

R. 3.972

355

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5310351959

**CRITERIOS PARA LA SOLUCION DE
CONFLICTOS DE INTERESES EN
DERECHO PRIVADO**



DEPARTAMENTO DE
FILOSOFIA DEL DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



María Isabel Garrido Gómez

Madrid, 1991

Colección Tesis Doctorales. N.º 325/91

© María Isabel Garrido Gómez

Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía.
Escuela de Estomatología. Ciudad Universitaria.
Madrid, 1991.

Ricoh 3700

Depósito Legal: M-42082-1991



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

SECRETARIA DE ALUMNOS

La Tesis Doctoral de D.^a M^a Isabel GARRIDO.....

GOMEZ.....

Titulada " Criterios para la solución de conflictos de intereses en Derecho privado: (Fundamentos de discrecionalidad y equidad en la composición de controversias por incumplimiento de obligaciones bilaterales)."

Director Dr. D. ... Angel SANCHEZ DE LA TORRE.....

fue leida en la Facultad de ... DERECHO.....

de la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, el día 15....

de ... marzo..... de 19 91..., ante el tribunal

constituido por los siguientes Profesores:

PRESIDENTE JOSE ITURMENDE MORALES.....

VOCAL MANUEL RUBALCAVARO GARSA.....

VOCAL ALONSO VALLET DE GOTAISO.....

VOCAL RAFAEL BARRALLO CIFARRELLA.....

SECRETARIO GONSALEDO MARTINEZ SELVA.....

... Y CEPULVEDA.....

habiendo recibido la calificación de APTO. CON

... (POR DUBIA VOTA).....

Madrid, a 15 de marzo de 1991

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL.

- UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.
- FACULTAD DE DERECHO .DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA DEL DERECHO,MORAL y POLITICA I.
- TITULO DE LA TESIS: " CRITERIOS PARA LA SOLUCION DE CONFLICTOS DE INTERESES EN DERECHO PRIVADO".
- AUTOR: MARIA ISABEL GARRIDO GOMEZ.
- DIRECTOR DE LA TESIS:Prof. Dr. D. ANGEL SANCHEZ DE LA TORRE.

**CRITERIOS PARA LA SOLUCION DE
CONFLICTOS
DE INTERESES EN DERECHO PRIVADO**

**(Fundamentos de discrecionalidad
y equidad en la composicion de
controversias por incumplimiento
de obligaciones bilaterales)**



INDICE

Pág.

- INTRODUCCION

I. Definición del objeto de estudio	1
II. Estado de la cuestión	8
- Notas	24

- PRIMERA PARTE: ANALISIS GENERAL DE LOS PROBLE-
MAS PLANTEADOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS CRI-
TERIOS DEL ORDENAMIENTO POSITIVO VIGENTE EN LA
COMPOSICION DE CONFLICTOS DE INTERESES

- CAPITULO I. FUENTES DE PRODUCCION DE LOS CRI-
TERIOS DE DISCRECIONALIDAD Y EQUIDAD

1. Ideas generales	29
--------------------------	----

II

	Pág.

2. Fuentes configuradas formalmente.....	31
2.1. Organos de naturaleza jurisdiccional.	32
2.1.1. Concepto	32
2.1.2. Evolución histórica	37
2.1.3. Estructura	40
2.2. Arbitros	42
2.2.1. Concepto	42
2.2.2. Evolución histórica	47
2.2.3. Composición	52
2.3. Estudio comparativo entre las activi- dades jurisdiccional y arbitral	56
2.3.1. Aspectos comunes	56
2.3.2. Aspectos diferenciales	59
3. Fuentes emplazadas dentro del elemento for- malizador del Derecho.	63
3.1. Los intereses, ¿fuentes de producción normativa?.....	63

	Pág.

- Notas	69
- <u>CAPITULO II. MODALIDADES DE LAS DECISIONES JU-</u> <u>DICIALES</u>	
<hr/>	
1. Planteamiento de la cuestion	80
2. La decision judicial de carácter vinculado	82
2.1. Delimitación conceptual	82
2.2. Fundamentación	86
2.3. Supuestos concretos	91
2.4. Consecuencias de su vulneración	93
3. La decision judicial de carácter discre-	
cional	97
3.1. Delimitación conceptual	98
3.2. Figuras afines	101
3.3. Fundamentación	105
3.4. Supuestos concretos	109

	Pág.

3.5. Reenvío a conceptos indeterminados, criterios de valoración y categorías extrajurídicas	111
3.6. Delegación al Juez de la estimación discrecional	114
4. La decisión judicial de carácter arbitra- rio	116
4.1. Delimitación conceptual	116
4.2. Fundamentación	119
4.3. Supuestos concretos	123
- Notas	125
 - CAPITULO III. ASPECTOS GENERALES DE LA EQUI-	
DAD	
1. Conceptos de equidad.....	136
1.1. Antecedentes	136

	P&g.

1.2. Formulación actual	138
2. Clases de equidad	140
3. Naturaleza de la equidad	142
4. Contenido de la equidad	145
5. Funciones de la equidad	149
5.1. Función interpretativa (equidad "se- cundum legem")	149
5.2. Función integradora (equidad "praeter legem").....	153
5.3. Función correctora (equidad "contra legem"	157
- Notas	162

	Pág.

<u>- CAPITULO IV. EL ARBITRIO DE EQUIDAD: DERECHO</u>	
<u>POSITIVO Y DOCTRINA</u>	
1. El arbitrio de equidad en los sistemas jurídicos antiguos	169
1.1. La formulación de la equidad en los pueblos primitivos	169
1.2. Otras formas históricas de equidad ..	170
1.2.1. La "aequitas" o el "aequum et bonum" de los romanos	171
1.2.2. La equidad en el Derecho islámico	172
1.2.3. La "aequitas canonica"	175
1.2.4. La "Equity" anglosajona	176
2. El arbitrio de equidad en los ordenamientos jurídicos modernos	179
2.1. Sistemas de Derecho no codificado ...	179
2.2. Sistemas de Derecho codificado	184

	Pág.

2.3. La equidad en el Derecho español vi- gente	191
3. Consideraciones críticas del arbitrio de equidad en la doctrina	196
3.1. Posiciones que no admiten la aplica- ción de la equidad	196
3.2. Posiciones que sustentan la preva- lencia de la equidad	200
3.3. Posiciones intermedias	206
- Notas	213
- <u>SEGUNDA PARTE: TIPOLOGIA DE SOLUCIONES POSI-</u> <u>BLES Y CRITERIOS FUNDAMENTADORES DE DISCRE-</u> <u>CIONALIDAD Y EQUIDAD EN CASO DE INCUMPLIMIE-</u> <u>TO DE OBLIGACIONES BILATERALES</u>	

- CAPITULO V. ASPECTOS GENERALES DE LAS OBLI-
GACIONES CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS BILA-
TERALES

1. Concepto de obligacion	225
1.1. Origen y evolución	225
1.2. Concepto moderno	227
2. Contenido de las obligaciones: deuda y responsabilidad	230
2.1. Teorías disociadoras	230
2.2. Teorías reduccionistas	235
2.2.1. La obligación como deber	235
2.2.2. La obligación como responsa- bilidad	238
2.3. Teoría integradora	240
3. Examen de las obligaciones bilaterales ...	244
3.1. Delimitación conceptual	244

	Pág.

3.2.1. Antecedentes	244
3.1.2. Posición de la doctrina en relación con el ordenamiento jurídico español vigente	245
3.2. Clases	250
3.3. Ideas estructuradoras de la bilateralidad "stricto sensu"	253
3.4. Efectos	258
- Notas	263
- <u>CAPITULO VI. CONFLICTOS PLANTEADOS POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES BILATERALES EN RELACION CON EL ART. 1124 DEL C.C.: SOLUCIONES Y CRITERIOS FUNDAMENTADORES.</u>	
1. Soluciones contenidas en el art. 1124 del C.C.	275
1.1. Antecedentes	275
1.2. Contenido actual	280

	Pág.

1.2.1. Estudio del párrafo primero. Facultad implícita de resolución de la relación obligatoria	280
1.2.2. Estudio del párrafo segundo. Vías de acción en el caso de incumplimiento	285
1.2.3. Estudio del párrafo tercero. El cumplimiento aplazado y sus efectos en el ejercicio de la facultad resolutoria	289
1.2.4. Estudio del párrafo cuarto. La resolución y la protección de los terceros de buena fe.....	290
 2. Criterios fundamentadores de discrecionalidad y equidad en la doctrina y la jurisprudencia	 293
2.1. Ideas generales	293
2.2. Comentario de cada uno de los criterios fundamentadores	295

	Pág.

2.2.1. El amparo y ejercicio del derecho subjetivo del cumplidor.	296
2.2.2. La salvaguarda de la equidad .	300
2.2.3. La bilateralidad como equilibrio de las prestaciones	304
2.2.4. La bilateralidad como reciprocidad	308
2.2.5. La prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa . .	312
2.2.6. El postulado "pacta sunt servanda"	316
2.2.7. La exigencia de la buena fe ..	320
2.2.8. La reparación del perjudicado y la imposición de sanción ...	324
2.2.9. La seguridad y la certeza jurídico-legales	329
2.2.10. La congruencia en las decisiones judiciales	334
- Notas	340

- CAPITULO VII. CONFLICTOS PLANTEADOS POR INCUM-
PLIMIENTO DE OBLIGACIONES BILATERALES NO PRE-
VISTAS EN EL ART. 1124 DEL C.C. : SOLUCIONES Y
CRITERIOS FUNDAMENTADORES

1. La compensación como solución contenida en los arts. 1195 y ss. del C.C.	365
1.1. Delimitación conceptual del término "compensación"	365
1.2. Naturaleza jurídica	369
1.3. Clases	370
1.3.1. Origen histórico	370
1.3.2. Consideraciones actuales	372
1.4. Efectos de las diferentes modalidades de compensación	374
1.5. Criterios fundamentadores de discrecionalidad y equidad en la doctrina y en la jurisprudencia	377

	Pág.

1.5.1. Ideas generales	377
1.5.2. Comentario de cada uno de los criterios fundamentadores	379
1.5.2.1. Facilidad para el cum- plimiento de las obli- gaciones	379
1.5.2.2. Desenvolvimiento de una función de garan- tía	382
1.5.2.3. El amparo y ejercicio de los derechos sub- jetivos de las partes cumplidoras	385
1.5.2.4. La salvaguarda de la equidad	387
1.5.2.5. La reciprocidad entre acreedores y deudores	388
1.5.2.6. La seguridad y la cer- teza jurídico-legales	390

	Pág.

