en el Código Civil: ¿una interpretación derogatoria de su artículo 1.798?», en *Centenario del Código Civil* (APDC), t. I, págs. 1003 y sigs.

(31) La jurisprudencia francesa ha efectuado una parecida evolución e interpretación de su precepto homólogo (art. 1.965 del *Code*: «la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari») al de nuestra Sentencia de 23 febrero 1988: así, la Sentencia de 19 marzo 1980 de la Chambre mixte de la Cour Cassation, y las de 18 y 31 enero 1984 de la Ch. civ. Cour Cass. (citadas por GAYA SICILIA en su comentario a aquella en *CCJC*, enero 1988, pág. 141). Véase también la crítica de dicha sentencia de V. GUILARTE ZAPATERO, «Proyección de la Sentencia de 23 febrero 1988...», *loc. cit.*

5. (RE)CONSTRUCCION DE CIERTOS PRINCIPIOS, CONCEPTOS
Y CATEGORIAS GENERALES RELATIVAS
A LAS OBLIGACIONES Y A LA TEORIA GENERAL
DEL CONTRATO, EN GENERAL CON OCASION
DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATOS EN ESPECIAL

Ya anuncié en su momento la inseparabilidad de la teoría general del contrato respecto de la evolución jurisprudencial de los contratos especiales y cómo por un involuntario procedimiento inductivo y tópico la jurisprudencia sobre estos contratos y sus problemas concretos en la realidad práctica ha contribuido decisivamente a una reelaboración de las más importantes cuestiones y figuras jurídicas propias de las obligaciones y del contrato en general: en su revisión y reconstrucción, a veces actualización o adaptación a la moderna contratación, partiendo de la normativa general (en ocasiones deficiente o anacrónica), ha participado de manera muy notable el Tribunal Supremo por ese conducto.

Unas veces se trata de principios jurídicos inducidos de normas concretas relativas a contratos (en ocasiones, incluso de otros ámbitos normativos), otras veces, de categorías dogmáticas o clasificatorias; o se refiere a categorías normativas, conocidas por nuestro Derecho positivo, pero mal definidas o perfiladas; en algunas ocasiones, a conceptos instrumentales de la norma (edificio, arquitecto, empresa) que requieren más precisión, mejor delimitación que la que proporciona el legislador. Encontraremos finalmente (?) otros conceptos o cuestiones generales cuya inteligencia y régimen jurídico actual es inseparable del de ciertos contratos especiales y la jurisprudencia correspondiente.

5.1. PRINCIPIOS JURÍDICOS GENERALES

Me refiero aquí sustancialmente a aquellos que partiendo unas veces de alguna norma aislada o induciéndolos de otras concretas, y en alguna ocasión con total ausencia de apoyo legal, han sido enunciados y aplicados por el Tribunal Supremo fuera y en términos más generales de los que ofrecían aquellos materiales normativos. He aquí unos ejemplos:

A) En primer lugar, el *principio de libertad personal y la invalidez de una perpetua vinculación contractual* que, formulado en el artículo 1.583 del Código Civil y en defecto de pronunciamientos directos sobre este precepto, ha encontrado su mejor expresión y concreción jurisprudencial respecto de otros contratos:

- 1) Con ocasión de la interpretación benévola de la facultad de denuncia unilateral del artículo 1.705 del Código Civil del contrato de

sociedad de duración indefinida, donde alguna sentencia habla de la inviabilidad de una «vinculación eterna de los socios entre sí y respecto de la sociedad» (S. de 15 octubre 1974), y muchas más de la facultad del socio de separarse unilateralmente (Ss. de 20 junio 1959, 7 marzo 1964, 24 febrero, 17 mayo y 22 noviembre 1973, 7 diciembre 1988, 6 octubre 1989... (32);

- 2) En relación con la venta con pacto de exclusiva indefinida, en que a falta de otra norma concreta ha reconocido la misma facultad de denuncia unilateral: Sentencias de 18 marzo y 28 mayo 1966, 17 diciembre 1973 («tal convención no podría ser perpetua, pues ello iría en contra de la ley y de la naturaleza de los actos humanos»), 14 febrero 1973 (muy explícita y razonada), 11 febrero 1984...;
- 3) Al interpretar la expresión «por tiempo determinado» del artículo 1.543 del Código Civil y desestimar la cláusula de perpetuidad en los arrendamientos ya desde la Sentencia de 11 febrero 1908; igual mentalidad en la inteligencia de los arrendamientos por tiempo indefinido (Ss. de 15 octubre 1924, 16 mayo 1946, 21 mayo 1958, 20 febrero 1960, 16 diciembre 1963, 9 julio 1979, entre muchísimas; cfr. también las de 22 enero 1958 y 2 julio 1959).

B) *Principio contrario a la no presunción de solidaridad.* Iniciado este principio favorable a la solidaridad y en contra de lo dispuesto en el artículo 1.137 del Código Civil en el ámbito de la responsabilidad extracontractual —innecesario recordar casos y jurisprudencia por conocidos—, ha ido construyendo nuestro Tribunal Supremo una interpretación de dicho precepto [que hemos visto en el apartado 4.8.B.e)] que parece haber conducido a la creación de un principio a favor de la solidaridad de los obligados *ex contractu* en ciertos casos, con una fundamentación próxima y coherente: la Sentencia de 10 noviembre 1981 (sobre arrendamiento de obra y responsabilidad *ex art.* 1.591 CC) dice que el principio del artículo 1.137 del Código Civil no opera «en las situaciones en que los sujetos aparecen ligados por contratos diferentes con una misma causa y produciéndose entre todos una interdependencia o comunidad de intereses»; la Sentencia de 2 marzo 1981 habla de comunidad jurídica de objeto de las prestaciones e interconexión entre ellas (la S. de 15 marzo 1982, de «unidad del fin de las prestaciones»); la Sentencia de 2 junio 1987 subraya «la voluntad de crear una obligación única»; las de 2 junio y 7 octubre 1982 (ésta sobre contrato de obra) parecen generalizar la existencia de solidaridad en los casos de creación de una relación obligatoria unitaria entre los obligados (véase nota 29).

(32) Véase C. QUESADA GONZÁLEZ, *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Barcelona, 1991, *passim*.

C) *Responsabilidad «in contrahendo»*. No regulada, como es sabido, en Derecho español, llega tardíamente, como cuestión concreta y así identificada, a nuestra jurisprudencia (33), donde hay un tratamiento inseguro y no siempre acorde entre las Salas 1.^a y 6.^a del Tribunal Supremo. Es muy difícil pretender una construcción más o menos lineal de ese principio y responsabilidad partiendo del material jurisprudencial (no muy abundante) (34). Destacaré sólo sus trazos más relevantes: la Sentencia de la Sala 1.^a de 16 mayo 1988 (sobre ruptura de tratos preliminares) opta por considerar como extracontractual la culpa *in contrahendo*; en cambio, la Sentencia de 26 octubre 1981 (sobre anulación de una compraventa por dolo *in contrahendo*) sigue la línea contractual, la misma que parece preferir la Sala 6.^a en Sentencias de 16 diciembre 1976 (ruptura injustificada de trazos), 2 mayo 1984 y 30 octubre 1988. Las Sentencias (Sala 1.^a) de 16 mayo 1988 y 13 diciembre 1989 han relacionado la responsabilidad precontractual con la ruptura de tratos (aunque en la segunda negó que existiera tal responsabilidad en el caso que conoció); otras, con la invalidez del contrato: así, la de 26 octubre 1981 por dolo *in contrahendo* (35); la de 20 noviembre 1973 por error. En cuanto a la medida del resarcimiento por responsabilidad precontractual, la Sentencia de 21 abril 1987 parece inclinarse por la indemnización de los daños derivados del incumplimiento y no de la defraudación de la confianza.

D) El *enriquecimiento sin causa* tiene amplia proyección en ámbitos diversos de nuestro Derecho privado, antes de y fuera del de contratos. Mas es en este terreno donde la jurisprudencia ha tenido ocasión de ir delimitando mejor —en cuanto a requisitos, régimen jurídico y demás de la acción de enriquecimiento—. Así, definen el alcance de este principio y sus requisitos las Sentencias de 12 enero 1943 (sobre préstamo hipotecario), 22 marzo y 2 julio 1946, 28 enero 1956, 17 mayo 1957 y 23 marzo 1966. Aluden a la falta de causa y a qué es justa causa a estos efectos las de 16 diciembre 1959, 24 mayo 1979 y 4 octubre 1982 (ésta sobre contrato de obra). Se ocupa de la naturaleza de la acción de enriquecimiento la Sentencia de 2 julio 1946 (que la considera subsidiaria); para las de 12 abril 1955

(33) Se citan, como sentencias más antiguas en las que se vislumbra más que trata esta responsabilidad *in contrahendo*, las Sentencias de 9 marzo 1929 y 10 marzo 1949.

(34) Dificultad que subrayan quienes han tratado monográficamente esta cuestión: M. ALONSO PÉREZ, «La responsabilidad precontractual», *RCDI*, 1971, págs. 859 y sigs.; MANZANARES, «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, págs. 687 y sigs.; C. I. ASUA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, Barcelona, 1989; M. P. GARCÍA RÚBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991.

(35) Véanse también Sentencias de 16 noviembre 1967, 20 octubre 1974 y 18 agosto 1988, en que además de la declaración de nulidad por dolo se concedió una indemnización por daños.

y 28 enero 1956 es compatible con otras acciones. Dice el Tribunal Supremo que no se enriquece torticeramente el que adquiere una utilidad derivada de un contrato legal no invalidado (cfr. Ss. de 29 abril 1947 y 17 mayo 1957, la segunda sobre compraventa) (36).

Por otro lado, los casos relativos a enriquecimiento sin causa en el ámbito de la contratación son muy variados: desde el uso de la cosa ajena sin título o causa jurídica suficiente (Ss. de 29 abril 1931, 6 julio 1951 y 15 mayo 1965 sobre arrendamiento todas; la de 15 mayo 1965, sobre venta simulada); cobro dos o más veces de una misma prestación (Ss. de 29 abril 1931 sobre arrendamiento, 16 diciembre 1959 sobre sociedad y 7 junio 1962 sobre contrato de fletamento); reclamación del valor de la cosa enajenada sin título o de la contraprestación recibida (Ss. de 10 marzo 1958, 29 abril 1960...), hasta los casos de promesa de arrendamiento de finca ocupada por otros arrendamientos con asunción de gastos de desahucio (S. de 10 febrero 1962, que consideró enriquecimiento injusto los gastos procesales y honorarios de abogado ahorrados por el arrendador desahuciante (37).

E) Frente a la antigüedad jurisprudencial del principio del enriquecimiento sin causa ha hablado recientemente el Tribunal Supremo de un *principio de responsabilidad contractual del deudor por hechos de sus auxiliares* (38), con algún precedente próximo poco claro (cfr. S. de 28 septiembre 1987, relativa a responsabilidad de un contratista por el trabajo de sus empleados), y cuya mejor formulación aparece, en mi opinión, en la Sentencia de 22 junio 1989: «la responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento, declarada como norma general en algún Código Civil, como el alemán (parágrafo 278) (...), no encuentra norma análoga en nuestro Ordenamiento, pero sí casos particulares, como

(36) Las Sentencias de 16 diciembre 1959 y 24 mayo 1979 dijeron que no procede la acción de enriquecimiento cuando existe un contrato válido entre las partes; y antes, la de 12 enero 1943, que «no hay enriquecimiento sin causa cuando la atribución patrimonial nace de un acto que es consecuencia de un derecho que se ejercita sin abuso» (y manifiesta que no lo hay al pagar un préstamo anterior a la guerra civil en moneda depreciada causada por inflación).