1.5.2.7. La congruencia en las decisiones judiciales	391
1.5.2.8. Otros criterios	393
2. Soluciones distintas de la compensación y criterios correspondientes	394
2.1. Supuestos previstos expresamente en la ley	394
2.1.1. Los arts. 1469, 1470 y 1471 del C.C.	394
2.1.2. Los arts. 1504 y 1505 del C.C.	399
2.1.3. El art. 1556 del C.C. en rela- ción con el 1569	403
2.2. Supuestos no previstos expresamente en la ley	406
2.2.1. La revisión y resolución de los contratos motivados por	

	Pág.

la alteración de las circunstancias	407
2.2.2. El incumplimiento de obligaciones bilaterales derivadas de precontrato	412
- Notas	417
<p><u>- CAPITULO VIII. UNA NUEVA FIGURA RESULTANTE DE LA CONSIDERACION CONJUNTA DE CRITERIOS DE DISCRECIONALIDAD Y EQUIDAD: "LA COMPENSACION CORRECTIVA"</u></p>	
1. Planteamiento del problema	436
2. Delimitación conceptual de la "compensación correctiva"	439
3. Distinción con otras figuras jurídicas ...	442
4. Clases	450

	Pág.

5. Naturaleza jurídica	452
6. Mecanismo de actuación	453
6.1. Operatividad previa	453
6.2. Su funcionamiento como criterio de racionalidad	456
7. Criterios fundamentadores de discrecionalidad y equidad	460
7.1. Ideas generales	460
7.2. Comentarios de cada uno de los criterios fundamentadores	460
7.2.1. Las cuestiones relativas a la naturaleza de la materia concreta a resolver. Bilateralidad y especialidad técnico - valorativa de hechos e intereses	460
7.2.2. La compatibilización de los in-	

	tereses respetuosa con la situación presente y las condiciones de su desarrollo	465
7.2.3.	El aseguramiento de los intereses mediante la sustitución de la voluntad contractual de las partes por la co-responsabilidad resultante de la "compensación correctiva"	470
7.2.4.	La función social del Derecho garante de expectativas	474
7.2.5.	La conveniencia de la desregulación jurídica	479
7.2.6.	El amparo y ejercicio de los derechos subjetivos de las partes	484
7.2.7.	La salvaguarda de la equidad .	486
7.2.8.	El equilibrio de las prestaciones	487
7.2.9.	La reciprocidad	487
7.2.10.	La prohibición del enriquecimiento injusto	488

	Pág.

7.2.11. El postulado "pacta sunt servanda"	488
7.2.12. La exigencia de la buena fe ..	490
7.2.13. La reparación del perjudicado la imposición de sanción	490
7.2.14. La seguridad y la certeza jurídicas	492
7.2.15. La congruencia en las decisiones judiciales	492
8. Valoración de la figura propuesta	493
- Notas	499
- <u>CONCLUSIONES</u>	513
- <u>ABREVIATURAS</u>	533
- <u>BIBLIOGRAFIA</u>	542

INTRODUCCION

I. DEFINICION DEL OBJETO DE ESTUDIO

El tema "Criterios para la solución de conflictos de intereses en Derecho privado. (Fundamentos de discrecionalidad y equidad en la composición de controversias por incumplimiento de obligaciones bilaterales)", significá:

- 1º.- Que la materia directamente investigada es la de las obligaciones bilaterales y, en concreto, el problema de su incumplimiento.
- 2º.- Que las cuestiones tratadas se circunscriben en el ámbito de las decisiones, tanto jurisdiccionales como arbitrales, llamadas a solucionar las controversias surgidas a propósito del punto anterior.
- 3º.- Que las soluciones más satisfactoras rebasan la legalidad vigente y deben operar fundamentándose en criterios de discrecionalidad y de equidad.

Lo dicho se acota al centrarnos únicamente en el Derecho civil común, omitiendo las obligaciones bilaterales mercantiles, y el ámbito de los ordenamientos forales, por la excesiva extensión que ello supondría. Si bien se hacen algunas referencias al Derecho comparado cuando se cree conveniente a los efectos de aclarar o profundizar ciertos aspectos.

La razón de haber elegido este tema se debe a la comprensión de que la mayoría de las relaciones jurídicas privadas se refieren a las obligaciones bilaterales. A lo que se suma el hecho de que si observamos la realidad práctica apreciamos la existencia de un absoluto predominio numérico de las controversias cuya causa radica en el incumplimiento de las mismas, por ser éste el campo en el que, según su naturaleza y esencia, con mayor facilidad se dan los conflictos de intereses por irreductibilidad antagónica entre acreedor y deudor.

Esta situación se agrava al tomar conciencia de la falta de una regulación completa y sistemática, sin olvidar la evidente inadecuación de algunas normas a las exigencias del tráfico jurídico, de la que se derivan grandes problemas que hacen necesario un nuevo enfoque que aporte una solución eficaz a los litigios que hayan de resolverse.

En consecuencia los objetivos perseguidos son principalmente: el planteamiento de problemas jurídicos del orden positivo vigente, que revierten a la esfera social, no siempre considerados; y el estudio de la viabilidad de las aplicaciones alternativas del Derecho en conflictos donde chocan intereses sociales e individuales, mediante técnicas toleradas por el sentido del ordenamiento en conexión con la institución tratada, que no son suficientemente valoradas en las teorías y prácticas usuales.

En síntesis, lo que se intenta poner de manifiesto, conforme al pensamiento fundamental objetivo del Derecho, es que las soluciones previstas en la letra de la norma sean las posibilidades técnicas más probables y generales para obtener el fin buscado. Pero se estima que esta determinación nunca debe cerrar el paso a otras posibilidades, aunque sean menos probables y generales, puesto que la tarea última de la actividad jurídica nunca debe ser confundida con el inmediato cumplimiento normativo, sino que debe ser una mediación posible hacia el resultado óptimo de la intervención judicial. De hecho el contenido del art. 1124 del C.C. es absolutamente inoperante cuando el patrimonio del deudor sea insuficiente, concurra o no conducta ilícita por su parte.

Así, partiendo de que en la actualidad, existe una insuficiencia de las normas reguladoras, sin negársele su margen de aplicación, queda la puerta abierta para buscar nuevas soluciones, mediante la explotación ejercitada hasta sus últimas consecuencias, de la funcionalidad judicial que pueda proporcionar respuestas innovadoras, como instrumento que debe ser actuado y ampliado para mejor conseguir el resultado buscado en la norma sobre la base de un arbitraje jurisdiccional o común.

De modo que si esta investigación interesa al Derecho Civil positivo, como vía para la solución de los conflictos que en tal esfera se puedan plantear, la misma encuentra su lugar en un pensamiento jurídico donde late una preocupación constante por comprender lo que el Derecho sea. Cada una de las modalidades aludidas constituyen diferentes manifestaciones y desarrollos de tipos de racionalidad práctica del Derecho integradas en la teoría de la justicia que corresponda a casos y criterios aceptados: pues no se puede hablar de tal racionalidad práctica sin cierta referencia a la justicia y viceversa (1). Llegándose, en último término, a la consecuencia de que el alcance de esta memoria doctoral se puede extender a la resolución de las controversias atinentes a todo el ámbito en el que rige el Derecho privado, siempre que recaigan sobre materias de libre disposición.

Formalmente, en relación al sistema seguido, en todo momento se ha procurado lograr una conexión lógica en el orden de la ideas expuestas.

Este trabajo se divide en dos parte: La primera realiza un análisis general de los problemas que se plantean, desde la perspectiva de los criterios utilizados por el ordenamiento positivo vigente en la composición de conflictos de intereses, y se divide en cuatro capítulos que tratan de las fuentes de producción de las decisiones que se apoyan en criterios de discrecionalidad y equidad (Capítulo 1); y de estas en sí mismas consideradas y en relación con las de carácter vinculado y arbitrario (Capítulos 2, 3 y 4), entendido como conjunto de horizontes alternativos en la aplicación del Derecho.

El examen anterior es necesario para el entendimiento de lo que conforma el segundo bloque temático, dedicado a las diferentes modalidades resolutorias de los conflictos causados por el incumplimiento de obligaciones bilaterales. Su estructura se compone de cuatro capítulos: el primero (Capítulo 5) estudia conceptos preliminares de las obligaciones y, en particular, de las bilaterales; el segundo (Capítulo 6) se ocupa, exclusivamente, de las soluciones contenidas en el art. 1124 del C.C., como norma más general; el tercero (Capítulo 7) lo hace de las reguladas en otras normas del mismo texto legal, dictadas para

casos más específicos, y de todas aquellas que no se expresan de modo directo en la norma jurídica, pero que de hecho son aplicadas; y el cuarto (capítulo 8) desarrolla lo que denominamos "compensación correctiva", noción que resume las soluciones contenidas en los apartados anteriores. Dentro de esta parte los criterios de discrecionalidad y de equidad actúan en cada una de las variantes citadas, aunque con una diversidad de contenido y un grado de eficacia mayor o menor.

La metodología empleada trata de enfocar aspectos fácticos, sociológicos, valorativos y normativos, en una visión integradora de las relaciones jurídicas consideradas. La explicación de la directriz seguida no se encuentra en la comodidad de una postura ecléctica, sino en la creencia de que los procedimientos metódico-jurídicos, por su gran complejidad, no pueden resolverse en abstracto, con fórmulas simplistas (2). Hay que tratar de encontrar en cada caso los principios fundamentales en los que se justifican las diversas cuestiones que se plantean, para evitar divagaciones que conduzcan hacia vías improcedentes por causa de la excesiva generalidad o falta de cimentación, y conseguir un conocimiento objetivamente integrado.

El aparato informativo del que me he valido ha sido muy extenso, ya que he procurado recopilar la mayor suma de datos posible que pudieran realizar aportaciones

sugerentes. Las obras generales que tratan de las obligaciones y contratos, y las monografías y artículos de revistas que se refieren de alguna forma al tema investigado, han sido estudiados dentro de las perspectivas contenidas en ciertos autores clásicos y contemporáneos que fueran capaces de alumbrar las cuestiones de equidad y de justicia correctiva planteadas.

Al no haber hallado publicaciones suficientemente específicas en torno a los criterios de discrecionalidad y equidad fundamentadores de las soluciones dictadas para el caso de incumplimiento de obligaciones bilaterales, y para poder aportar una reflexión directa desconocida hasta hoy he consultado como fuentes documentales: La Colección Legislativa, el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, y las revistas "Actualidad Civil" y "La Ley", pensando en todo momento que un examen verdaderamente serio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo debe proponerse el análisis minucioso de la corrección y de la exactitud de los argumentos jurídicos manifestados, junto con la inducción de los factores condicionantes de la decisión.