(37) Son fundamentales en esta materia los trabajos de ALVAREZ CAPEROCHIPI, «El enriquecimiento sin causa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», RDP, 1977, págs. 845 y sigs., y *El enriquecimiento sin causa*, Granada, 1989.

(38) Tiene este principio un antecedente próximo en cierta jurisprudencia que venía acentuando la responsabilidad del contratante por irregularidades de sus auxiliares en el cumplimiento contractual, que puede encontrarse con diferentes presentaciones en las Sentencias de 30 abril 1959 y 3 octubre 1967 (ambas sobre contrato de transporte), 9 febrero 1976 (relativa a comitente y constructor de una obra), 17 mayo 1977, 10 mayo 1984 y otras. Y un antecedente más lejano y paralelo en las numerosas sentencias relativas a la responsabilidad extracontractual del empresario por hechos de sus empleados (a las que hago remisión por abundantes y conocidas). Ello justifica en algún modo que la Sentencia de 22 junio 1989, citada en el texto, invoque todavía los artículos 1.903.4.º y 1.904 del Código Civil.

los artículos 292 del Código de Comercio y 1.596 del Código Civil en la esfera contractual, y en la extracontractual los artículos 1.903.4.º y el 1.904 del Código Civil, de modo que aun sin norma expresa genérica, en cuanto a efectos de los contratos, cabe deducir por analogía la responsabilidad del principio por los actos de sus auxiliares y dependientes, ya por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ya en virtud del principio *cuius est commodum eius est periculum*. Consecuencia obligada, pues el cliente confía en la formalidad y en la reputación negocial de aquel con quien contrata y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares. De ahí la obligación de garantía que ha de asumir el principal, al menos el deudor contractual, por la conducta regular de sus empleados...» Después de esa sentencia, y en términos prácticamente iguales, se ha producido la Sentencia de 1 marzo 1990 (con idéntico ponente, Sr. SANTOS BRIZ).

En ambas se induce («cabe deducir», dicen) aquel principio de responsabilidad de varias normas y «por analogía». Tengo la impresión de que detrás de tal formulación y su justificación está presente la técnica jurídica alemana (que el ponente conoce y maneja bien): los deberes de protección o de conservación («Schulzpflichten», «Erhaltungspflichten»), que la Sentencia de 22 junio 1989 cita expresamente, incluibles en el contenido de la obligación del deudor, de que luego deriva la responsabilidad. Este principio, en el que no cree algún autor (39), llegado tardíamente a nuestra jurisprudencia (la cual ha desaprovechado ocasiones de aplicarlo antes: cfr. Ss. de 30 abril 1959 y 10 mayo 1984, que brindaban buena ocasión para ello), tampoco ha entrado con buena fortuna, pues en aquellas dos sentencias citadas va mezclado con otros argumentos relacionados con la doctrina del mandato y la representación y no se ve con claridad cuál sea la razón última de la decisión judicial (40), por lo que han merecido más crítica que aplauso de sus dos respectivos comentaristas (41). En todo caso, cabe esperar que la línea jurisprudencial iniciada con las dos sentencias arriba citadas

(39) A. CRISTÓBAL MONTES, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», *ADC*, 1989, págs. 12 y sigs.

(40) Pienso que no es ajeno a todo ello las dificultades que nuestros tribunales han encontrado a veces para delimitar la responsabilidad contractual y la extracontractual, problema que no es exclusivo de este campo, como es conocido.

(41) GORDILLO CAÑAS ha comentado la Sentencia de 22 junio 1989 en *CCJC*, núm. 20, págs. 583 y sigs.; y RODRÍGUEZ MORATA la de 1 marzo 1990 (*CCJC*, núm. 22, págs. 326 y sigs.). Poco antes de entregar para publicación la versión definitiva de esta ponencia ha llegado a mis manos la importante obra de JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento* (Madrid, 1994), cuyo tratamiento es eminentemente doctrinal y defensor del principio de responsabilidad contractual (que él llama *indirecta*) del deudor o principal; hace una valoración de las dos sentencias parecida a la que dejo hecha en el texto (coincidencia que me complace vista su autoridad en esta materia).

se confirme y consolide el principio de referencia, que creo está latente en nuestro sistema jurídico (con más y mejores manifestaciones, incluso, que las que esas sentencias apuntan).

5.2. CATEGORÍAS DOGMÁTICAS

Elaboradas casi todas eminentemente por la doctrina (a veces antigua) y huérfanas de una regulación directa y propia en nuestro Ordenamiento —aunque en ocasiones la menciona reconociendo su vigencia—, se han consolidado como categorías generales y han quedado redefinidas normativamente a la sombra de la jurisprudencia relativa a ciertos contratos. He aquí algunos ejemplos (cita no exhaustiva, obviamente):

a) La *representación voluntaria* en nuestro sistema jurídico debe mucho al contrato de mandato, y su elaboración jurisprudencial va unida a la de ese contrato (que le proporciona prácticamente todo su régimen jurídico y funcional): así, decenas de sentencias que omito. La *representación indirecta* se nos presenta como inseparable de la jurisprudencia recaída alrededor de los artículos 1.717 y 1.725 del Código Civil y del mandato para enajenar (Ss. de 10 julio 1946 y 6 junio 1966, a título de ejemplo) o del mandato para adquirir (Ss. de 19 diciembre 1963, 22 mayo 1964, 22 noviembre 1965, 31 octubre y 26 noviembre 1970, 16 mayo 1983, 5 junio 1986...) (42). Dígase lo mismo del *poder de representación*, cuya construcción jurisprudencial va estrechamente vinculada también al mandato (cfr. Ss. de 23 marzo 1898, 17 octubre 1934, 10 julio 1946, 5 diciembre 1958 y 12 febrero 1967, entre muchas) (43).

b) La *ratificación* del contrato del representante sin poder (suficiente) como categoría general, su diferencia con otras próximas (como la confirmación), así como sus requisitos y efectos, ha quedado construida en buena medida con motivo de la jurisprudencia dictada en relación con el artículo 1.727.2.º del Código Civil y la actuación del mandatario que traspasa los límites del mandato: Sentencias de 15 noviembre 1977 (sobre su naturaleza y función), 4 abril 1950, 21 abril 1958, 29 marzo 1969, 14 junio 1974, 30 abril 1976 y 10 mayo 1984 (sobre forma tácita); las de 14 diciembre 1940,

(42) Véase a este respecto el comentario a la sentencia de 16 mayo 1983 de JORDANO BAREA, «Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria», en *ADC*, 1983, págs. 1435 y sigs.; también del mismo autor, «Mandato para enajenar», *ADC*, 1951, págs. 1458 y sigs.; y comentario a Sentencia de 5 junio 1986 de GORDILLO CANAS, en *CCJC*, núm. 11, págs. 3.720 y sigs.

(43) Sobre la distinción entre mandato y poder, cfr. Sentencias de 5 octubre 1932, 26 febrero 1935 (que cita a LABAND y su distinción entre mandato y poder), 1 febrero 1941, 22 mayo 1942, 6 marzo 1943, 27 enero 1945 y 21 marzo 1946.

10 octubre 1963, 23 marzo 1968, 30 abril 1976, entre muchas, acerca de su eficacia retroactiva; etc.

c) La *nulidad parcial* del contrato ha sido tratada por la más reciente jurisprudencia recaída sobre venta a precio superior al tasado (Ss. de 26 febrero 1983, 3 diciembre 1984, 20 mayo y 20 junio 1985...). Hay también casos de nulidad parcial en relación con otros contratos: Sentencias de 30 marzo 1950 y 11 noviembre 1955 (relativas a transacción), 22 enero 1958 (arrendamiento de minas), 21 mayo 1958 (arrendamiento de teatro por tiempo ilimitado), 7 junio 1960 (donación de nuda propiedad y usufructo), 30 abril 1986 (venta de inmueble que encubre donación disimulada), 22 abril 1988 (compraventa con cláusula sobre gastos contraria a norma imperativa), etc. El Tribunal Supremo ha establecido los requisitos para que la nulidad sea parcial: Sentencias de 4 marzo 1975 (voluntad presumible de los contratantes), 3 junio 1953 y 18 diciembre 1985 (divisibilidad del todo y autonomía de la parte residual del contrato), 4 marzo 1975 y 21 febrero 1984 (buena fe como límite al ejercicio de la nulidad parcial)... No es ajeno a la doctrina de la nulidad parcial el principio de conservación de los actos (cfr. Ss. de 10 octubre 1977 y 4 diciembre 1986).

d) La *revocación* del contrato y toda su problemática funcional y sus límites —en defecto de toda referencia en tanto que categoría genérica en nuestro Derecho de obligaciones y del contrato en general— ha quedado mejor construida, en términos generales, gracias a la jurisprudencia sobre revocación de donaciones (con su complejo régimen) y del mandato, sobre todo con los problemas específicos del mandato irrevocable, de elaboración exclusivamente jurisprudencial (innecesario hacer citas).

e) La *prohibición de contratar* y su diferencia con la incapacidad de obrar y con las prohibiciones de disponer apenas se puede concebir en nuestro Derecho sin estudiar la jurisprudencia sobre el artículo 1.459 del Código Civil. Han sido precisamente los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre su número 2.º (la que afecta al mandatario) los que mejor han permitido explicar su justificación, sus límites y excepciones: cfr. Sentencias de 31 octubre 1928, 3 junio 1949, 22 febrero 1958, 27 mayo 1959, 30 septiembre 1968, 16 mayo 1984, 6 octubre 1987...

f) Me parece innegable que la jurisprudencia interpretadora del artículo 1.669 del Código Civil —cfr. Ss. de 30 diciembre 1931 y 22 diciembre 1976 (sobre efectos en relación con terceros), 6 mayo 1967 (falta de personalidad jurídica), 30 abril 1982 (sobre personalidad jurídica de la sociedad civil), 16 enero 1976...— ha contribuido muy notablemente a la comprensión de la idea de *personalidad jurídica*, cuándo se adquiere o no, y otros problemas referidos a la persona jurídica y cómo funcionan ciertos agregados sociales que carecen de esa personalidad (añádase aquí toda la jurisprudencia sobre sociedad irregular, que omito por conocida).

g) La mayor parte de la doctrina sobre *simulación/disimulación* se ha constituido a la sombra de las sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre compraventa (de inmuebles sobre todo), simuladora de una donación, y el correspondiente problema de su validez (Ss. de 7 octubre 1958, 4 diciembre 1975, 2 enero 1978, 6 octubre 1977, 7 marzo 1980, 17 diciembre 1984, 31 mayo 1982, entre muchas más). La importante Sentencia de 22 enero 1991 reconoce que la jurisprudencia sobre esta materia ha sido insegura y cita las sentencias que reconocen la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa (las de 19 enero 1950, 31 enero 1955, 2 junio 1956, 16 octubre 1965, 31 mayo 1982 y 19 noviembre 1987) y otras que han negado validez a esa donación (Ss. de 29 enero 1945, 15 enero 1959, 13 mayo 1969 y 6 octubre 1977). Sobre la prueba de la simulación, cfr. Sentencias de 30 abril 1960, 16 junio 1961, 28 enero 1963, 30 junio 1965...

h) La *relatividad del contrato* —de la que dijo cosas interesantes la S. de 1 abril 1977—(44) y sus límites y excepciones, y la revisión última de dicha cuestión, no puede prescindir de la jurisprudencia sobre la legitimación del subadquirente de obra construida frente al constructor y sus colaboradores (cfr. Ss. de 1 abril 1977, 12 mayo 1979, 21 diciembre 1981, 26 noviembre 1984, 17 mayo 1988...) y frente al promotor-vendedor (Ss. de 3 octubre 1979, 2 noviembre 1981 y otras); o sobre contrato de seguro (cfr. Ss. de 3 noviembre 1966 y 3 julio 1987).

i) La jurisprudencia sobre el contrato de obra ha permitido estudiar mejor la posibilidad y problemática de la *novación objetiva* y la *modificación del contrato* con motivo de las modificaciones introducidas en el proyecto y contrato inicial (véase Ss. de 25 noviembre 1970 y 28 noviembre 1983, que cita muchas otras), así como del *desistimiento unilateral del contrato* y sus consecuencias: Sentencias de 19 noviembre 1971, 22 noviembre 1974, 10 marzo 1979 (que se refiere al alcance de la «utilidad que pudiera obtener» de la obra o beneficio industrial, *ex art.* 1.594), 7 octubre 1982, 15 diciembre 1981, 13 mayo y 16 septiembre 1983, 25 octubre 1984, 22 septiembre y 8 octubre 1987..., interpretadoras del artículo 1.594 del Código Civil; las de 19 noviembre 1971 y 25 enero 1979 subrayan la

(44) «El principio de relatividad de los contratos —dice, citando como precedente las Ss. de 5 mayo 1961, 11 octubre 1970, 17 octubre y 28 octubre 1974— es mucho más complicado de lo que su formulación aparenta, puesto que la palabra tercero adolece de gran imprecisión, ya que no sólo excluye a los contratantes mismos y a sus representados, sino también a sus herederos, causahabientes a título universal y a título particular, por lo que únicamente quedan marginados de la eficacia de los contratos los terceros que son completamente extraños a los contratantes (...), por lo que el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido».

diferencia entre el desistimiento del artículo 1.594 y la resolución del artículo 1.124 del Código Civil (45).

La relación de casos y ejemplos de ese tenor podría ser mucho más larga (46).

5.3. CATEGORÍAS CLASIFICATORIAS

Aunque próximas algunas a las del apartado anterior (en el que también tendrán cabida), he aquí algunos ejemplos:

a) La idea de *obligación accesoria* y su régimen y avatares de la misma en relación con la obligación principal puede comprenderse como realidad jurídica mucho mejor estudiando la rica jurisprudencia sobre el contrato de fianza (muchísimas sentencias lo atestiguan: Ss. de 4 junio 1985, 6 octubre y 27 noviembre 1986, y 13 marzo y 14 septiembre 1987 entre las recientes) u otros contratos especiales con cláusula accesoria (Ss. de 8 enero 1945 sobre compraventa y 16 abril 1988).

b) Los conceptos de *obligación (o prestación) de actividad y obligación de resultado* y sus diferencias deben mucho a la jurisprudencia recaída en relación con los contratos de arrendamiento de servicio y de obra respectivamente. Sobre la distinción de aquellos tipos de obligación y entre estos contratos, véase Sentencias de 4 febrero 1950, 16 junio 1975, 3 noviembre 1983... La Sentencia de 7 febrero 1990 asume como criterio de distinción el de la incertidumbre o aletoriedad en la obtención del resultado esperado por el acreedor. Las Sentencias de 7 octubre y 23 noviembre 1964, 10 junio 1975, 8 noviembre 1982, 27 octubre 1986, 29 mayo y 28 septiembre 1987, entre otras, han configurado el arrendamiento de obra como generador de obligaciones de resultado. Además de sentencias concretas relativas a cada uno de estos contratos, véase las de 6 noviembre 1982, 3 noviembre 1983 y 12 noviembre 1984, y las de 30 septiembre y 3 noviembre 1978 (relativas a ciertos casos límite), con importantes precisiones en algunas sentencias sobre la relación contractual de ciertos profesionales,

(45) Cfr. CADARSO PALAU, «El desistimiento del dueño en el contrato de obra y la indemnización al contratista» (comentario a la S. de 22 septiembre 1987), *Poder Judicial*, núm. 10, págs. 93 y sigs.

(46) Estoy pensando, por ejemplo, en la *legitimación por sustitución*, muy tributaria de la interpretación jurisprudencial del artículo 1.853 del Código Civil (cfr. S. de 14 mayo 1979, entre muchas) y de la *legitimación y disposición de cosa ajena*, que ahora lo es de la jurisprudencia sobre la venta de cosa ajena (cuando comprador y vendedor conocen esa circunstancia: Ss. de 5 julio 1958, 1 marzo 1949 y 27 mayo 1957).

como el arquitecto (47) y el médico (48). También se han ocupado de la distinción obligación de actividad-obligación de resultado las Sentencias de 28 noviembre 1956, 2 mayo 1963 y 26 marzo 1991, que consideran del segundo tipo al contrato de mediación o de corretaje, y las muchas que ha calificado como arrendamiento de servicios y obligación de actividad la del Abogado (Ss. de 21 noviembre 1970, 6 junio 1983, 4 diciembre 1984, 7 marzo 1988...) (49).

c) El concepto de *obligación de género limitado* está bien definido por nuestra doctrina, pero su régimen jurídico, y en especial la cuestión de la responsabilidad del deudor en caso de imposibilidad o dificultad de cumplimiento, a falta de normas concretas en el Código viene referida a las Sentencias de 13 junio 1944 (que no liberó al deudor, pero introdujo una modificación equitativa en las obligaciones de los contratantes) y la de 3 mayo 1947 (relativa a compraventa mercantil, que también hizo soportar los riesgos al vendedor).

d) La llamada *obligación facultativa*, tampoco regulada (ni mencionada bajo ese nombre) en nuestro Código, ha sido identificada como viable en nuestro sistema jurídico por la jurisprudencia. Sin perjuicio de otros antecedentes temporales más difusos y en otros ámbitos (50), aparece perfectamente definida en las Sentencias de 23 enero 1957 (sobre préstamo) y 28 febrero 1961 (sobre fianza a favor de un arrendatario con la facultad de subrogación en los derechos arrendaticios); con anterioridad se habían ocupado de deslindar la obligación facultativa de otras figuras y situaciones afines las Sentencias de 6 marzo 1941, 2 marzo 1943 y 28 diciembre 1946, y posteriormente las de 31 octubre 1962 (sobre préstamo hipotecario), 29 abril 1965 (suministro mensual de fuel-oil, con previsión de una indemnización en su defecto)

(47) Las Sentencias de 3 noviembre 1983, 29 junio 1984, 27 octubre 1986, 30 mayo 1987 y 26 marzo y 25 mayo 1988 consideran como arrendamiento de obra el contrato del arquitecto cuando asume la realización de un proyecto de edificación por constituir objeto del mismo el resultado prometido por este profesional. En cambio, las Sentencias de 10 junio 1975 y 25 mayo 1988 dicen que se trata de arrendamiento de servicios el de dirección facultativa de las obras de construcción de un edificio.

(48) El contrato de prestación de servicios médicos ha sido considerado prácticamente siempre por nuestro Tribunal Supremo como contrato de arrendamiento de servicios, como obligación de actividad a cargo del médico: véase Sentencias de 21 marzo 1950 (no muy clara), 26 mayo 1986, 13 julio 1987, 12 junio 1988, 17 junio 1989 y 7 febrero 1990. En cambio, parece ser considerada como obligación de resultado la que compete al hospital: cfr. Sentencias de 7 junio 1988 y 16 diciembre 1987.

(49) En este punto es de imprescindible consulta A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993, de donde he tomado no pocos datos y sentencias.

(50) Véase Sentencia de 2 junio 1910, que nombra (quizá por primera vez en nuestra jurisprudencia) las obligaciones facultativas, si bien referidas a una cláusula de legado en un testamento.

y 21 febrero 1969 (que centra su atención en compararla con la cláusula penal). Véanse también, entre las más recientes, las Sentencias de 16 diciembre 1983, 22 junio 1984 y 13 marzo 1990, que establecen las diferencias entre la obligación facultativa y la alternativa (51).

e) La noción de *obligación de prestación periódica* en nuestro Ordenamiento puede inducirse de algunos contratos concretos, especialmente del de suministro y del de renta vitalicia (escasa la jurisprudencia relativa a problemas de la prestación periódica en este último). Con ocasión del contrato de suministro (52) ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de pronunciarse sobre la incidencia de la duración temporal en la obligación de referencia (Ss. de 29 octubre 1955, 6 diciembre 1979, 13 octubre 1981, 30 noviembre 1984), la unidad de la obligación y autonomía de las varias prestaciones (Ss. de 29 octubre 1955, 9 abril 1973, 16 junio 1984 y 20 mayo 1985), la trascendencia de la periodicidad en el cumplimiento de cada prestación (S. de 30 noviembre 1984), la resolución parcial de la obligación que afecta sólo a las prestaciones defectuosas (Ss. de 9 marzo 1948, 26 septiembre 1984 y 6 marzo 1985), la eficacia no retroactiva de la resolución del contrato en lo que afecta a las prestaciones correctamente cumplidas (Ss. de 12 junio 1956, 24 enero 1959, 2 marzo 1976), la operancia funcional de la *exceptio non adimpleti contractus* en las obligaciones de prestación periódica (Ss. de 17 marzo 1987, 21 septiembre 1990, 27 septiembre 1970, 20 diciembre 1975). La Sentencia de 17 mayo 1957, relativa a la incidencia de la alteración de las circunstancias sobrevenidas y cláusula *rebus sic stantibus*, dice que «la posible alteración de las condiciones económicas del contrato es algo consustancial a los contratos de ejecución diferida», e impuso el cumplimiento de lo pactado. Sobre prestación periódica de servicios, cfr. Sentencias de 30 abril 1955, 22 octubre 1957, 4 junio 1959, 7 abril 1960 y 3 abril 1958, entre otras.

f) En defecto también de regulación (en nuestro Ordenamiento), ha sido la jurisprudencia la que con la aportación precedente y lógica ha ido construyendo figuras tan importantes como el *negocio mixto*, partiendo sustancialmente de la donación mixta (Ss. de 22 noviembre 1957, 10 junio 1958 y 5 abril 1959, relativas a algunas cuestiones concretas) —no me

(51) Sobre esta cuestión véase el trabajo de MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Las obligaciones facultativas en Derecho español», *ADC*, 1972, págs. 475 y sigs. (por lo que respecta a la jurisprudencia, págs. 523 y sigs.).