Probablemente, la presente memoria parecerá un desarrollo de conocidas posiciones iusnaturalistas y de teorías de la justicia. Pero no he tenido la osadía de plantear toda una concepción de la justicia o del Derecho natural, sino que únicamente me he atendido a la funciona-



lidad práctica de algunos criterios jurídicos que han sido ya muy elaborados, en planos teóricos, dentro de esas tradiciones doctrinales y en otras diversas doctrinas jurídicas.

II. ESTADO DE LA CUESTION

Numerosos autores analizan la opción prescrita en el art. 1124 del C.C. y sus términos, la compensación, y la posibilidad de que se dicte la revisión o la resolución de los contratos en base a la cláusula "rebus sic stantibus" y otras teorías afines. Pero lo cierto es que todos ellos, aunque critican frecuentemente la inadecuación e insuficiencia de la norma, se mantienen apegados a los comentarios jurisprudenciales ofrecidos en multitud de sentencias del T.S., e integrados en una actitud expectante, que no llega a superar el nivel de planteamientos estrictamente legalistas ni a aportar otros planos de solución, en vía alternativa y constructiva.

No obstante, existen trabajos de gran interés, que pallian las dificultades expuestas, sobre las obligaciones bilaterales, y que sirven para orientar posibles opciones en caso de incumplimiento. Así, caben citarse, a título de ejemplo, las de ALONSO PEREZ: "Sobre la esencia del contrato bilateral (3)"; DISTASO: "Causa e simultaneità

del synallagma funzionale nell'esecuzione dei contratti con prestazioni corrispettive" (4); ESPIN: "Tendencias modificativas de la categoría del contrato bilateral" (5); GOULDNER: "The Norm of Reciprocity" (6); y SCALFI: "Corrispettività e alea nei contratti con prestazioni corrispettive" (7).

Hay algunas obras que determinan el criterio que rige las relaciones jurídicas de tipo contractual, de las cuales nacen las obligaciones bilaterales, como son las de ADDEO: "Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi" (8); ARECHEDERRA: "La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual" (9); BARTHOLOMEYCZIK: "Äquivalenzprincip. Woltengleichkeit und Gegengewichts Prinzipien der modernen Rechtsentwicklung" (10); HACKL: "Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit" (11); LOPEZ JACOISTE: "Sobre la aporía de la equivalencia contractual" (12); MAURY: "Essai sur le rôle de l'équivalence (tesis)" (13); y PEROT-MOREL: "De l'équilibre des prestations dans le conclusion du contrat" (14). En otras se argumenta la necesidad de que la consecuencia jurídica fallada judicialmente tenga un caracter proporcional, así: PEDRAZ PENALVA en "El principio de proporcionalidad y principio de oportunidad" (15); y el mismo junto con ORTEGA BENITO en "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas" (16).

El objetivo de esta tesis es asimilar la doctrina desarrollada en estos estudios y en otros, que son utilizados posteriormente, en cuanto al problema práctico planteado por el frecuente supuesto del incumplimiento de las obligaciones bilaterales entre particulares, cuya solución actual es gravemente insatisfactoria en los ordenamientos jurídicos de carácter codificado.

El planteamiento que se propone y desarrolla se basa en la vieja idea de la "justicia correctiva" que conduce a diseñar un nuevo marco de solución sistemática consistente en un modelo denominado "compensación correctiva". Tal corrección compensatoria defendida como solución posible, tiene un fundamento criteriológico de naturaleza discrecional y equitativa muy sólida desde tiempos remotos, a lo largo de las diferentes conyunturas históricas, cuyos principales hitos están encarnados siguiendo un orden cronológico en:

ARISTOTELES, el cual en la "Ética" (17) y la "Retórica" (18) sostenía dos aspectos esenciales a nuestros efectos:

1°. La existencia de una justicia correctiva, como clave de la justicia particular, que trata de medir personalmente la ganancia o el daño producido. Su actua-

ción se lleva a cabo por el Juez en los modos involuntarios, cuando en una relación se va en contra del agrado de una de las partes (19).

Esta justicia se entiende como una igualdad aritmética, ponderadora de los cosas y las acciones en su valor objetivo, que hace que nadie reciba más de lo que da. Por lo cual la correctividad impuesta se dirigirá a la consecución de un término medio compensatorio entre la pérdida y la ganancia, siendo impuesta por el juzgador, el cual encarna el término medio operando como intermediador imparcial (20).

2. La exigencia de la equidad, que deja siempre abierta la cuestión de la cualificación propia de la juridicidad de un juicio, o sea de la cualificación del juicio jurídico.

Dicha exigibilidad surge como consecuencia de que las normas legales tienen, necesariamente, la característica de la generalidad, en tanto que las circunstancias de cada caso son particulares. De manera que la ley debe encontrar su complemento en la "epikeia", la cual corrige técnicamente la generalidad legal sin contradecir sus preceptos y es parte de la justicia que se acomoda a las singularidades pertinentes, convirtiendo al juez que la aplica en verdadero árbitro; pues el árbitro evidencia la

equidad y le da fuerza mientras que el Juez público no vislumbra más allá de la ley (21).

Por su parte, los jurisconsultos romanos de la época clásica entendieron que las reglas jurídicas no debían ser caprichosamente formuladas por los organismos encargados de elaborarlas, puesto que llenan una finalidad que no se corresponde con el arbitrio del legislador, sino que constituye el criterio a que ha de obedecer su implantación. Existe un patrón ideal al que las normas jurídicas han de amoldarse, esto es, la implantación o realización de la "iustitia" para designar la idea de "aequitas", que alude etimológicamente a la igualdad.

La "aequitas" era para aquéllos el modelo al que debe adaptarse el Derecho, la finalidad a que la norma jurídica debe tender. Entre lo meramente "iustum" y lo "aequum, bonum et aequum, aequum melius", se establecía una diferencia similar a la que nosotros fijamos entre lo meramente legal y lo que obedece a los dictados de la justicia objetiva, estimada tal como es sentida en el ambiente social de un tiempo dado (22).

Conforme a esta línea CICERON afirma en "De legibus" que la mayoría de las veces, para empezar a hablar del Derecho hay que partir de la ley, porque ella es la fuerza de la naturaleza, el espíritu y la razón del hombre pru-

dente, la regla de lo justo y de lo injusto. Sólo existe un Derecho: el que sirve de vínculo a la sociedad humana, y que está constituido por una ley única. Esta ley es la recta razón, y quien la ignora, esté escrita o no, es injusto (23).

Asimismo, en la "Tópica" señala que "el Derecho es la constitución de la equidad (24), orientando nuestro propósito de reconsiderar la idea del Derecho como expresión normativa de cierta igualación dada para una realidad ético-social. Mientras que en "De officiis" cita una noción que reza: "Siempre se pide al Derecho el efecto de igualar, y no puede ser de otro modo" (25), con lo que se llega a definir formalmente el "ius" como "quaesitum". Pues se considera que sustancialmente el Derecho no es sino "búsqueda" resoluble en términos de equidad que se ha de desenvolver en la oportuna argumentación, reconociendo la categoría de la "equidad" como paradigma definitorio del Derecho (26).

De igual modo, aunque desde otra perspectiva, SANTO TOMAS DE AQUINO en la "Summa Theologica" (27) aporta gran cantidad de sugerencias que podemos clasificar en varios puntos:

- 1.- La determinación de la cosa justa: al erigirse la ley humana en idea "preexistente en el entendimiento como

cierta regla de prudencia", formulada por escrito; se supone a ésta no como el Derecho mismo, propiamente hablando, sino como cierta razón del Derecho.

Si se quiere, por tanto, abandonar el ámbito del orden potencial para entrar en el de la actualización de lo jurídico, hemos de acercarnos a lo concreto, jugando la ley humana como principio iluminador (28).

2.- La técnica hermenéutica: la doctrina tomista sobre la determinación del Derecho supone un planteamiento hermenéutico de la realidad jurídica, ya que el enfrentamiento entre principios y circunstancias del caso encierra siempre una tarea de interpretación. Pero el planteamiento llevado a cabo es peculiar, parte de una evidencia: la de los principios éticos que emanan del orden natural. La ley no se apoya, así, sobre una base axiológica imprecisa, sino sobre razones lógicamente necesarias (29).

3.- La captación prudencial: la apreciación de lo justo natural, surgida de la proyección de principios necesarios sobre las circunstancias del caso, precisa que el juez persiga su contenido objetivo, aprehendiéndolos prudencialmente y contribuyendo, con su tarea, a alumbrar los aspectos de la realidad personal y social, en el que el Derecho se circunscribe (30).

Más modernamente, y dando un gran salto en el tiempo, la teoría de la posibilidad en la que nos apoyamos, en cuanto al criterio de compatibilización de intereses respetuosa con la situación presente y con las condiciones de su desarrollo es la del pensamiento desenvuelto por escritores como CASSIRER (31) y WHITEHEAD (32), principalmente, conforme a la construcción del paso del "ser" al "debe ser", por medio del "poder ser". Lo "posible" se entiende en el sentido que ARISTOTELES lo hace en su "Metafísica" (33), o sea, manteniendo que algo es posible si al pasar al acto del cual se dice que este algo tiene la potencia, no resulta de ella ninguna imposibilidad. Con lo que, según esto, "posible" significa "lógicamente posible" en cuyo caso la posibilidad es equivalente a la no repugnancia lógica. En otras palabras representa el desarrollo del principio lógico de no-contradicción.

Hay que recordar que siglos atrás A. PEREZ, jesuita navarro del siglo XVII, ya había elaborado en su obra (34) un concepto de derecho subjetivo, afirmando que "la compensación es el objeto de la justicia", en concordancia con la idea de que la "suidad" es la forma típicamente jurídica de atribución de una utilidad varia, y en todo caso objeto de la protección jurídica, efectuada sobre tal contenido, precisamente en cuanto perteneciente a un sujeto. La nota de "juridicidad" típica, legítima al

portador de la "suidad" no sólo para las operaciones a que estaría facultado por el título de adquisición, sino para todas las operaciones libres cuya protección y garantía vienen constituidas por la normalidad jurídica (35).

Tal doctrina desarrolla un antecedente valioso para aplicar el pensamiento jurídico de ARISTOTELES a los ordenamientos modernos. Y podemos decir que análoga tarea es la realizada actualmente por varios autores como STONE, DWORKIN, CHIODI, RAWLS, RAZ, etc.