(52) No es a veces muy precisa y lineal esa jurisprudencia por la dificultad de calificación y delimitación de este contrato respecto de la compraventa con prestación aplazada y fraccionable y con el de suministro de energía eléctrica. Véase, en todo caso, más ampliamente, L. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *El contrato de suministro. El incumplimiento*, Madrid, 1992, con referencias jurisprudenciales abundantes y precisas.

refiero ahora al contrato mixto o complejo como variedad de los atípicos—, y el *negocio indirecto*, cuya jurisprudencia más interesante y numerosa proviene también del ámbito de las donaciones: así, Sentencias de 19 octubre 1959 y 22 diciembre 1944; véase también Sentencias de 3 mayo 1955, 10 noviembre 1958, 6 marzo 1963 y 14 marzo y 15 junio 1964; sobre interpretación del negocio indirecto, Sentencia de 31 mayo 1966.

g) La figura del llamado *contrato de fijación*, de clara formulación inicial por la doctrina, ha encontrado acogida y ha recibido el respaldo de la jurisprudencia, que acepta y repite esa terminología en varias sentencias: a título de ejemplo, las de 11 abril 1961 (sobre préstamo y reconocimiento de deuda) y 29 octubre 1964 (relativa a depósito bancario y suscripción ulterior de póliza de crédito). La Sentencia de 6 junio 1969 (y la de 5 febrero 1981 sobre préstamo, que la cita) dice del contrato «de fijación jurídica» como «encaminado a dar claridad y constancia a una situación anterior, revistiendo de forma documental al préstamo ya efectuado a fin de obtener y otorgar, respectivamente, una garantía, figura indudablemente válida la de ese negocio de segundo grado que se asienta en una relación jurídica precedente y cierta, a la que aclara o fija, como la doctrina jurisprudencial declara». Confróntese también la Sentencia de 19 noviembre 1974 (53). Véase igualmente la Sentencia de 28 octubre 1944 (relativa a venta de una finca) sobre su relación con el contrato reproductivo.

h) El *negocio fiduciario*, su explicación dogmática y funcional, sus efectos y demás ha podido construirse sustancialmente en relación con pleitos y sentencias recaídas sobre el contrato de compraventa casi siempre: Sentencias de 4 mayo 1950, 22 diciembre 1955, 5 diciembre 1959, 22 noviembre 1965, 10 marzo, 11 junio y 15 octubre 1964, 18 febrero 1965... (que recogen la teoría llamada del doble efecto). La Sentencia de 4 marzo 1955, también sobre venta, es citada como ejemplo de *fiducia cum amico*. La Sentencia de 5 abril 1993 (relativa a donación), como antes las de 6 abril 1987, 28 octubre 1988 y 7 marzo 1990, que cita, destaca la esencia del negocio fiduciario, la divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, y deslinda esa figura de la simulación absoluta o relativa. Y la Sentencia de 2 diciembre 1983, sin confundir ni mezclar negocio simulado y negocio fiduciario, reconoció que en el hecho que juzgaba concurrían ambas figuras. La Sentencia de 2 febrero 1963, por su parte, se refiere a un «negocio fiduciario con fines de depósito de cantidad a disposición del depositante»; también se refiere a contrato de depósito la Sentencia de 7 febrero 1956. Sobre validez de la «venta en garantía», cfr.

(53) Dice esta sentencia, referida a documento privado confeccionado de conformidad y en garantía de un previo acuerdo verbal, que no hizo más que dar constancia escrita a lo preexistente en la vinculación negocial de los interesados a la manera de *especificatio*.

Sentencias de 3 mayo 1955, 8 marzo 1957, 6 diciembre 1960, 15 octubre 1964 y muchas más.

i) La muy discutida categoría del *contrato abstracto* («*hic et nunc*») ha encontrado en el contrato de fianza, sobre todo, varias ocasiones para plantear su admisibilidad en nuestro Derecho y alcance que en él pueda tener, siquiera sea limitada y matizadamente (la llamada abstracción procesal: cfr. Ss. de 14 enero 1935 y 27 junio 1941, con la R. de 31 julio 1928 entre las antiguas, y S. de 19 octubre 1982 entre las relativamente recientes). Véase también Sentencia de 3 noviembre 1981 (que habla de «una abstracción de la medición de la causa que puede ser, como en el caso, silenciada, lo que no ha de equivalerse con su inexistencia») y 28 marzo 1983. En el Derecho mercantil cambiado admiten el carácter de negocio abstracto de la letra de cambio respecto de los terceros (distintos de librador y librado) las Sentencias de 24 marzo 1959 y 22 febrero 1960, entre muchas.

j) El *subcontrato*, como entidad jurídica real y vivencial, ha sido elaborado sustancialmente por medio de la jurisprudencia recaída en materia de arrendamientos urbanos (cientos de sentencias sobre subarriendo), por un lado, y del contrato de mandato, al hilo de la problemática surgida de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil, y distinción entre sustitución del mandato propiamente dicha [cesión o transmisión del contrato (Ss. de 14 diciembre 1943 y 9 mayo 1958) y submandato (cfr. Ss. de 23 abril 1908, 5 mayo 1920, 9 mayo 1958 y 17 junio 1963, entre otras)]. La *cesión de contrato*, a su vez, ha encontrado su mejor ocasión de concreción jurídica en la jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos (Ss. de 2 julio 1927, 23 octubre 1957, 23 junio 1958...), mandato (Ss. de 16 diciembre 1897, 8 mayo 1920, 6 mayo 1931, 14 diciembre 1943), compraventa (S. de 4 febrero 1952) y transporte (S. de 28 enero 1929).

k) El *autocontrato* fue visto inicialmente con desfavor e inviable por nuestro Tribunal Supremo en las Sentencias de 6 marzo 1909 —lo consideró nulo y no confirmable basándose en el art. 1.261 y por no haber dos voluntades distintas y autónomas— y 24 marzo 1930. Admitido por la DGRN a partir de la Resolución de 29 diciembre 1922, seguida por las de 30 mayo 1930, 30 noviembre 1932, 23 enero 1923 y luego muchas más, el Tribunal Supremo ha llegado a admitir abiertamente la autocontratación, sobre todo a partir de la importante Sentencia de 5 noviembre 1956 (54); esa misma línea ha seguido la jurisprudencia posterior, más o menos explícita o justificadamente según los casos, en las Sentencias de 22 febrero 1958, 27 octubre 1966, 21 febrero 1968, 29 mayo 1976... Buena parte de

(54) Se refiere esta sentencia a una donación hecha por un padre a sus hijos menores y aceptación de la misma por el propio padre, ahora en nombre de sus hijos, quien solicitó después, sin éxito, la ineficacia de la donación en razón de la autocontratación.

esa jurisprudencia ha recaído en relación con el artículo 1.459.2.º del Código Civil, y estimado que nada obsta a la validez de la venta cuando no hay conflicto de intereses entre mandante y mandatario (representante y representado) (S. de 5 octubre 1966) y que es igualmente posible ese contrato cuando hay autorización expresa del representado (Ss. de 30 septiembre 1968 y 23 mayo 1977; la de 3 noviembre 1982 estimó que en el caso que juzgaba no hubo autocontrato y que para que lo hubiera era necesario poder expreso). Esa doctrina se ha aplicado también a otros contratos: arrendamiento (Ss. de 21 febrero 1968 y 8 enero 1980), préstamo (S. de 25 mayo 1977), fianza (Ss. de 30 septiembre 1968 y 27 octubre 1966), donación (la ya citada de 5 noviembre 1956), incluso en el ámbito sucesorio (contrato particional, Ss. de 9 mayo 1968 y 30 noviembre 1961) (55).

5.4. CATEGORÍAS NORMATIVAS

Se trata ahora de figuras e instituciones que nuestro Ordenamiento sí tiene reguladas (de forma a veces parcial, insuficiente o demasiado concreta; en otras ocasiones, implícitas en el sistema), pero que han encontrado mejor definido su régimen jurídico y funcional a través de la jurisprudencia relativa a ciertos contratos especiales. Véase, a título de ejemplo —ampliable y mejorable, obviamente—:

a) La categoría del *precontrato*, cuya construcción para nuestro Derecho ha sido tan discutida, tiene sus mejores materiales jurídicos en la abundante y a veces contradictoria jurisprudencia recaída con ocasión de la promesa de venta e interpretación del artículo 1.451 del Código Civil (ya vista y a la que me remito para no reiterarme).

b) La *acción directa*, desconocida como tal en la parte general de obligaciones de nuestro Código, ha encontrado una sólida construcción en relación con su naturaleza, legitimación activa y pasiva, requisitos, efectos y demás, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre contratos específicos, particularmente:

1) Contrato de obra y alcance del artículo 1.597: véanse las Sentencias de 29 junio 1936 (que la hace extensiva al subcontratista) y 29 octubre 1987 (sobre su naturaleza y alcance), 5 junio 1945 (la niega al que presta dinero al contratista) y la anterior sobre legitimación activa; las de 7 febrero 1968 y 17 junio 1974 (legitimación pasiva), 11 junio 1928, 30 enero 1974 —que interpreta en sentido amplio el término *reclamación*, «sin precisar como

(55) Cfr. M. DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNS, *El autocontrato*; Madrid, 1990, y en CCJC, núm. 31, págs. 361 y sigs. (comentario a la RDGRN de 29 abril 1993).

requisito único la petición de tal derecho en vía judicial»— y 24 diciembre 1980 (requisitos). Las Sentencias de 30 junio 1920 y 29 abril 1991 declaran inoponibles frente al acreedor directo (*ex art. 1.597*) los pagos anticipados hechos por el comitente al contratista o subcontratista faltando a las condiciones del contrato. Esta última sentencia describe muy bien la naturaleza de la acción directa (como medida de ejecución y medio de pago al acreedor, que otorga un derecho de preferencia al acreedor favorecido y hace inoponibles ciertas excepciones, como la antes dicha). Según la Sentencia de 9 mayo 1989, desde el momento de la demanda (acción directa) el dueño de la obra demandado a quien debe es al actor, acreedor del contratista, y no a éste, por lo que en caso de suspensión de pagos del contratista el crédito del que pone los materiales (actor) no debe ir a la misma (56).

2) Contrato de mandato: Sentencia de 8 mayo 1920; la Sentencia de 23 abril 1908 negó esta acción al mandante y dijo que sólo el mandatario puede exigir responsabilidad al sustituto.

3) Contrato de seguro: antes de la Ley General de Seguros de 1980 (véanse Ss. de 3 noviembre 1966, 14 octubre 1969, 3 julio 1981, 25 noviembre 1983...). Después de dicha Ley, Sentencias de 3 julio 1987 y 18 junio 1990 (de lo que deduce la solidaridad del asegurador del responsable de la ruina del edificio) (57).

c) La *solidaridad*, en general, además de su régimen jurídico propio y jurisprudencia correspondiente, se ha visto muy enriquecida con la jurisprudencia sobre el contrato de fianza (Ss. de 9 junio 1958 y 2 diciembre 1988, entre muchas). La *solidaridad activa* se comprende mejor a través de la jurisprudencia sobre el depósito indistinto de dinero o valores: cfr. Sentencias de 16 junio 1955, 7 febrero 1956, 24 marzo 1971 (que dijo que no presupone comunidad de dominio de los codepositantes, acreedores solidarios, respecto de lo depositado), 5 febrero 1975 y 27 febrero 1984, entre otras. Y la llamada *solidaridad impropia* tiene los mejores ejemplos en relación con la responsabilidad de las diversas personas implicadas en el contrato de obra (constructor, promotor, arquitectos proyectista y de ejecución...): Sentencias de 5 mayo 1961, 1 febrero 1975, 20 abril 1977, 14 noviembre 1978, 31 octubre 1979, 21 abril 1981, 6 octubre 1982, 9 mayo

(56) Véase el comentario de esta Sentencia de 9 mayo 1989 de M. PASQUAU LIAÑO en CCJC, núm. 20, págs. 547 y sigs.; y la obra del mismo autor, *La acción directa en el Derecho español*, Madrid, 1989.

(57) No he encontrado, en cambio, jurisprudencia relativa a la acción directa (*ex arts. 15 y 16 LAU*), ni es citada en obras especializadas (FUENTES LOJO, *Nueva suma de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1994) o trabajos monográficos (PERE RALUY y RODRÍGUEZ AGUILERA, «La acción directa del arrendador contra el subarrendatario en la LAU», *RJC*, 1958, págs. 495 y sigs.), por ejemplo.

1983, 17 febrero, 16 junio y 26 noviembre 1984, 17 junio, 16 febrero 1985 y 12 marzo 1985, 17 febrero 1986, 10 febrero, 19 junio y 26 junio 1989 (58). La Sentencia de 5 octubre 1990 (contrato de obra) dice que se trata de una *solidaridad impropia* o por necesidad, que tiende a salvaguardar el interés social (59); y numerosas sentencias (18 junio, 27 julio, 20 octubre y 21 diciembre 1990, 8 y 20 mayo, 16 junio, 16 diciembre 1991 y 31 marzo 1992) dicen que la solidaridad (*ex art. 1.591*) se da «cuando no puede concretarse individualmente con proyección a su intervención en las obras objeto de la controversia (60).

d) La *exceptio non adimpleti contractus*, a falta de regulación expresa en la parte general de las obligaciones, ha obtenido una formulación jurisprudencial que diseña los supuestos de aplicación, sus requisitos (61) y efectos en las Sentencias (relativas a contratos especiales) de 17 enero 1975, 17 abril 1976, 15 marzo y 3 octubre 1979, 10 noviembre 1981, 8 noviembre 1982, 22 febrero 1984 y 9 julio 1991 (que junto con la de 30 noviembre 1974 dicen que no pueden excluir las partes por pacto esta facultad y acción; la de 27 octubre 1961 se refiere a la modalización de su ejercicio) —la mayor parte sobre compraventa—; la de 27 marzo 1991 (sobre contrato de obra).

Por otra parte, y en cuanto institución próxima, la *resolución del contrato por incumplimiento* de una de las partes tiene en la jurisprudencia sobre el artículo 1.504 del Código Civil (62) el mejor complemento de la

(58) Las Sentencias de 7 febrero 1978 y 29 abril 1991 declaran responsables solidarios, en el marco de la acción del artículo 1.597, al comitente del contrato de obra (subdeudor) y al contratista o subcontratista (deudor principal) frente al acreedor directo.

(59) «Al no poderse determinar los confines de responsabilidad —dice esa sentencia—, han de ser concretados entre los propios responsables solidarios a quienes corresponde tal extremo y no a la comunidad perjudicada, a la que ni se le proporcionan los datos ni se le facilitan las cuantías.

(60) Dice esta última Sentencia de 31 marzo 1992 que «la responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación sólo está justificada en caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que cuando se da tal presupuesto de hecho por haberse precisado la atribuible a cada uno de ellos la prestación o exigencia de responsabilidad solidaria no es procedente». Cfr. sobre esta cuestión MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «La responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil: breve repaso de la jurisprudencia de los años noventa», *Aranzadi Civil*, núm. 6, págs. 9 y sigs.

(61) Exigen con insistencia que actúe de buena fe la parte contractual que oponga la excepción de las Sentencias de 22 marzo 1950, 4 noviembre 1963, 12 marzo 1965, 31 diciembre 1971, 3 marzo y 14 marzo 1973, 20 diciembre 1975, 9 y 17 abril 1976..., 30 enero 1987, entre otras.

(62) Sobre su especialidad respecto del artículo 1.124 del Código Civil, véase la jurisprudencia citada en la nota 16 y JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento...*, cit., págs. 23 y sigs.

más general del artículo 1.124 (innecesario citas concretas por abundantes y conocidas) (63).

e) La *revisabilidad del contrato por modificación sobrevenida de las circunstancias*, también huérfana de normas generales en nuestro sistema contractual, ha obtenido una construcción en términos *cuasi-generales* (con distintas líneas *argumentales*, estableciendo cuándo procede o no la revisión, los requisitos y alcance de la misma, etc.) a través de la jurisprudencia sobre diversos contratos especiales:

a') Sobre contrato de compraventa, Sentencias de 14 diciembre 1941 (que deniega la revisión y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*), 13 junio 1944 (en que prosperó), 30 junio 1948 (que argumenta en la línea de la teoría de la base del negocio), 12 junio 1956 (que desestima la revisión porque «la alteración del precio es elemento aleatorio que va unido a las operaciones de tráfico»), 6 junio 1959 y 16 noviembre 1974 (estima inaplicable la cláusula *r.s.s.*);

b') Contrato de obra, más concretamente en interpretación del artículo 1.593 del Código Civil (Ss. de 23 noviembre 1962, 28 enero 1970, 4 abril 1981, 8 noviembre y 16 junio 1983 y muchas más);

c') Contrato de arrendamiento: Sentencias de 26 diciembre 1942 (arrendamiento de edificio que sufre daños por terremoto), 13 febrero 1965 (disminución de la renta por desalojo del edificio por ruina inminente), 15 mayo 1972 (niega la aplicación de la cláusula *r.s.s.* al canon de un contrato de arrendamiento de mina pactado en 1981);

d') Contrato de renta vitalicia: Sentencia de 23 noviembre 1962 (que cree inaplicable esa cláusula, pero da lugar a la revisión por la finalidad del contrato y grave alteración de las circunstancias); pero dijeron que no es aplicable la cláusula ni revisable el contrato de renta vitalicia las Sentencias de 19 enero 1957 y 18 octubre 1976.

f) La *determinación o determinabilidad del objeto del contrato*, tan pobremente regulada en el artículo 1.273 del Código Civil, ha encontrado un bien definido régimen jurídico y amplia casuística y soluciones jurídicas gracias a la jurisprudencia sobre la certeza de la cosa y del precio en la compraventa (decenas de sentencias) y sobre la determinación del precio en el contrato de obra: cfr. Sentencias de 25 enero 1909, 22 diciembre 1954, 28 abril 1978, 31 mayo 1983...; las de 28 octubre 1960, 21 junio y 31 marzo 1982, 8 enero 1985 y muchas más se refieren a la variación del precio por aumento de la obra.

(63) Esa razón y la existencia al alcance de cualquiera de la obra de JORDANO FRAGA recién citada, a la que hay que hacer en esta materia obligada remisión, me exime de detenerme más aquí.

g) El *derecho o facultad de retención*, tampoco regulado como derecho o categoría general, y aun no exclusivo del ámbito contractual, es aquí donde mejor definido tiene su régimen jurídico, casos en que procede o no, limitaciones y excepciones y demás. Para ello ha sido decisiva —aunque no única, por haberla también en relación con el derecho de retención de los arts. 453, 502 y otros CC— la jurisprudencia referida a esta facultad (o excepción de retención, como prefieren otros) del que ha ejecutado la obra (art. 1.600), del mandatario (art. 1.730), del depositario (art. 1.780 y S. de 21 abril 1943) y del acreedor pignoraticio (64). Así, es fundamental la Sentencia de 24 junio 1941 (relativa al art. 1.866.2.º CC), que reconoce la variedad de casos para los que está prevista y la falta de un régimen jurídico común, y establece que «se concibe no como una ampliación del derecho principal a que va anejo, sino como una facultad de mantener la tenencia de la cosa por título distinto del originario y que, además, se engendra siempre en una disposición legal a la que precisa atenerse para deducir sus obligadas consecuencias en cuantos casos puedan presentarse»; esta misma sentencia limita la eficacia de este derecho a las relaciones entre acreedor y deudor, que no constituye privilegio con relación a terceros ni concede un *ius distrahendi* a favor del retentor. En relación con el mandato, la Sentencia de 16 junio 1970 afirma que el artículo 1.730 concede un derecho de prenda y se refiere, por ello, exclusivamente a bienes muebles; y más explícitamente, la Sentencia de 7 de julio 1987, que reconoce a favor del mandatario un *ius distrahendi* derecho (65). También sobre mandato, cfr. Sentencia de 20 diciembre 1915 (limitaba la retención a cosas muebles; para el contrato de depósito, S. de 21 abril 1943).

Finalmente, y por no hacer demasiado larga esta relación, piénsese en cuánto debe a la jurisprudencia la delimitación del régimen jurídico de la *rendición de cuentas* por la persona que gestiona bienes o intereses ajenos (tributaria de la jurisprudencia sobre contrato de mandato y art. 1.720 CC: Ss. de 22 enero 1957, 26 mayo 1966, 21 febrero 1967 y 28 octubre 1969); la *obligación de custodia* de cosas de otros (deudora de las sentencias del TS sobre tal obligación en materia de mandato y de depósito: Ss. de 24 diciembre 1906, 19 febrero 1930, 26 mayo 1980); el *retracto convencional* (juris-

(64) Para el Código de Comercio véanse artículos 276 (S. de 13 octubre 1898), 704, 842 y 868.

(65) Dice esta sentencia que el artículo 1.730 del Código Civil reconoce a favor del mandatario una garantía real pignoratícia con todos los efectos de este derecho real, incluida la facultad de enajenar las cosas objeto del mandato en la forma que autoriza el artículo 1.872 y con la preferencia que reconocen los artículos 1.922.2.º y 1.926.1.º, lo que comporta, como tal derecho real, que sea oponible *erga omnes* y no sólo frente al mandante que entregó la cosa, sino frente a su propietario. Véase comentario y crítica de esa sentencia de JORDANO FRAGA en CCJC, 1987, págs. 4767 y sigs., y de R. DE ANGEL YAGUEZ, *Actualidad Civil*, 1988, 6 marzo.

prudencia sobre la venta con pacto de retro); las *arras*, en tanto que garantía real genérica (cuya reconstrucción jurisprudencial, con distinción de funciones, se ha hecho a partir de las arras en la compraventa, art. 1.454); etc.

5.5. CONCEPTOS NORMATIVOS INSTRUMENTALES

Me refiero a aquellos que simplemente mencionados en la descripción del supuesto de hecho de la norma, sin más concreción (edificio, ruina, arquitecto), o con una definición legal que en la práctica ha resultado insuficiente (empresa o industria en el art. 3 LAU), o sin mención en norma alguna pero existente en la realidad práctica con trascendencia jurídica (promotor inmobiliario), han requerido una cuidadosa delimitación de su identidad y alcance y obtenido un «diseño» jurisprudencial de gran trascendencia jurídica. Así:

a) Noción de *edificio*: a los efectos del artículo 1.591 del Código Civil, lo entienden en sentido amplio las Sentencias de 19 febrero 1959, 28 junio y 24 diciembre 1982, 14 noviembre 1984...; y se ha dado el mismo tratamiento a aquellos efectos, a las denominadas obras accesorias o complementarias de la edificación: Sentencias de 19 abril 1977 (a las tuberías de conducción de agua), 24 febrero 1979 (instalación de calefacción) y 5 marzo 1984 (instalación de red de aguas residuales); y a las relativas a elementos esenciales de un edificio: Sentencias de 19 febrero 1959 y 27 diciembre 1983 (relativas a la cubierta), 12 mayo 1979 y 7 junio 1966 (referentes a la impermeabilización de techos o terrazas), 30 septiembre 1983 (sobre revestimiento de fachada) (66).

b) *Ruina de edificio* (respecto del mismo art. 1.591): aquí la labor jurisprudencial es mucho más importante y precisa, y hay abundantísimas sentencias que dan a ese término una acepción más amplia y precisa de la que tiene en sentido corriente: véanse Sentencias de 20 noviembre 1959, 7 junio 1966, 12 octubre y 28 noviembre 1970, 28 octubre 1974, 27 febrero 1975, 16 junio y 30 septiembre 1986, 4 abril y 17 julio 1987 (que apunta, esta última, la idea de ruina estética), 27 enero, 22 abril, 17 mayo y 10 noviembre 1988, etc.

c) *Vicios de la construcción*: también a título de ejemplo, y en el marco del artículo 1.591, véanse Sentencias de 18 diciembre 1984, 16 febrero 1985, 20 junio 1986, 12 febrero y 9 marzo 1988... Luego, el Tribunal Supremo ha ido concretando y distinguiendo entre los vicios construc-

(66) Véase GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores...*, cit., pág. 66.