STONE en su obra "Human Law and Human Justice" (36) establece cuáles son los ideales que pueden ser considerados como preceptos prácticamente absolutos de justicia material en nuestra situación histórica bajo forma de directivas aproximativas, que se muestran y actúan en diferentes sentidos de justicia. Al Derecho privado afectan de forma variablemente directa e indirecta los siguientes:

- a) Considerar la libertad de formación y de afirmación de los propios intereses de todo individuo estimando a cada persona como normal y moralmente autónoma.

- b) Realizar los ajustes y cambios de ventajas y cargas propuestas al control social mediante el Derecho, ateniéndose a los bienes y males de la vida social humana.

- c) Considerar que siempre compete al propio interesado el reconocer con la máxima meticulosidad todos los aspectos de la situación que actúa o deja de actuar.
- d) Respetar el principio de reciprocidad y de igualdad entre las personas.
- e) Deber ser acompañada toda alteración profunda de la distribución de ventajas que haya disfrutado del consentimiento usual general, de la garantía de remedios adecuados en favor de las personas cuya situación haya sido deteriorada.
- f) Mantener que todo sacrificio no debe nunca exceder de una razonable proporcionalidad con la infracción cometida (37).

Semejantemente, en la concreción del tema estudiado, DWORKIN en "Laws's Empire" (38) se propone la defensa de la justicia integral, aceptar el principio de integridad como soberanía sobre la ley, al ser entendida ésta como una comunidad gobernada por una sola y coherente visión de justicia y equidad. La justicia se erige según una cuestión de derechos; y la equidad según una cuestión de la buena estructura para el sistema.

Sostiene que la ley concreta no es exhaustiva de

ningún catálogo de reglas en la regulación de las conductas y ha de fijarse por su integridad inclusiva, la cual constituye la norma que el juez está obligado a declarar. Pues la ley, tal y como se presenta externamente, contiene otra normativa que se ofrece a modo de justificación desde la perspectiva de la institución de la que se trate en particular abstrayéndose de todos los contenidos de la equidad, que determinan sus propias finalidades, y es definida por pura integridad (39).

Mientras que CHIODI en "Equità. La categoria regolativa del Diritto" (40) mantiene que la ley se funda como tal en la autoridad, y el Derecho lo hace sobre la equidad, de acuerdo con su significado formal, la identificación de la juridicidad y la legalidad se hace siempre en base a un prejuicio, que en su estructura se configura como un juicio propiamente ideológico.

Sin embargo, la ductilidad y la independencia connatural al principio equitativo sirve de instrumento conceptual que responde en el modo más amplio a la exigencia de adecuación a la realidad concreta y ofrece la irrenunciable garantía de la imparcialidad del juicio. Dicha noción conforma la única posibilidad de afirmar la libertad a través de la categoría del Derecho, puesto que esta libertad - cuyo fundamento es el de que, la que pertenece a un sujeto, no ha de dañar a la que corresponde al

otro -, no puede ser, sino un efecto relacional expreso de un juicio de equidad que se basa en el equilibrio compensatorio de intereses.

Y, por último, se afirma que la actuación hermenéutica es una garantía para la posibilidad de una construcción racionalmente fundada del juicio en cada caso (41).

Para RAWLS, según suscribe en "Teoría de la justicia" (42) y en "Justicia como equidad" (43), el problema de la sociedad civil radica en el deber ser responsable directamente no sólo de la realización del contenido de la ley, sino, sobre todo, de su "ratio". La norma jurídica tiene un cuerpo moral, explicitado por este autor en el hecho de que la democracia de la sociedad abierta y de la sociedad justa sostiene el principio de equidad al cual inspira (44).

Según él, el problema fundamental que hay que afrontar al ofrecer un análisis sistemático del concepto de justicia es derivar y articular los principios asociados a éste: Aquéllos que personas racionales reconocerían cuando se les imponen las restricciones de la moralidad en circunstancias que dan origen a cuestiones de justicia, como sería principalmente la del establecimiento de un litigio. Se establece que cuando el concepto de justicia se

aplica a la estructura básica del sistema político y social los principios a él asociados son:

A) Cada persona que participa en dicho sistema, o se ve afectado por él, tiene un derecho igual a la más amplia libertad compatible con una similar libertad para todos.

B) Las desigualdades son arbitrarias. De lo que se deriva:

- a) Que si los principios que uno propone son aceptados, las quejas de los otros serán juzgadas de forma similar.
- b) Que ninguna queja será oída hasta que más o menos se haya alcanzado unanimidad respecto a cómo se han de juzgar las quejas.
- c) Que los principios propuestos y reconocidos en una ocasión vinculan en todas las ocasiones futuras, a no ser que se den circunstancias especiales.

El concepto de igualdad es aplicable en general, ya que una institución satisface las demandas de la igualdad si es acorde con los principios que serían reconocidos por personas racionales y mutuamente auto-interesados desde una posición original de igual libertad (45).

Y, por su parte, RAZ en "The Concept of a Legal System" (46) estima que un sistema legal se concibe como un sistema de razones para la acción; y que la ley forma parte del mismo, siendo reconocida y reforzada por sus aplicadores. Causa por la que éstas deben individualizarse con una expresión relativamente simple, en cuanto a su concepto y estructura. El pleno propósito de división del sistema legal en leyes es para crear simples unidades y para facilitar su determinación discursiva; a la vez que para promover el análisis de la ley y hacerla más fácilmente comprensible.

Las leyes han de de auto-contenerse y cada una de ellas debe expresar nítida y totalmente la parte del sistema legal que a ella le atañe, según el instituto jurídico de que se trate en cada supuesto. Tal sistema se divide naturalmente, sin combinar ideas no relacionadas y sin dividir ideas referidas en varias leyes no guiadas por buenas razones mas (47).

En el Derecho positivo comparado, el ejemplo que más se adecúa al planteamiento en que nos movemos, se contiene en el Código de Procedimiento Civil italiano de 28 de Octubre de 1949, que preceptúa en el art. 114:

"El juez ya sea en primera instancia, ya en ape-

lación puede fallar con arreglo a equidad si se discute un derecho del que pueden disponer las partes y si ambos de común acuerdo, lo solicitan del juzgador".

La Exposición de Motivos de la Ley aclara la causa de tal regulación al decir que, en ambos casos, el interés y la importancia concedida a la conciliación y a la decisión de equidad, significan el firme propósito de eliminar pleitos estériles y de acomodar la litis al tratamiento que, por suposiciones de la realidad exige la cuestión litigiosa. En último término se indica que si era razonable atribuir a los litigantes la facultad de pedir a unos árbitros de su elección una solución equitativa de la controversia, por paridad de razón habría de reconocérselas la de dirigirse con la misma confianza al Juez profesional, remitiéndose al sentimiento de equidad por él adquirido en el ejercicio de su ministerio.

Tal regulación ha de completarse con la modificación llevada a cabo por el art. 3º de la ley de 30 de Julio de 1984, referente al art. 113 "in fine" de aquel Código que sostiene que "el conciliador decidirá según equidad observando el principio regulativo de la materia" (48).

Por consiguiente, las propuestas contenidas en esta tesis se determinan de acuerdo con el estado de la

cuestión expuesto y con todas las posturas que aún no señaladas han tratado ante todo, hasta la actualidad de superar concepciones y teorías inadecuadas, desarrollando conceptos estructurados en torno a la realidad completa del orden jurídico, capaces de constituir una plasmación convincente y manejable para su aplicación a los problemas examinados.

NOTAS

- (1) Cfr. MACINTYRE, A.: "Whose justice? Which rationality?" Duckworth, London 1988, pp. 164 y ss.
- (2) V. CASTAN TOBEÑAS, J.: "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)", Reus, Madrid, 1947, pp. 142, y 143; HERNANDEZ GIL, A.: "Metodología de la Ciencia del Derecho", vol. III Madrid 1973, pp. 237 y ss.; PEREZ GONZALEZ, B.: "El método jurídico", R.D.P. 299, 1942, p. 23.
- (3) V. ALONSO PEREZ, M.: "Sobre la esencia del contrato bilateral", Universidad de Salamanca, 1967.
- (4) V. DISTASO, N.: "Causa e simultaneità del synallagma funzionale nell'esecuzione dei contratti con prestazioni corrispettive" en Giurisprudenza completa della Corte de Casazione Civile, serie II, vol. XXVII, año 1948, 2- quatrimestre, Roma 1949, pp. 120 y ss.
- (5) V. ESPIN, D.: "Tendencias modificadoras de la categoría de contrato bilateral", en Homenaje al Prof. Pérez Serrano. Madrid 1959, pp. 445 y ss.
- (6) GOULDNER, A.W.: "The Norm of Reciprocity", A.R.S.P. XXV, 1960, pp. 161 y ss.
- (7) V. SCALFI, G.: "Corrispettività e alea nei contratti con prestazioni corrispettive", R.D.Co. CXI, 1963, pp. 424 y ss.
- (8) V. ADDEO, P.: "Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi", Torino 1921.
- (9) V. ARECHEDERRA, L.I.: "La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual", Montecorvo, Madrid 1978.
- (10) V. BARTHOLOMEYCZIK, H.: "Äquivalenzprinzip. Wertgleichheit und Gegengewichts Prinzipien der modernen Rechtsentwicklung", A.C.P. 166, 1966, pp. 30 y ss.

- (11) V. HACKL: "Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit" en der Betriebs-Berater 29, 1971, pp. 1412 y ss.
- (12) V. LOPEZ JACOISTE, J.J.: "Sobre la aporía de la equivalencia contractual. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. F. de Castro y Bravo II, Madrid 1976, p. 831 y ss.
- (13) V. MAURY: "Essai sur le rôle de la équivalence", (Tesis), Toulouse 1920.
- (14) V. PEROT-MOREL, M.A.: "De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat", Paris 1961.
- (15) V. PEDRAZ PENALVA, E.: "El principio de proporcionalidad y principio de oportunidad" en "La reforma del proceso penal" (Ponencia), II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Zamora 1989.
- (16) V. PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V.: "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas", R.P.J. 17, marzo 1990, pp. 69 y ss.
- (17) V. ARISTOTELES: "Ética a Nicómaco", Edic. bilingüe y trad. de Arango y Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985.
- (18) V. ARISTOTELES: "Retórica", Edic. bilingüe, trad. de Tovar, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985.
- (19) Cfr. ARISTOTELES: "Ética ..." cit., Libr. V, cap. 4, 1132a 18.
- (20) Cfr. id. Libr. V, cap. IV, 1132a y b.
- (21) Cfr. ARISTOTELES: "Ética ..." cit., Libr. V, cap. IX y Libr. V, cap. X, 1137a; y "Retórica" Libr. I, cap. 13, 1374a 27 - 1374b 23.

- (22) Cfr. ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.: "Derecho romano", t. I, Edit. R.D.P., Madrid 1988, pp. 35 y 36. V. también CHICCA: "Jus: ars boni et aequi", R.I.F.D. 38, 1961, pp. 457 y ss; KIPP: "Aequitas", P.W. 1, pp. 598 y ss.; RAGUSA: "Diritto e equità", A.G., CIV, 1930, pp. 87 y ss.
- (23) Cfr. CICERON: "De legibus" I, 19 y 42.
- (24) "Ius civile est aequitas constituta"; Cfr. CICERON "Topica" 9.
- (25) "Ius enim semper est quaesitum aequabile neque enim aliter"; Cfr. CICERON: "De officiis" I, II, 12, 42.
- (26) Cfr. especialmente el comentario de CHIODI, G.M.: "Equità. La categoria regolativa del Diritto", guida Edit., Napoli 1989, pp. 17 y ss. y ZAMBONI: "L'aequitas" in Cicerone", A.G. 170, 1966, p. 167 y ss. Y v. en "De officiis" la reseña muy explicativa que hace CICERÓN al decir que: "...qui iuris civilis rationem nunquam seiunxerit ab aequitate", ("Pro. A. Cecina" 78); y en la "Topica" (IV, 23) cuando determina que "valeat aequitas quae paribus in causis paria iura desiderat".
- (27) SANTO TOMAS DE AQUINO: "Summa Theologica", BAC, T. VI, Madrid 1956.
- (28) id. II-II, q 60, 6.
- (29) id. I-II, q 91, 4.
- (30) id. I-II, q 94, 4.
- (31) Cfr. CASSIRER, E.: "An Essay on Man. An Introduction to a Philosophy of Human Culture", Yale University Press, 1944, p. VIII.
- (32) Cfr. WHITEHEAD, A.N.: "Nature and Life", Greenwood Press, New York 1977.

- (33) Cfr. ARISTOTELES: "Metafísica" III, 1005b 15 y ss.
- (34) Cfr. A. PEREZ: "De iustitia et iure, et de restitutione et poenitentia", Lyon 1661.
- (35) Id. Disp. I, n. 22; Disp. II, n. 56.
- (36) V. STONE, J.: "Human Law and Human Justice", Stanford university Press, 1965.
- (37) id., pp. 341 y ss.
- (38) V. DWORKIN: "Law's Empire", Harvard University Press, Massachusetts 1986.
- (39) Cfr. id. cap. "Law beyond Law", pp. 406 y ss.
- (40) V. CHIODI, G.M.: "Equità. La categoria regolativa del Diritto", Guida Ed., Napoli 1989.
- (41) id., pp. 38, 39 y 59.
- (42) Cfr. RAWLS, J.: "A Theory of Justice", Harvard University Press, Cambridge 1971.
- (43) Cfr. RAWLS, J.: "Justicia como equidad", trad. Rodilla, Tecnos, Madrid 1978.
- (44) Cfr. PATRIARCA, M.: "John Rawls: che cosa merita l'uomo (la ragione dell'equità)", Armando Edit., Roma 1985, p. 130.
- (45) Cfr. RAWLS, J.: "A theory ..." cit., pp. 60 y ss., 237 y ss. y 260 y ss.; "Justicia como ..." cit., pp. 41 y 42.
- (46) RAZ, J.: "The Concept of a Legal System", Clarendon Press, Oxford 1980.
- (47) id., pp. 143 y ss.

- (48) En el pensamiento anglosajón se habla recientemente también de nuevas aplicaciones de la equidad. V. HAMBURY, H.G. y MAUDSLEY, R.H.: "Modern Equity", Stevens & Sons, London 1989, pp. 44-45.

- PRIMERA PARTE: ANALISIS GENERAL
DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS
DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS
CRITERIOS DEL ORDENAMIENTO
POSITIVO VIGENTE EN LA COMPOSICION
DE CONFLICTOS DE INTERESES

CAPITULO I. FUENTES DE PRODUCCION DE LOS CRITERIOS DE
DISCRECIONALIDAD Y EQUIDAD

1. IDEAS GENERALES

Las fuentes de producción (1) de los criterios de discrecionalidad y equidad, tanto en sentido amplio para la resolución de las controversias surgidas entre partes contendientes como en el sentido más específico, relativo a la solución de conflictos planteados como consecuencia del incumplimiento de obligaciones bilaterales, lo constituyen, de un lado, los órganos jurisdiccionales - integrados por los Jueces unipersonales y Tribunales colegiados -; y, de otro, los intereses presentes que han de ser valorados en los litigios. La causa de ello radica en que:

1. Las fuentes materiales de criterios normativos emanan de aquellos grupos que en la sociedad tienen el poder suficiente y válido para enjuiciar los elementos fácticos de un caso y dictar las decisiones dirimientes en las disputas que pudieran surgir. El Estado establece normativamente los órganos que tienen tal función para que los sujetos de una sociedad conozcan de antemano quién puede solventar sus diferencias, ya sea en base a la potestad

caracterizada por la autoridad que proviene de la soberanía estatal (2); o a la voluntad de los litigantes.

2. La concepción normativa del Derecho que tuvo apogeo a finales del siglo XVIII y en grandes etapas del XIX, fundamentada en la consideración de la ley como manifestación jurídica preponderante, y en realidad única fuente directa y propia del Derecho positivo, goza de pocos defensores, sucediéndose hoy día nuevas teorías que caben llamarse pluralistas, la cuales admiten variadas fuentes e incluso variados órdenes jurídicos. La teoría lógica de la aplicación de la norma se ve desplazada por la funcional de la individualización, realización y elaboración del Derecho, que ofrece magníficas posibilidades para el reconocimiento de una actividad creadora tanto jurisdiccional y arbitral (3).

3. En los países de Derecho civil codificado existe una estructura jurídica conformada fundamentalmente por normas generales, pero cuya eficacia depende de la aplicación que se haga de ellas por los órganos judiciales (4) encargados de su realización práctica.

4. Indudablemente, los órganos jurisdiccionales y los árbitros se sitúan en un plano distinto que el legislador, actuando este en el nivel de lo abstracto y aquellos en el de lo concreto, por lo que su actividad nunca

puede llegar a ser equiparada. La cuestión se plantea realmente en el paso de lo abstracto a lo concreto (5) para la materialización de la justicia y el equilibrio entre la satisfacción de intereses puramente particulares con los de carácter general.

5. Aunque un interés jamás puede actuar contra un derecho, ni a su vez, el ejercicio de un derecho, dentro de sus límites, puede verse coartado por la existencia de simples intereses. Por el contrario, es posible la contradicción entre los últimos (6), naciendo de ello espontáneamente conflictos que justifican la composición para lograr la armonía que se precisa.

6. Como el Derecho se adscribe en el mundo de la realidad de los individuos y no en el seno de los objetos puramente universales o ideales, las dimensiones generales proporcionan únicamente el contorno de lo jurídico, pero no sitúan todavía a cada extremo del mismo en el lugar preciso en que deba hallarse (7), lo cual exige una valoración por el sujeto enjuiciador de los intereses puestos en juego, que revelará el funcionamiento singular de la relación existente en cada caso.

2. PUENTES CONFIGURADAS FORMALMENTE

2.1. ORGANOS DE NATURALEZA JURISDICCIONAL

2.1.1. Concepto

La presencia del Estado moderno en el mundo jurídico ha provocado un cambio radical. Como dice FENECH (8) "la conexión y la fuerza de la soberanía estatal, los medios de que dispone el Estado con caracter de monopolio, el entramado orgánico de poderes en todos los niveles, la despersonalización del sistema jurídico orgánico, con la consiguiente sustitución del poder de las personas concretas por el de las instituciones, por la fungibilidad de los individuos que a través de ellos ejercen el poder, la necesidad de arbitrar fórmulas de equilibrio y contrapeso para evitar la concentración de poderes, características del Estado liberal, para permitir la mayor libertad posible de los ciudadanos, y el reconocimiento de los derechos de éstos incluso frente al Estado, que caracterizan el Estado de Derecho, no se encuentran ni en la "polis" griega, ni el Imperio romano, ni a lo largo de toda la Edad Media, y ni siquiera en los Estados que, fruto del Renacimiento, llegan hasta principios del siglo pasado".

El Estado actual se constituye en una agrupación política que coordina los diversos poderes existentes en su seno herederos del Estado absoluto personalista, me-

dante un complicado mecanismo en el que se da cabida a los tres poderes fundamentales: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial (9).

Las funciones del Estado, se reparten, pues, necesariamente entre órganos diferentes, los cuales procediendo de manera autónoma e independiente el uno del otro presentan un poder único en su esencia, aunque fraccionado en su ejercicio.

De acuerdo con lo dicho, el art. 117.3 de la C.E. preceptúa: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados, y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que los mismos establezcan". Y en la misma dirección el art. 2.1. de la L.O.P.J. de 1985 dictamina: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la leyes y en los tratados internacionales" (10).

Así es que podemos definir con GUASP (11) los órganos jurisdiccionales como "aquellas reuniones o complejos de personas de carácter público unificados por la idea fundamental del ejercicio jurisdiccional".

De lo cual se desprende, que es necesaria la existencia de personas físicas que actúen de modo representativo; las cuales en el sistema jurídico español se encarnan en el personal juzgador (Jueces y Magistrados), y en el personal que cumple meramente con tareas secundarias (Secretarios Judiciales, Oficiales, Auxiliares o Agentes) (12). Si bien, nosotros sólo nos hemos de fijar en los primeros, al ser su función la única que interesa a nuestros efectos. Esta cuestión se explica conforme a la raíz etimológica de la palabra "Juez" - término genérico con el que se conocen los componentes orgánicos dichos - "jus" de "iudex" "iudicis" (13), por lo que su concepto debe derivar también de la actividad que le caracteriza: juzgar, es decir, hacer justicia.

Los citados órganos pueden ser de dos clases: unipersonales, o constituídos por una única persona, a los cuales se les denomina Juzgados, y en los que la potestad la tiene el Juez como titular; y colegiados, integrados por varios sujetos a los que se les llama Tribunales, estando constituídos por Magistrados, los cuales actúan como titulares de forma conjunta, si bien existen ocasiones en que un Magistrado único puede ostentar la titularidad de un Juzgado (14).

Tanto los órganos unipersonales como los colegiados reúnen las características de ser sedentarios - se en-

cuentran fijos en un lugar determinado -; permanentes - ejercen su función continuamente -; y solemnes- actúan de un modo formal (15).