tivos que dan lugar a la responsabilidad (*ex art. 1.591*), los «vicios del suelo» (Ss. de 22 noviembre 1971, 5 diciembre 1981, 11 noviembre 1982, 13 febrero 1984, 1 marzo 1986, 17 junio 1987 y 27 enero 1988, entre muchas), «vicios de la dirección» (Ss. de 12 noviembre 1976, 22 noviembre 1982, 13 febrero, 26 noviembre y 14 diciembre 1984, 10 mayo 1986) y «vicios de la construcción» (Ss. de 1 febrero 1985, 10 diciembre 1976, 16 junio y 14 diciembre 1984, 1 junio 1985). Por otra parte, ha distinguido también los vicios de proyecto (Ss. de 17 mayo 1967, 31 octubre 1979, 5 octubre 1983, 5 marzo y 14 diciembre 1984, 9 diciembre 1985 y 12 junio 1987), vicios de dirección técnica y otros (67).

d) *Arquitecto*: véase Sentencias de 29 marzo 1966, 22 noviembre 1971, 24 enero 1975, 21 diciembre 1981, 11 noviembre 1982, 8 junio 1984, 10 mayo 1986, 15 julio 1988 (que hablan de arquitecto proyectista o director de obra); la de 1 marzo 1986 se refiere al arquitecto que no tiene titulación española. Sobre arquitecto técnico o *aparejador*, cfr. Sentencias de 9 octubre 1981, 22 noviembre 1982, 13 febrero 1984, 4 marzo y 14 noviembre 1988, 14 marzo 1989... El Tribunal Supremo ha equiparado al arquitecto del artículo 1.591 a los ingenieros e ingenieros técnicos y a cuantas personas con titulación técnica intervengan en la construcción (S. de 19 junio 1990) (68).

e) *Empresa o industria*, a efectos del arrendamiento de industria (art. 3 LAU) y para distinguirlo del arrendamiento del local de negocio (cfr. S. de 8 noviembre 1982), ha quedado bien definida en las Sentencias de 29 septiembre 1955, 17 enero 1957, 6 febrero 1960, 14 marzo 1961, 18 junio y 13 noviembre 1963, 2 noviembre 1982, 4 mayo 1983, 31 enero, 10 febrero, 17 mayo y 20 diciembre 1986, etc. Las Ss. de 8 noviembre 1974, 7 mayo 1985 y 31 enero 1987 dicen que debe consistir en una unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser explotada en tal estado.

f) *Promotor inmobiliario*: aparece por primera vez en la jurisprudencia (salvo error) con las Sentencias de 11, 17 y 28 octubre 1974 y continuada la concepción amplia de este operador jurídico en la de 1 abril 1977, 3 octubre 1979, 28 enero 1980, 9 marzo 1981, 23 febrero 1983, 17 julio 1987, 8 marzo, 17 mayo y 12 diciembre 1988, 20 febrero 1989... la Sentencia de 1 octubre 1991 alude a las razones por las que procede someterle a la responsabilidad del artículo 1.591; desde las de 13 junio 1984 y 11 febrero 1985 se le caracteriza por su actividad de intermediación unida a la obten-

(67) Cfr. en esta cuestión GÓMEZ DE LA ESCALERA, *op. cit.*, págs. 75 y sigs.

(68) La jurisprudencia ha precisado también en la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil el concepto y responsabilidad diferenciada (respecto de otros) del constructor, el contratista y el subcontratista (Ss. de 23 noviembre 1985, 1 marzo 1984, 22 marzo 1986) y aun del fabricante y suministrador de materiales (cfr. Ss. de 26 octubre y 26 noviembre 1984 y 5 junio 1986).

ción de un beneficio económico derivado directamente de la construcción. Algunas sentencias distinguen incluso entre el promotor-constructor (contratista) —casi todas las anteriores— y el promotor-comitente (que comercializa el edificio construido): tal las Sentencias de 1 marzo y 13 junio 1984, 11 febrero y 28 marzo 1985, 30 octubre 1986 y 27 octubre 1987. La Sentencia de 1 marzo 1984 incluye a sociedades en ese concepto y la de 9 junio 1989 excluye a una cooperativa que no gozaba de la condición de empresario; en el mismo sentido, las de 6 marzo 1990 y 6 octubre 1991.

g) «*Dinero o signo que lo represente*», del artículo 1.445 del Código Civil. La jurisprudencia ha entendido por tal «signo» la entrega de letra de cambio, pagarés u otros títulos valores (Ss. de 28 octubre 1924, 14 enero 1928, 5 julio 1944), sobre el alcance y eficacia que tiene el pago convenido por la letra de cambio, cfr. Sentencias de 28 marzo 1909 y 11 y 30 noviembre 1956; sobre pago mediante crédito documentario, Sentencias de 8 abril 1932 y 5 enero 1942.

Algo semejante podría decirse de *vicios o defectos ocultos* (a efectos de los arts. 1.484 y sigs. CC) (69), *perturbación o peligro* (en el sentido y efectos del art. 1.502) (70), *instrucciones del mandante* y su relación y diferencia con *límites del mandato* (71).

5.6. OTROS CONCEPTOS JURÍDICOS Y CASOS

Me ocupo ahora de aquellos que aun regulados por el Código Civil o implícitos en diversa forma y lugares es difícil ya desvincularlos normativamente de ciertos contratos. Me permito recordar sólo algunos supuestos:

- a) La *forma constitutiva* del contrato, su alcance y demás es inseparable de la jurisprudencia sobre la forma en la donación, en la sociedad con aportación de inmuebles y otros contratos;
- b) Los *intereses en las obligaciones pecuniarias* y el *anatocismo* de-

(69) Véanse Sentencias de 31 enero 1970 y 12 marzo 1982 sobre qué se entiende por estos vicios; Sentencias de 23 febrero 1982, 20 octubre 1984, 6 marzo 1985 y 20 abril 1984 sobre la ineptitud de la cosa para la función para la que fue adquirida (*aliud pro alio*, distinto de los vicios, ex art. 1.484); Sentencias de 4 mayo 1918 y 7 diciembre 1956 sobre el carácter de *ocultos*; Sentencias de 26 febrero 1914 y 25 enero 1924 sobre *gravedad*; etc.

(70) Véanse Sentencias de 13 junio 1962, 30 octubre 1965 y 29 septiembre 1978 (con interpretación restrictiva del precepto y requisitos), 8 mayo 1965 (el temor de la perturbación debe ser racional y fundado y con causa anterior a la venta), 25 junio 1964 (no basta la mera suspicacia de un comprador desconfiado).

(71) Véanse ahora Sentencias de 6 marzo 1943, 26 mayo 1964 y 12 diciembre 1962, entre las pocas que aluden a esas cuestiones; cfr. también Sentencias de 17 mayo 1971 y 5 julio 1976.

- ben mucho al contrato de préstamo (Ss. de 9 abril 1944, 25 mayo 1945 y la amplísima jurisprudencia sobre préstamos usurarios);
- c) La relación entre *onerosidad* y *saneamiento por vicios ocultos* ha quedado puesta de manifiesto sobre todo en la jurisprudencia sobre compraventa relativa a esta última cuestión;
 - d) El concepto de *causa gratuita* se ha enriquecido notablemente con las sentencias del Tribunal Supremo sobre donación, comodato, etc.;
 - e) La diferencia que puede haber en nuestro Ordenamiento entre *caso fortuito* y *fuerza mayor* exige consultar la jurisprudencia sobre contratos de depósito y transporte (S. de 2 enero 1945);
 - f) Los *derechos de adquisición preferente*, como categoría jurídica general, han sido redefinidos con motivo de la jurisprudencia sobre ciertos contratos (venta de cosa común o de finca colindante rústica, enajenación de la finca arrendada, rústica o urbana...);
 - g) Dígase lo mismo en relación con la *caducidad*, algunos de cuyos problemas ha sido estudiados por la jurisprudencia en casos límites o dudosos como en los de las acciones edilicias (a partir de la S. de 22 mayo 1965 se inclina el Tribunal Supremo por considerar el plazo de seis meses del art. 1.490 como de caducidad prácticamente sin excepción: cfr., entre muchas, Ss. de 12 marzo 1982 y 26 septiembre 1984), las acciones de revocación de donaciones por ingratitud o por supervivencia de hijos (S. de 23 octubre 1983), etc.

6. CONTRATOS ESPECIALES DE ESTIRPE O INFLUENCIA PRETORIANA

Para algunos, quizá la más importante aportación de nuestra jurisprudencia sobre contratos especiales durante los últimos cien años sea la realizada para la adaptación de nuestro viejo Derecho de contratos, de 1889, a la nueva realidad socioeconómica aparecida durante este tiempo (economía del sector terciario, importante intercambio de servicios, frente a una economía de producción o de intercambio de cosas de otrora). Esa adecuación, que en el mundo de los negocios se alcanza arbitrando nuevos instrumentos y medios aptos para la consecución de fines concretos que los interesados buscan, para los que los contratos típicos se muestran ineficaces, ha dado lugar a una paralela evolución de la tipología contractual, con una brillante eclosión de nuevos contratos, sobre todo de prestación de servicios (técnicos, financieros, etc.), a los que la jurisprudencia ha dado carta de naturaleza jurídica y un régimen jurídico concreto.

Esa labor, compleja y a veces difícil e insatisfactoria por la propia

dificultad del material manejado y las limitaciones procesales del recurso de casación, se ha producido en varios sentidos y propiciado aquella evolución jurídica por distintas vías. Cabe destacar: *a)* la aparición de nuevas formas de presentación de contratos típicos, distinta de la prevista en 1889 (arrendamiento de servicios profesionales liberales, permuta de solar por pisos locales que construir); *b)* figuras especiales (consideradas a veces como atípicas por el TS) de contratos típicos y clásicos (venta de cosa futura, suministro de energía eléctrica, fianzas especiales); *c)* contratos típicos con pactos atípicos (venta con pacto de exclusiva o de reserva de dominio, arrendamiento *ad meliorandum*); *d)* contratos inicialmente atípicos y luego tipificados (el de edición por ejemplo); *e)* contratos totalmente (y todavía) atípicos, desde los mixtos o híbridos hasta los de nuevo cuño, cuya relación queda abierta.

Añádase a esa obra jurisprudencial la no menos importante de clarificación, consolidación y desarrollo del régimen de algunos contratos con deficiente tipificación en el Código o en leyes especiales: así, el contrato de obra (brillante labor del TS por medio de centenas de sentencias), las aparcerías, el préstamo usurario, el depósito de cosas fungibles, los contratos aleatorios (sobre todo los juegos prohibidos y los permitidos y regulados administrativamente) y un largo etcétera en cuyo examen no me puedo detener (ni creo que sea de este lugar).

Finalmente, creo que no se puede omitir cómo el Tribunal Supremo ha contribuido también a la práctica desaparición de algún contrato, como la donación *mortis causa*, como figura jurídica autónoma.

6.1. NUEVAS FORMAS DE PRESENTACIÓN DE CONTRATOS TÍPICOS

Ciertas conductas típicas y formas de relación económica interpersonal han cambiado sustancialmente durante los últimos cien años. La reglamentación de 1889 se hizo teniendo en cuenta los modelos de conducta y actuación de aquella época y sociedad (rural, agraria); ahí está, por ejemplo, el arrendamiento de servicios —la brevedad de su regulación, su terminología (amo, criado, menestrales) y régimen—; o el de hospedaje (en sede de depósito, con fondistas, posadero, viajero); o el de permuta (frecuente en una sociedad poco desarrollada de cambio de cosa por cosa presentes).

Sin perjuicio de la nueva regulación legal de alguno de esos contratos (sobre todo la laboral y su jurisprudencia propia, que ha desgajado del ámbito del contrato de arrendamiento de servicios del Código la mayor parte de lo previsto para el mismo en este cuerpo legal), es importante la contribución jurisprudencial en el diseño jurídico de estos contratos:

a) *Arrendamiento de servicios de profesiones liberales*. Aunque visto casi siempre como arrendamiento de servicios, ha sido considerado para ciertas profesiones y en algunos casos como contrato de obra, con prestación de resultado (arquitectos, ciertos servicios médicos). No siempre resulta fácil distinguirlo del mandato (Ss. de 4 febrero 1950 y 16 febrero 1935; la S. de 14 marzo 1986 dice que «es básico para distinguirlos el criterio de la sustituibilidad», que sólo cabe en el mandato). La jurisprudencia ha precisado la cuestión de la determinación del precio (Ss. de 27 diciembre 1915, 20 marzo 1947, 22 diciembre 1954, 7 octubre 1964...), su impugnabilidad (S. de 18 abril 1951 y otras), el valor de usos profesionales y normas corporativas (S. de 4 julio 1984), la posibilidad de su extinción por denuncia unilateral habida cuenta de la especial relación de confianza que suele haber en su origen (S. de 19 septiembre 1983 y otras; cfr. también S. de 14 marzo 1986 para la prestación de servicios «indefinidamente»). Para ciertas profesiones, como la de abogado o médico, hay jurisprudencia concreta (72), así como en relación con el grado de diligencia exigible en su desempeño y responsabilidad contractual en su caso (riquísima para la profesión médica).

b) *Contrato de hospedaje*. No regulado bajo ese nombre en el Código Civil, le dedica un par de artículos (1.783 y 1.784). De ellos parten doctrina y jurisprudencia para dibujar su régimen jurídico. Suele ser calificado como contrato mixto o complejo y discutida su naturaleza civil o mercantil (Ss. de 13 marzo 1936 y 14 junio 1941). Sobre el contenido del contrato, véanse Sentencias de 16 enero y 17 septiembre 1987 (entre las antiguas, S. de 21 abril 1951). En cuanto a los servicios prestados por el hostelero, cfr. Sentencia de 17 julio 1993. Los problemas más interesantes y graves han surgido alrededor de la responsabilidad (*ex arts.* 1.783 y 1.784) que el Tribunal Supremo ha tendido a calificar de responsabilidad objetiva o por riesgo (Ss. de 11 julio 1989 y 15 marzo 1990 entre las recientes).

c) *Contrato de garaje*. Debaten doctrina y jurisprudencia si a falta de normas concretas ha de regirse por las del arrendamiento o las del depósito. Se decanta por el primero la Sentencia de 10 junio 1929 y, en general, cuando no hay obligación de custodia. El Tribunal Supremo lo considera como contrato de depósito si el dueño del garaje asume la custodia (S. de 8 marzo 1952).

d) *Permuta de solar por pisos o locales que construir*. También es discutida su naturaleza por la proximidad con el contrato de obra (por la construcción futura). El Tribunal Supremo lo ha considerado típico en las Sentencias de 22 mayo 1974, 2 enero 1976 y 7 julio 1982 (por los rasgos afines con la permuta y el arrendamiento de obra, con los que no se iden-

(72) Véase la que cita CABANILLAS SÁNCHEZ, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, cit., págs. 109 y sigs.

tifica). En cambio, lo consideran como permuta las Sentencias de 9 noviembre 1972 y 24 octubre 1983 (esta última resume la jurisprudencia anterior). Las Sentencias de 5 julio 1989 y 12 noviembre 1992 hablan de contrato atípico *do ut des* con notas que lo aproximan a la permuta y caracterizado por el intercambio de cosa presente por prestación de cosa futura.

6.2. FIGURAS ESPECIALES DE CONTRATOS TÍPICOS

En algún caso se les ha llamado variantes atípicas de contratos típicos. Tienen como denominador común la existencia de un régimen legal del contrato tipo (compraventa, depósito, fianza...) respecto del cual aparecen estas formas o variantes especiales por razón del objeto, del contenido efectuado, etc. He aquí algunos ejemplos:

a) *Venta de cosa futura*. Ya no siempre se trata de venta de productos agrarios (cosecha futura), sino que cada vez es más frecuente ver calificada así la de viviendas que construir (lo que plantea el problema de calificación y distinción con la permuta). La Sentencia de 29 abril 1947 (venta de madera sobre pinos en pie) no la califica de venta de cosa futura. Las Sentencias de 9 junio 1949, 6 octubre 1965 y 23 abril 1970 se refieren a productos de campo; las de 17 febrero 1967, 3 junio 1970, 18 octubre 1972 y 28 noviembre 1973, a venta de edificios que construir (en la última se distingue del contrato de obra); la de 30 octubre 1981 distingue entre «venta de esperanza», que parece concebir como contrato aleatorio, y la venta de cosa futura.

b) *Compraventa por suministro*. En la jurisprudencia ha predominado la tesis de considerar este contrato como una modalidad de la compraventa (Ss. de 9 mayo 1957, 28 abril 1961, 2 marzo 1965, 9 abril 1973, 30 abril 1985); más matizada, apuntando diferencias, es la posición de las Sentencias de 6 diciembre 1979 y 27 diciembre 1980. La Sentencia de 30 noviembre 1984 dice que el contrato de suministro («carente de regulación positiva en la legislación española»), aunque afín al de compraventa, no se identifica con ella. Han precisado las particularidades de este contrato (cumplimiento fraccionado y la periodicidad de las entregas) las Sentencias de 17 diciembre 1928, 28 octubre 1955 y 13 octubre 1983 (73).

Un caso particular de este contrato es el de *suministro de energía eléctrica*, del que el Tribunal Supremo ha dicho alguna vez ser atípico y otras lo califica de «venta con fisonomía especial» (Ss. de 28 enero y 12

(73) Sobre este contrato véase L. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *El contrato de suministro*, cit., con amplia bibliografía y referencias jurisprudenciales.

junio 1960) o de «naturaleza mixta» por la intervención y control de la Administración en ese servicio público (S. de 13 febrero 1978). La interesante Sentencia de 28 abril 1961, que hace referencia a las de 21 abril 1956 y 2 febrero 1959, habla de compraventa especial o *sui generis*. Y la de 25 enero 1985 dice que el suministro de energía eléctrica difiere notablemente del de cosas corporales porque en la prestación hay una componente de servicios.

c) *Contrato de corretaje o mediación*. Se presenta como una variante atípica del contrato de mandato (para cierta jurisprudencia, del contrato de obra) y es de clara formación jurisprudencial: véanse Sentencias de 10 enero 1922, 3 junio 1950 y 9 octubre 1965 (que lo consideran «contrato innominado, *do ut facias*»); 7 abril 1926, 5 julio 1946, 11 noviembre 1948, 16 abril 1952, 28 noviembre 1956, 27 diciembre 1962 (que distingue este contrato del arrendamiento de obra y de mandato) y 14 octubre 1970 (lo refiere al mandato).

d) *El precario* (acepción moderna). A partir sustancialmente de las Sentencias de 24 y 26 junio 1926 se ha ido formando una jurisprudencia abierta y benévola de esta figura: véanse Sentencias de 11 febrero y 28 junio 1926, 5 octubre 1933, 5 diciembre 1934... Su acceso a los tribunales está relacionado prácticamente siempre con el desahucio.

e) Háblase de *transacción mixta* cuando se refiere a cosa ajena la concesión, promesa o retención de las partes (Ss. de 8 marzo 1933, 8 marzo 1948, 10 abril 1964, 9 noviembre 1969, etc., que consideran reducible dicha variante a la transacción tipificada en el art. 1.709 CC). Y de *transacción impropia* (Ss. de 20 octubre 1952 y 10 junio 1968) cuando en la concreción del acuerdo transaccional interviene un tercero.

f) Probablemente es en materia de *fianza* donde han aparecido más figuras especiales o variantes atípicas que han merecido el reconocimiento jurisprudencial. Así, la llamada (y discutida) *fianza irregular* (Ss. de 25 octubre 1932 y 3 marzo 1956) en garantía de obligación propia; el *aval en sentido amplio* (Ss. de 21 marzo 1980, 11 julio 1983 y 17 junio 1985); las *cartas de confort* o de patrocinio (S. de 15 diciembre 1985); las *pólizas de afianzamiento* (Ss. de 21 abril y 14 noviembre 1989). Menor delineamiento jurisprudencial tiene el *mandato de crédito*, contrato de garantía entre el de mandato y el de fianza, que las Sentencias de 8 octubre 1927 y 22 diciembre 1941 han declarado posible en nuestro Ordenamiento y compatible con los artículos 1.709 y 1.717 del Código Civil.

g) Como *contrato de renta vitalicia atípica* vienen considerándose aquellos casos en que frente a los términos del artículo 1.802 del Código Civil la pensión no es de por vida ni en consideración a un capital en bienes muebles o inmuebles cuyo dominio se transfiere, sino en atención a unos servicios y para determinados supuestos (Ss. de 5 julio 1906 y 5 abril 1974).

Como variante también puede considerarse el contrato de cesión de bienes por contraprestación de alimentos y gastos farmacéuticos (S. de 18 abril 1984).

La relación de variantes especiales o atípicas de contratos típicos podría ser bastante más larga.

6.3. CONTRATOS TÍPICOS CON PACTOS ATÍPICOS

Es difícil y quizá arbitrario distinguir este grupo de contratos del anterior, alguno de cuyos ejemplos podría incluirse en este apartado, y a la inversa. En todo caso, estoy pensando ahora en contratos que, partiendo de esquemas legales bien definidos, se apartan del tipo contractual correspondiente por la posición o inclusión de un pacto impropio del contrato tipo y su régimen funcional, cuyos efectos normales o típicos varían así (por ejemplo, la reserva de dominio a favor del vendedor después de entregada la cosa en una venta perfecta). Dejando de lado ciertas cuestiones dogmáticas al respecto (de calificación del pacto, o acerca de si el contrato resultante es en puridad típico o atípico, y demás), cabe citar como ejemplos de este grupo de contratos, en cuya consolidación normativa ha sido relevante la labor jurisprudencial:

a) La aludida *compraventa con pacto de reserva de dominio* (conocido en la realidad mercantil y en la jurisprudencia mucho antes de la Ley especial de 17 julio 1965): afirmaron la licitud y validez de este pacto innumerables sentencias, desde la de 16 febrero 1894 (luego, entre otras, las de 6 marzo 1906, 30 noviembre 1915, 10 enero 1929..., 10 enero 1989). La Sentencia de 15 marzo 1934 declaró que la reserva de dominio no constituye condición suspensiva de la perfección de la compraventa; en cambio, la reciente de 12 marzo 1993 considera que el completo pago del precio aplazado actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa y, verificado tan completo pago, se produce *ipso iure* la transferencia dominical, de lo que deduce la retroacción de la adquisición de la propiedad como efecto del pago del precio total; y con cita de la Sentencia de 19 de mayo 1989, insiste en que el vendedor carece de poder de disposición de la cosa a tercero (74). La muy importante Sentencia de 10 junio 1958 profundiza en la esencia y fundamento del pacto, su naturaleza y efectos, *inter partes* y frente a terceros. Se han ocupado también sobre la relación entre los contratantes y terceros,

(74) Cfr. comentario de esta sentencia, por J. V. GAVIDIA SÁNCHEZ, en *CCJC*, núm. 31, págs. 277 y sigs.

sobre todo entre el vendedor y los acreedores del comprador (Ss. de 13 diciembre 1920, 19 enero y 11 marzo 1929, 19 mayo 1989...) y entre el primero y los subadquirentes (Ss. de 1 diciembre 1909, 18 junio 1952...).