No obstante, la voz "Jurisdicción", sin otra especificación, admite diversas conceptualizaciones dependientes de la postura que se adopte, de manera que subjetivamente significa el conjunto de órganos estatales que intervienen en el proceso; objetivamente, el conjunto de materias procesales en las que intervienen los órganos del Estado; y desde el punto de vista de la actividad, el conjunto de actos realizados por los órganos estatales, al intervenir en el proceso.

Pero al hablar del término expresado conviene superar estas acepciones parciales y referirse a una idea más amplia, la de función, desestimando la idea general por la que se entiende la función que realiza cualquier órgano o conjunto de órganos preferentemente del Estado, cuando interviene dentro de la esfera de atribuciones que le es propia conforme a Derecho.

Más específica y correctamente podemos definir la función jurisdiccional desempeñada, desde el punto de vista jurídico subjetivo, como la actividad del Estado con la que se provee la tutela del derecho subjetivo, y la reintegración del derecho amenazado o violado (16). Desde la

perspectiva objetiva, la función de la jurisdicción consiste en la actuación y tutela del Derecho objetivo (17). Y, sociológicamente, se entiende como la resolución coactiva de un conflicto social (18).

Ahora bien, en realidad lo que ha de subrayarse en relación con el tema de la producción de criterios de discrecionalidad y equidad, es que los órganos jurisdiccionales son aquellos que asumen la tarea de satisfacer pretensiones: porque si no se reconociera la figura de la satisfacción procesal, quedaría abandonada la satisfacción de cualesquiera pretensiones de contenido análogo. Como dice GUASP (19), "aunque al Estado interesa suprimir los conflictos sociales y dar efectividad a los derechos subjetivos que la ley reconoce, o con mayor intensidad, realizar prácticamente las normas que él mismo ha puesto en vigor; ninguna de las funciones que inmediatamente se dirigen a este fin se basa en supuestos de estricto carácter jurisdiccional". Contrariamente, el fundamento y razón de la existencia de los órganos jurisdiccionales radica en la idea de que el peligro que supone para la paz y la justicia de la comunidad una abstención en este punto, determina como función primordial e insustituible la de satisfacer las pretensiones que las partes puedan formular entre sí.

2.1.2. Evolución histórica

Una idea básica que subyace en la naturaleza y pensamiento humanos a lo largo de los diferentes períodos y culturas es: el culpable debe pagar. Por esta razón, la primera manifestación histórica que surge en este sentido desde una perspectiva psicológica del ofendido es la venganza privada, no cabe duda de que su propia satisfacción se producirá de modo inmejorable mediante una reacción personal instantánea y completa (20).

Sin embargo, la venganza privada nunca puede considerarse como verdadera justicia, pues se trata de una injusticia que reclama una venganza nueva. La creación de Tribunales que juzguen imparcial y objetivamente es el signo de que se han cimentado los principios de la civilización (21). Pero nos tenemos que preguntar, hasta alcanzar la fase más perfeccionada ¿cuáles son los "órganos" de los que proceden las decisiones conflictuales?, y ¿qué modificaciones han experimentado a lo largo del tiempo?

Pues bien, como es lógico la evolución de la justicia siguió la pauta de los cambios organizativos político-sociales. Según dice SUMNER MAINE (22), en los ejemplos de las sociedades antiguas que tienen cierta afinidad con las nuestras, nos encontramos con un personaje que se parece al que hoy día se le asigna el término de "Rey", en-

contrándose siempre asociado a la administración de justicia. Por lo común es mucho más que Juez, es casi siempre Jefe militar, constantemente Sacerdote o Gran Sacerdote.

Desde que se entra en un mundo más desarrollado apreciamos la existencia de las Asambleas populares, las cuales se encuentran junto con el Rey en gran número de sociedades, pareciendo ser que se atribuía siempre a este último una jurisdicción suplementaria o complementaria (23). Asamblea y Tribunal popular son en principio una misma institución, es decir, reuniones de hombres libres que forman parte de la comunidad, convocados para funciones públicas diferentes. Aparece el Rey, en tanto que Juez, en oposición al Tribunal de justicia popular, como depositario de la autoridad judicial.

Todo ello se fué manifestando, de manera que las instancias citadas fueron creciendo en importancia en comunidades como Atenas y Roma, al contrario de lo que ocurrió en aquellas que estaban dispersas y no poseían ciudades cerradas, en las que el Rey aumentara su poder de acción (24).

Poco a poco, a medida que las funciones sociales se fueron diferenciando, surgieron las instituciones judiciales, propiamente dichas, merced a la delegación que los Reyes hacían de sus poderes jurisdiccionales, en favor de

Tribunales regulares y permanentes que aplicaran el Derecho.

Al llegar el período feudal la justicia real se redujo considerablemente, siendo los Señores los que ejercieron tal función como uno de los atributos esenciales de su poder, sobre el territorio al cual se extendía su jurisdicción. Mientras que, sobre todo, a partir del siglo XII los movimientos de emancipación de las Villas hicieron surgir nuevas jurisdicciones independientes, siendo sus poderes en este sentido muy diferentes unos de otros, sin olvidar la importancia de la Jurisdicción eclesiástica (25).

Esta situación cambiaría con la llegada de la Edad Moderna debido al fenómeno que se traduce de manera generalizada, por un lado en el abatimiento de la nobleza y su transformación de feudal en cortesana; y, por otro, en la oposición del poder real a los excesos y abusos de la Jurisdicción eclesiástica (26), con lo que se produciría como efecto la afirmación del poder real y la reducción de las jurisdicciones señoriales y eclesiásticas, al introducirse importantes reformas en la Administración de justicia, como la creación de un cuerpo de funcionarios que desempeñara actos de esta naturaleza por orden de los Reyes (27).

A lo largo de los siglos XVI y XVII el poder de los Monarcas se fué haciendo más absoluto, lo que, naturalmente, repercutió en el ámbito estudiado en todo lo relativo a su independencia.

Ya no habría investidura pontificia, características de los tiempos medievales, sino el dominio eminente del Estado, a cuya voluntad se debían someter súbditos, leyes y Parlamento (28). Por lo que la Jurisdicción, en los términos actuales, en todo lo relativo a la división de poderes no se llevaría a la práctica hasta la etapa inaugurada tras la Revolución francesa (con la que comenzaría la Edad Contemporánea) (29).

2.1.3. Estructura

El Poder Judicial en su dimensión subjetiva está configurado por una multiplicidad de órganos de muy diferente composición y atribuciones dentro de la organización en que se encuadra la Administración de Justicia, conforme a causas: 1) de tipo geográfico, para aproximar de la justicia al ciudadano; 2) de tipo material, por el gran número de asuntos que se le presentan y tienen que resolver; y 3) de tipo procesal, al dividirse el proceso en diferentes partes, que en muchas ocasiones pueden ser competencia de diversos órganos (30). De aquí la necesidad de que en

cualquier Estado moderno se cree una organización la cual se estructure bajo los principios de jerarquía y territorialidad (31).

Por otro lado, partiendo de la base de que la Jurisdicción es única, pues no puede hablarse de diversas clases de la misma, sino que lo correcto es referirse a sus distintas manifestaciones (32), lo que verdaderamente caracteriza la organización y el funcionamiento jurisdiccional hoy día es su unidad, como la otra cara del carácter exclusivo que posee (con la peculiaridad de la de carácter militar), para realizar lo que constituye el ejercicio de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 y 5 de la C.E.).

La estructura actual de los órganos jurisdiccionales ordinarios se rige por las normas previstas en la L.O.P.J. de 1 de Julio de 1985 y la L.P. de 28 de Diciembre de 1988, y es la siguiente (33):

A) ORGANOS UNIPERSONALES:

- Juzgados de Paz
- Juzgados de Primera Instancia e Instrucción
- Juzgados de lo Penal
- Juzgados de lo Contencioso-Administrativo
- Juzgados de lo Social
- Juzgados de Menores

- Juzgados de Vigilancia Penitenciaria

B) ORGANOS COLEGIADOS:

- Audiencias Provinciales

- Tribunales Superiores de Justicia

- Audiencia Nacional. De su Sala de lo Penal dependen:

- Los Juzgados Centrales de Instrucción y

- Los Juzgados Centrales de lo Penal

- Tribunal Supremo (34)

2.2. ARBITROS

2.1.1. Concepto

Es conveniente determinar el porqué de la expresión utilizada, y en especial la razón por la que hablamos de "árbitro" y no de "órgano arbitral", equiparadamente con la esfera de la Jurisdicción. La causa de ello es doble: en primer lugar, porque el concepto de "Organo" tiene

íntimas concomitancias con la organización pública (35), ámbito en el que se subsume precisamente el supuesto presente. Y, en segundo lugar, porque si bien en el Derecho privado también subsiste la noción de "Órgano" entre las personas jurídicas (36), éstas sólo pueden realizar la administración del arbitraje, y no las decisiones arbitrales propiamente dichas (art. 10 L.A. en relación con el 12.1 de la misma) (37).

Una vez que hemos dejado clara la cuestión suscitada, es hora de estudiar el tema central de este apartado siendo imprescindible para llegar al conocimiento deseado del término "árbitro", por su hondas repercusiones y matizaciones históricas, el tratar de su significado etimológico. Siguiendo la hipótesis que creemos más convincente y segura, la mantenida por SANCHEZ DE LA TORRE (38), sostenemos con él que en la raíz "arbi" surge la etimología de una autoridad socio-política que debido a su preeminencia respecto a un grupo dirigido o mandado por ella, o por la confianza que inspira a otros sus iguales, asume la función de realizar justicia pronta y directa entre los que se hallan bajo su dependencia o que, sin depender de él, solicitan su intervención a tal efecto.

El sujeto "ter" indica la peculiar posición de todo el que pretenda impartir justicia, en cualquier caso y bajo cualquier procedimiento, por hallarse "extra" y

"super partes", con lo que se encuentra como "tercero" frente a los intereses en conflicto.

La perspectiva moderna se mantiene dentro de la misma línea semántica, pudiéndose definir los árbitros como los jueces particulares a los cuales las partes contendientes, en base a su autoridad o/y confianza se someten para que por sí, o con otros iguales, lleven a cabo el arbitraje (39).

Como consecuencia, la función arbitral engloba necesariamente la aplicación de criterios de discrecionalidad y equidad. A tal efecto, sin perjuicio de lo que procederá de su posterior análisis más amplio (40), en una visión inicial se entiende por "arbitraje" la institución jurídica por medio de la cual los interesados, en virtud de una declaración de voluntad, sustraen el conocimiento y decisión de sus controversias a los Tribunales, transfiriendo la resolución a un tercero o terceros (los árbitros), a cuya decisión expresamente se someten, ya sea dictada conforme a Derecho o a equidad (41). O bien, partiendo de una perspectiva legalista se puede hablar de la institución mediante la cual las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas surgidas o que pueden surgir en materias de libre disposición conforme a Derecho (42).