b) *La venta con pacto de exclusiva*. El Tribunal Supremo ha hecho a este respecto importantes pronunciamientos que han definido este contrato: sobre la naturaleza y caracteres del pacto, la Sentencia de 28 octubre 1955, que no desnaturaliza el contrato de compraventa ni lo transforma en mixto; las de 28 mayo 1966 y 3 abril 1968. Con frecuencia acompañan a ese contrato y pacto otros que dan lugar a un contrato mixto como el de *concesión* (la S. de 11 febrero 1984 lo califica como «contrato atípico de concesión o venta en exclusiva»). Sobre los límites del pacto de exclusiva, cfr. Sentencias de 29 octubre 1955, 18 marzo y 28 mayo 1966, 14 febrero 1973 y 4 mayo 1984; acerca de sus efectos frente a terceros, Sentencias de 23 marzo 1921, 29 octubre 1955 y 21 marzo 1962; y en cuanto a la resolución del contrato por incumplimiento de la exclusiva, véase Sentencia de 18 marzo 1966.

c) *Compraventa con pacto de liquidación por medio de créditos documentarios bancarios*. Se trata de una variante cada día más frecuente en el tráfico jurídico de cierta importancia económica del pago del precio «en dinero o signo que lo represente». Sobre este pacto y los créditos documentarios, cfr. Sentencias de 8 abril 1932, 5 enero 1942, 30 marzo 1976, 27 octubre 1984, 11 marzo y 5 mayo 1991.

d) *Los arrendamientos «ad meliorandum» y su variedad «ad aedificandum»*. Aunque hoy puede decirse que han dejado de ser atípicos los primeros tras la LAR de 31 diciembre 1980 (bajo la legislación anterior, cfr. Ss. de 17 abril 1948 y 26 marzo 1979), siguen siéndolo en los arrendamientos urbanos, respecto de los que hay abundante jurisprudencia: Sentencias de 3 julio 1941, 17 abril 1948..., 26 marzo 1979, 3 abril 1984, etc., que lo consideran contrato atípico y excluido del régimen de la LAU.

6.4. CONTRATOS INICIALMENTE ATÍPICOS Y LUEGO TIPIFICADOS

a) Hasta su reciente regulación en la Ley de Propiedad Intelectual de 11 noviembre 1987, el *contrato de edición* —antes regulado en la Ley del Libro de 12 marzo 1975, con importante componente administrativo— y *de representación* (de obras dramáticas, musicales, etc.) vieron clarificado su régimen jurídico y resueltos ciertos problemas concretos por la jurisprudencia. Para el de edición véanse Sentencias de 21 mayo 1954, 15 febrero 1972, 4 mayo y 28 noviembre 1973 (que aplica las normas del contrato de obra), 9 febrero 1977 (sobre cesión indebida de derechos del editor a un tercero), 14 octubre 1983 (sobre contenido y extinción por mutuo disenso), etc.

b) Sobre *edición de obras musicales*, cfr. Sentencia de 23 marzo 1921. La Sentencia de 4 octubre 1930 se ocupó de un contrato para «impresionar y reproducir en máquina parlante una obra musical».

c) Del *contrato de cesión de obra literaria para guión cinematográfico*, referida a hecho anterior a la LPI de 1987 trata la Sentencia de 2 enero 1992 (dice que no es venta de obra, sino cesión de explotación de propiedad intelectual para transformación en guión de película cinematográfica, lo que impone la obligación al cesionario de llevarlo a cabo). Sobre la cesión de derechos de propiedad intelectual (obras musicales) versaba también la Sentencia de 3 abril 1940.

d) *Contrato de exposición de obra propia* (S. de 3 junio 1991).

e) Se ocupan del *contrato sobre equipo informático* las Sentencias de 15 junio 1987 y 23 noviembre 1988 (que se refiere a transmisión de propiedad intelectual sobre programa de ordenador de encargo), ambas sobre hechos anteriores a la LPI de 1987. La Sentencia de 12 diciembre 1988 pasa por ser la primera sentencia española que se ocupa de la contratación dirigida a la creación de programas de ordenador.

f) Del llamado *contrato de dación y recepción de arbitraje* hubo de ocuparse la jurisprudencia antes de la mínima referencia legal al mismo en las Leyes de Arbitraje de 22 diciembre 1953 y 5 diciembre 1988: véanse las Sentencias de 13 mayo 1933 y 14 noviembre 1956, que lo consideran de mandato; la de 10 noviembre 1915 entendió que no había relación contractual entre los árbitros y las partes interesadas en la controversia y que las obligaciones de aquéllos derivadas de su aceptación son de carácter legal. La Sentencia de 5 octubre 1964 se ocupó de la forma pública de la aceptación (como exigía la Ley de 1953).

6.5. CONTRATOS TOTALMENTE Y TODAVÍA ATÍPICOS

Este apartado, él solo, precisaría de todo el espacio y tiempo de que dispongo para obtener un estudio y resultados mínimamente aceptables. Como es, quizá, lo más conocido y mejor elaborado (siquiera sea sectorialmente) de la materia que me ocupa, mi referencia aquí puede ser muy breve.

A) *Contratos mixtos, complejos o híbridos*

Bajo esta denominación ha manejado el Tribunal Supremo imprecisa terminología (Ss. de 3 noviembre 1962 y 7 noviembre 1964) y ha entendido cosas y casos diferentes (cfr. Ss. de 17 mayo 1982, 13 octubre 1962, 30

octubre 1970...). Las Sentencias de 3 julio 1941 y 28 septiembre 1972 subrayan su carácter de figura contractual unitaria. La jurisprudencia ha hecho importantes precisiones tanto en orden a la calificación de los contratos (según los pactos y componentes y el grado de atipicidad, en su caso) como respecto del régimen jurídico aplicable. En este último aspecto el Tribunal Supremo no ha adoptado posiciones dogmáticas y, unas veces, ha aplicado el criterio del «objeto predominante» (Ss. de 18 abril 1950 y 25 abril 1951) o el del «elemento preponderante» por su importancia económica o negocial (Ss. de 21 junio 1955, 19 diciembre 1960, 14 octubre 1969, 10 octubre 1970...); otras, el criterio de la absorción (Ss. de 21 abril 1951, 21 marzo 1956, 15 enero 1963 y 28 enero 1957); a veces, el de la combinación (Ss. de 30 diciembre 1965 y 23 octubre 1981). La Sentencia de 19 mayo 1982 opta por aplicar por analogía el régimen de los tipos contractuales más afines (cfr. también Ss. de 21 diciembre 1963 y 30 diciembre 1965).

Los contratos que han sido calificados como mixtos (alguna vez como complejos, aunque son cosas distintas) han sido muchos. He aquí algunos ejemplos:

- a) Contrato de *vitalicio*. Aunque alguna sentencia lo considera como una variante de la renta vitalicia (la de 1 julio 1982 admite la analogía entre ésta y el vitalicio oneroso), en la mayoría es considerado como atípico y distinto de aquélla: así la de 28 mayo 1965, que niega que le sean aplicables los preceptos de renta vitalicia («no es una modalidad de la renta vitalicia de los arts. 1.802-1.808 CC, sino un contrato autónomo, innominado y atípico»); también reconocen su autonomía respecto de la renta vitalicia las Sentencias de 6 mayo 1980, 18 abril 1984, 13 julio 1985, 30 noviembre 1987 (muy interesante), 31 julio 1991 y 8 mayo y 2 julio 1992. La Sentencia de 6 mayo 1980 lo concibe como el contrato por el que una de las partes, a cambio de la entrega de unos bienes, se obliga a prestar a la otra «domicilio, alimentos y asistencia médica»; y la Sentencia de 21 octubre 1992 insiste en la atipicidad del vitalicio, su naturaleza de contrato unilateral y que no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil (admite condición resolutoria la RDGRN de 16 octubre 1989).
- b) Ciertas *aparcerías agrícolas* (Ss. de 30 junio 1972, 23 enero 1965 y 15 abril 1982) e *industriales* (Ss. de 4 octubre 1966, 10 marzo 1967 y 5 noviembre 1959).
- c) *Contrato complejo de cesión de solar por obra y entrega de cantidad* (S. de 18 noviembre 1980) o de varias viviendas y del terreno de una lonja (S. de 2 octubre 1984), y el de permuta de solar por

un porcentaje de los que en él se edifiquen (S. de 30 diciembre 1991).

- d) *Colocación de aparatos automáticos*: Sentencias de 10 octubre 1991 (máquinas tragaperras) y 21 febrero 1991.
- e) Contrato de *colaboración industrial* (S. de 10 junio 1991); la Sentencia de 18 abril 1991 se refiere a un contrato asociativo de confección textil y comercialización.

Además de los anteriores cabe citar los contratos de *arrendamiento turístico* (que la S. de 10 octubre 1989 considera atípico, complejo y excluido de la LAU), el *contrato de garaje* (Ss. de 10 junio 1929 y 5 marzo 1952, ya citadas), de *portería* y muchos más.

B) Contratos atípicos de nuevo cuño

Aquí haré simple mención de los más conocidos, cuya lista sería interminable y siempre abierta. Han merecido especial atención de la jurisprudencia no sólo los de origen y terminología anglosajona (*leasing* en sus varias clases y presentaciones, *factoring*, *engineering*, *franchising*), a los que cabe añadir los modernos relativos a otras prestaciones de servicios como son los de servicios financieros, informáticos, de auditoría, de consultoría, de asesoramientos técnicos, contratos de licencia y muchos más, sino también los contratos de distribución y exhibición de películas (Ss. de 30 diciembre 1965 y 9 octubre 1971), de agencia (Ss. de 12 noviembre 1963 y 25 mayo 1983 sobre agencia de negocios de sociedad extranjera distribuidora internacional), de racionalización de empresas (S. de 23 noviembre 1965), de «promoción de ventas, de información, ofertas y negociaciones» (S. de 30 noviembre 1979), de reserva hotelera (Ss. de 27 febrero 1982 y 3 diciembre 1992) y un largo etcétera.

7. CONTRATOS QUE LA JURISPRUDENCIA HA CONTRIBUIDO A DECLARAR MUERTOS

Algo parecido a esta frase dijo el profesor FUENMAYOR (75) referida a la donación *mortis causa* y al artículo 620 del Código Civil. Por lo que respecta a la jurisprudencia y en el marco de la polémica acerca de la subsistencia o no de la donación *m.c.* como figura autónoma en nuestro

(75) «Sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código Civil», *ADC*, 1951, págs. 1082 y sigs. (pág. 1093).

Ordenamiento —que apenas tiene como único, si bien brillante, defensor a VALLET DE GoytisoLo—, tras una etapa de posición insegura y con sentencias contradictorias —a favor de la donación *m.c.*, como tal, las Ss. de 8 mayo 1896, 2 diciembre 1916, 9 abril 1942 y 27 diciembre 1945; en contra de su autonomía y de considerarla absorbida por la disposición testamentaria las Ss. de 28 enero 1899, 13 junio 1900, 3 enero 1905, 12 febrero y 24 abril 1909, 10 junio 1912, 4 noviembre 1926 y 8 julio 1943 entre las que conozco— el Tribunal Supremo se ha decantado definitivamente (parece ser) en este último sentido al someter la donación *mortis causa* íntegramente al régimen jurídico de la sucesión testamentaria, incluso en cuanto a la forma, con lo que aquélla desaparece como figura *a se*, autónoma, para pasar a ser una disposición a título particular dentro del testamento en que debe formalizarse. Así las Sentencias de 23 marzo 1948, 19 junio y 29 octubre 1956, 27 marzo 1957, 7 junio 1960, 23 febrero 1963, 28 octubre 1965, 7 enero y 28 abril 1975 y 24 febrero 1986 (esta última con amplia argumentación).

FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Barcelona