Según esto se ha de sostener:

a) Que los árbitros son jueces no pertenecientes al Poder Judicial y, por ello, no estructurados dentro de la organización jurisdiccional.

b) Que la designación de los mismos se debe a las partes adversarias, al menos en el arbitraje tipo, que ejercen su autonomía privada (43).

c) Que tal determinación se fundamenta en la autoridad o/y confianza en el decisor.

d) Que los árbitros pueden ser uno o varios (44).

e) Que la función que llevan a cabo es la del arbitraje.

f) Que la función arbitral tiene que encarnar los criterios de discrecionalidad y equidad.

Ahora bien, lo dicho hasta ahora ha de ser concretado más aún, ya que dentro de la categoría general descrita de los árbitros, se distinguen varias figuras, según los diferentes métodos que se tengan en cuenta para delimitar el concepto estudiado:

1. Así, si se atiende a la fuente en la que se ha de apoyar para dictar el laudo, es posible diferenciar el árbitro "de Derecho" que ha de resolver el conflicto dado conforme a normas predeterminadas (45) y el "de equidad" que autoriza a que se resuelva según su leal saber y entender (46).

2. Con respecto al procedimiento a observar dentro del juicio arbitral, hay que diferenciar el árbitro que ha de seguir las prescripciones normativas formales correspondientes, denominado "ritual" o "formal" (47); de aquél que decide una controversia sin la obligación de observar el contenido de la norma en este tema, conocido como "irritual", "no-formal" o "libre" (48).

3. Y, puesto que el arbitraje no siempre deriva de la voluntad de las partes, sino que en algunos casos particulares es la ley la que impone la obligatoria intervención de los árbitros, con exclusión de la competencia de la autoridad jurisdiccional, se contraponen los árbitros "voluntarios" a los "necesarios", "legales", "forzosos" u "obligatorios" (49).

Por otro lado, aparte de establecer los diferentes conceptos, según las clases a los que pertenezcan, es necesario diferenciar la figura del árbitro de la del ar-

bitrador, ya que, como dice CHIOVENDA (50), mientras el primero conoce de una relación litigiosa en cuanto no atribuida al órgano jurisdiccional; el segundo es llamado a determinar en una relación jurídica, "per-se" pacífica, un elemento no definido de ella como puede ser el precio de una venta, la parte de un socio en la sociedad...

También hay que fijar el supuesto incorrectamente conocido con la expresión de "árbitro conciliador" (51) en relación a lo dicho sobre el árbitro y el arbitrador, ya que su labor puede ser acumulativa más bien de la conciliación y de la pericia: actúan en casos como los de naturaleza contable, o si es necesario el análisis de cuentas, escrituras o registros, devienen para conciliar a las partes, y si el acuerdo perseguido no se lleva a cabo, dan únicamente su parecer.

2.2.1. Evolución histórica

En base a los datos históricos de los que disponemos (52) la actividad de los árbitros fué la primera forma pacífica de obtener justicia y resolver las cuestiones o diferencias surgidas entre partes opuestas, ya se tratase de particulares o de Estados. La justicia impuesta por esta vía surgió como una reacción contra los daños y los excesos de la venganza privada por el propio ofendido,

marcando la transición hasta la aparición de los Tribunales del Estado.

La antigüedad de los árbitros es comprobable en gran cantidad de fuentes, tales como el "Código de Gentes", el "Génesis", y el "Exodo", interviniendo primeramente los patriarcas o jefes de la "gens", los parientes o los amigos, y cuando no fuera posible resolver los conflictos surgidos se acudiría, probablemente, en instancia posterior a la persona que rodeada de mayores garantías de honradez e imparcialidad fallara a favor de quien tuviera la razón de su parte (53).

Asimismo, en Grecia evidenciamos como, aparte de la importancia que tuvo la institución arbitral en las relaciones internacionales a partir del S.V. a.c. (54), en relación con la venganza privada y los actos de violencia consecutivos o los delitos de sangre, también aquella fue ocupando lugar hasta llegar las disposiciones más primitivas a hacerla obligatoria, antes de ser sustituida por la vía de carácter jurisdiccional.

Según DEMOSTENES, aún las Leyes de Solón autorizaron que se acudiera a los árbitros, sin ulterior recurso contra sus decisiones (S. VI), siendo en Esparta también conocido este sistema (55). En el S. IV ARISTOTELES distinguía entre la jurisdicción propiamente dicha y el ar-

bitraje : los árbitros podían consultarse y discutir entre sí, al contrario que los Jueces, los cuales sólo podían emitir su voto. Además de ser aquellos amigos comunes de las dos partes, a las cuales se acudía en los casos más importantes (56), aunque, posteriormente, fuera posible acceder a la Jurisdicción, quedando, únicamente, como una fase preliminar.

En Roma los árbitros figuraron durante largo tiempo al lado de los Jueces públicos, refiriéndose a ellos ya las XII Tablas. El arbitraje vino a ser la regla general en los "judicia privata" cuando se produjo la distinción entre el "jus" y el "iudicium", y constituyó el segundo grado del procedimiento en el que las partes eran remitidas por el Magistrado, para la resolución del asunto ante un "iudex" (57).

Sin embargo, este modelo de arbitraje desapareció a raíz de la implantación generalizada en el año 294 del procedimiento extraordinario y, a partir de entonces, toda la causa, incluso la decisión, correrían a cargo de funcionarios del Estado.

Por el contrario, no se llegaron a suprimir los árbitros particulares, elegidos libre y extrajudicialmente por las partes. Se innova en cierta medida este campo, siendo obligatorias las sentencias arbitrales, si las

partes o el árbitro o este y aquellos hubieran prestado juramento, o si los litigantes declarasen que aceptaban el laudo o lo ratificaban con su silencio dentro de los diez días de haberse dictado (58).

Más tarde, durante la Edad Media, en Europa se entregó a los árbitros las solución de los conflictos más importantes, ya que los Abogados tenían grandes dificultades para encontrar autoridades jurisdiccionales que fueran lo suficientemente fiables, surgiendo la generalidad del arbitraje "necesario" que tenía lugar en los conflictos que podían ocurrir entre miembros de una misma familia - como los derivados de herencias, fijación de linderos en el reparto de campos, de cultivo o de pastoreo - o el que un señor natural importara entre aquellos ante los cuales tuviese autoridad (59).

El árbitro actuaba tradicionalmente omitiendo cualquier rito formal y atendiendo sólo a la verificación de los hechos, para luego juzgar "pro bono et aequo". Su decisión no podía ser apelada ni sometida a reconvencción. Un árbitro había de dictar su sentencia en presencia de ambas partes y no tenía capacidad para dar fuerza ejecutiva a sus disposiciones (60).

El Estado moderno terminó con muchas de las vinculaciones feudales que facilitaban el arbitraje señorial

o de personalidades autorizadas por su prestigio social. El "arbitrarius iuris" fué ganando terreno al de carácter necesario (61) y entrado ya el siglo XVII anunció la rápida decadencia del arquetipo arbitral, aunque implicaba el reconocimiento de su estabilidad y consolidación dentro de los intereses sociales y económicos, que tantas transformaciones y procesos de complejidad sufrirían; movidos, principalmente, por el apogeo de las ciudades, el desarrollo del sistema mercantil, las nuevas exigencias políticas, los descubrimientos geográficos y el avance del movimiento colonial. Sin poder llegar el centralismo instituido ni la Monarquía absoluta suprimir la existencia de los árbitros ni ahogar la libertad ejercitada por las partes en la decisión de querer solucionar sus conflictos por este medio, al constituir la actividad realizada una auténtica utilidad pública por la brevedad y eficacia de los litigios que resolvía (62).

Derogado el Antiguo Régimen, los árbitros actuaban en la mayoría de los casos únicamente por diferencias dimanantes de la interpretación de un contrato, o en la determinación de la cuantía de ciertas indemnizaciones. Pero, las ideas liberales conllevaron un apogeo del desenvolvimiento de aquellos como producto de la actuación de la considerada intocable autonomía de la voluntad, primero y último fundamento del arbitraje, intentando utilizarlo como un medio de composición alternativo a las soluciones

que un Juez hubiera debido establecer. Esta concepción es la que se ha conservado hasta nuestros días (63) regulándose normativamente para lograr una mayor seguridad y garantía.

2.2.3. Composición

Según la normativa vigente y la realidad constatable, la estructura de la institución arbitral es muy simple, simplicidad que destaca de gran manera si la comparamos con la de los órganos de naturaleza jurisdiccional. Las causas de tal sencillez son esencialmente:

1. El origen respectivo, puesto que el sistema arbitral se sitúa en un campo extraestatal, derivado de la acción de la autonomía privada, y comprendido en un ámbito no organizado públicamente. Por el contrario los órganos jurisdiccionales provienen y son expresión de la soberanía estatal, siendo necesaria en ellos una mayor y más compleja organización que hace que se convierta en un auténtico aparato de Administración de Justicia.

2. El mantenimiento en el sistema arbitral de una relación, lo más directa posible, de las partes afectadas con los árbitros decisores. Cosa que no se conseguiría si, como en los órganos jurisdiccionales, existieran diversas

escalas, constituyendo cada una un rango superior o inferior, e intervinieran funcionarios auxiliares del Juez.

3. La brevedad y eficacia, son inherentes al sistema arbitral. No cabe duda de que una organización compleja entorpecería en alto grado el desenvolvimiento de la resolución de los conflictos. Sucede lo contrario que en el seno de la Jurisdicción, donde la brevedad y eficacia son deseables pero no reales, debido, entre otros factores, a la gran cantidad de trámites por los que pasar, atribuidos cada uno a diferentes órganos, hasta llegar a conseguir un fallo irrecurrible.

De lo que resulta que la composición estructural es la que sigue a continuación:

- El número de los árbitros será impar (art. 13 L.A.), previéndose una serie de reglas para su nombramiento cuando el arbitraje sea "ad hoc", y proceda la formulación judicial (arts. 13 y 41 L.A.) (64); y

- En el caso de que se requiera más de un árbitro tendrá que nombrarse un Presidente del Colegio Arbitral (art. 13 L.A.).

Sin embargo, a diferencia de lo que puede parecer, no todo ha de quedar en la mera enunciación de unas

normas organizativas, sino que también es importante el describir en este lugar las características personales, e incluso legales, que los sujetos decisores han de reunir. Estas particularidades aparecen juntas o separadas, pero siempre son causa y efecto unas de otras, siendo los rasgos más sobresalientes:

- La autoridad que puede revestir el árbitro, como lo demuestra el mismo significado etimológico de la raíz "arbi": "señorío", "poder", "dominio" o semejante; y la definición que dan todos los Diccionarios castellanos del adjetivo "arbitro": "Dícese del que puede hacer alguna cosa por sí sólo sin dependencia de otro", idea que se mantiene no sólo "sobre sí mismo", sino también "desde sí mismo hacia otros o hacia otra cosa".

Esta comprensión se encarna en la vida práctica desde los comienzos de la evolución histórica operada hasta los tiempos actuales a causa de las numerosas implicaciones que tiene el árbitro con una autoridad especial. Tal autoridad nace de atribuírsele una personalidad superior por ser digno de respeto entre los sujetos enfrentados o ser reconocido públicamente; y de tener una edad suficiente.

- La confianza o familiaridad que tienen las partes en relación con el árbitro, lo cual se manifiesta,

al igual que el anterior caracter, en el significado originario de la raíz "arbi", pues en los pueblos indoeuropeos no era necesario designar heredero, sino que los bienes se transmitían directamente al "señor", al "dueño".

A su vez, la figura del "arbiter" primigeniamente denota una credibilidad y confianza especial, expresa en la mira concreta al resultado más satisfactorio y en la actuación en épocas en las que las cuestiones surgían entre jefes o entre súbditos propios, siendo el árbitro un mandatario con capacidad para conocer suficientemente la transcendencia de la resolución final. Hoy, el aspecto tratado suele ser el que más influye en la elección del decisor, basada, sobre todo, en lazos parentales o de amistad; aunque también es dable la fundamentación exclusiva en condiciones como la experiencia, la fiabilidad, la objetividad, y la justicia en el comportamiento.

- La especialización y conocimientos técnicos de los árbitros, que hace que los contendientes dejen la cuestión litigiosa en manos de personas que entiendan específicamente del asunto que se discute para asegurarse un enjuiciamiento más comprensivo de los hechos acaecidos y, una valoración más exacta de los mismos, donde los propios árbitros actúen como auténticos peritos (65).

Por consiguiente, los requisitos que han de reu-

nir para que se cumpla lo anteriormente dicho son: el buen conocimiento de la materia y la experiencia suficiente, lo cual se funde en la exigencia de profesionalidad.

2.3. ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE LAS ACTIVIDADES JURISDICCIONAL Y ARBITRAL.

2.3.1. Aspectos comunes

De los órganos de naturaleza jurisdiccional y de los árbitros se derivan analogías y diferencias en las actividades propias de cada uno de ellos, en los que se hacen patentes diversos modos de manejar los criterios de discrecionalidad y equidad, a los cuales referimos esta investigación. Finalidad con la que desarrollaremos, acto seguido, una exposición meramente enunciativa, comenzando por los aspectos comunes, los cuales son:

A) En cuanto a los sujetos:

- Tanto el número de Jueces como el de árbitros tiene que ser impar para impedir que pueda haber empate en la toma de decisiones.

B) En cuanto al objeto:

- Ambas recaen sobre cuestiones litigiosas, bien sean presentes o futuras.

- Las mismas materias pueden ser objeto, tanto de resolución judicial como de decisión arbitral, salvo las que están excluidas de manera expresa.

C) En cuanto a la actividad:

1. De las partes:

- El acudir a cualquiera de las instancias se entiende como un derecho.

- El mecanismo de puesta en acción, tanto de la actividad jurisdiccional como de la arbitral, tiene carácter dispositivo.

- En términos generales, aquellos que ejercen la petición de una resolución solventadora de los conflictos en cuestión, por medio de cualquiera de las vías citadas, lo hacen fundándose en la confianza que inspiran o/y el poder superior que ostentan.

2. De los Jueces y árbitros:

- Ambos son medios de heterocomposición.

- Tanto la vía jurisdiccional como la arbitral ritual implican el desarrollo de unas reglas formales, más o menos complejas.

- La actividad de los dos implican el desarrollo de garantías procesales que poseen proyección constitucional; cosa que, incluso, ocurre con el arbitraje informal, ya que este debe actuar conforme a un "arbitrium boni viri".

- Ambos realizan un enjuiciamiento de los hechos.

- Ambos se fundamentan en los principios de audiencia bilateral, contradicción, e igualdad para que en ningún caso se produzca indefensión de alguna de las partes.

D) En cuanto a los efectos:

- Tanto las sentencias como los laudos tienen eficacia vinculante, siendo firmes y produciendo los efectos de cosa juzgada.

- Tales decisiones se han de aceptar y cumplir.

E) En cuanto a la finalidad:

- Ambas están llamadas a la resolución.

- Ambas sustituyen a la acción directa.

- Ambas disciplinan las prepotencias sociales, incluyendo la supremacía del Estado.

- Ambas tienen la misión de implantar la justicia, el orden y la seguridad del tráfico jurídico.

- Por medio de la actividad judicial y la arbitral se satisfacen las necesidades de las partes en conflicto.

2.3.2. Aspectos diferenciales

Una vez hemos establecido los caracteres contenidos en el apartado anterior, en este trataremos los puntos distintivos en sus diversas vertientes que contraponen las manifestaciones correspondientes a una u otra instancia, siguiendo las mismas pautas clasificativas, a saber:

A) En cuanto a la normativa reguladora:

- Mientras la actividad puramente jurisdiccional

se preceptúa en una ley general (L.E.C.; la regulación del arbitraje se encuentra en una ley especial (L.A. 36/1988 de 5 de Diciembre).

B) En cuanto al origen:

- La actividad de los Jueces y Tribunales deriva siempre de la soberanía del Estado; y la de los árbitros, comúnmente de la voluntad de los particulares.

C) En cuanto a los sujetos:

- La instancia jurisdiccional forma parte del Poder Judicial del Estado, distinguiéndose de los árbitros, los cuales son personas físicas naturales.

- Cuando se acude a la Jurisdicción tiene que resolver el Juez o Tribunal competente; a diferencia del árbitro que puede ser cualquiera de los designados libremente por las partes - con las excepciones determinadas en la Ley -.

- Las causas de sustitución de los Jueces se encuentran previstas taxativamente en la norma: al contrario que ocurre con las de los árbitros que no se preceptúan, aunque cabe su sustitución de modo no exhaustivo por la muerte, la incapacidad sobrevenida, la recusación, la

renuncia, etc.

D) En cuanto al objeto:

- La Jurisdicción puede extenderse a aquellas materias que no se encuentran insertas dentro del ámbito de libre disposición conforme a Derecho; cosa que no está permitida en el arbitraje.

- Por medio de la vía jurisdiccional no siempre se consigue una decisión en cuanto al fondo objetivo del asunto litigioso, cuando la ejecución de la misma sea materialmente imposible, a pesar de su necesidad legal. No obstante, asegurarse mediante el arbitraje, ya que un árbitro de equidad sólo tomará una resolución que sea de cumplimiento materialmente posible.

E) En cuanto a la actividad:

- La actividad jurisdiccional se entiende reglada estrictamente; mientras que la de los árbitros aparece como ampliamente discrecional.

- Normalmente, de forma específica los sujetos contendientes que utilizan la jurisdicción lo hacen en base a la autoridad que al demandante merecen los Jueces y Tribunales; y los que acuden al arbitraje lo hacen en base

a la confianza que tienen respecto a los árbitros.

- Las garantías que implican la sustentación y desarrollo de la Jurisdicción se fundamentan en su estatalidad; y las que implican el desarrollo del arbitraje se derivan, esencialmente, de la confianza personal.

- Las partes pueden elegir en el arbitraje los medios procedimentales y recursivos y, a veces, el modo por el cual se llevará a cabo la ejecución misma del laudo; opción que no suele ocurrir en el ámbito jurisdiccional, ya que aquí todo está predeterminado legalmente.

- El arbitraje es un proceso esencialmente oral que se desenvuelve sin el aparato de una burocracia documentativa y acreditadora de cada acto, como ocurre en el ámbito jurisdiccional.

- Los plazos del arbitraje son más cortos.

- Con el arbitraje se acortan los recursos existentes en la jurisdicción.

- El C.C. reconoce la equidad de una manera restringida en la esfera jurisdiccional; y, sin embargo, en la L.A. se reconoce la existencia de árbitros de equidad que obren sin atenerse a las normas de Derecho positivo.

- El arbitraje ofrece soluciones técnicas a conflictos complejos, evitando, el medio indirecto del que se vale la decisión del Juez, transferida del parecer de un perito técnico o experto en materias en las que el Juez sea prácticamente ignorante.

- La inmediación de los actos se lleva a cabo de una manera real ante el árbitro, lo que puede no ocurrir de hecho con respecto al Juez.

- El Juez posee el poder suficiente para ejecutar la sentencia, del cual carece el árbitro sobre el laudo pues a falta de expresas garantías privadas, su ejecución depende exclusiva y excluyentemente del Juez Estatal.

3. FUENTES EMPLAZADAS DENTRO DEL ELEMENTO FORMALIZADOR DEL DERECHO

3.1. LOS INTERESES, ¿FUENTES DE PRODUCCION NORMATIVA?

Aparte de los órganos de naturaleza jurisdiccional - constituidos por Jueces y Magistrados - y los árbitros, existe una tercera fuente de producción de los criterios de discrecionalidad y equidad constituida por los

intereses de carácter particular que emergen en cada caso que ha de ser resuelto. Ya que, si bien no tienen una configuración formal, como ocurre con las demás, desde un punto de vista nomogenético, y su captación es en ocasiones compleja, ello no quiere decir, que a la hora de su enumeración e investigación deban ser anuladas y no tenidas en cuenta, puesto lo que es evidente que los intereses en presencia tienen un emplazamiento dentro del factor formalizador del Derecho, al incorporar las exigencias naturales de los hombres, en cuanto entes sociales, dando conformación real a los criterios dichos (66).

La expresión interés en general significa la inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona o narración que atrae o conmueve. Pero, el concepto se afina mucho más en un sentido jurídico, entendiéndose como la inclinación de la voluntad que se produce en virtud del imperativo de satisfacción de una necesidad con respecto a la obtención de un bien, o de la realización de una acción protectora de dicho bien, que se consideran idóneas para tales efectos (67).

Así, el interés es la noción que sirve para denotar la adaptación o inadaptación efectiva de los diversos componentes de una relación jurídica y de ella misma, a los diversos supuestos de la realidad; corrigiendo la generalidad de las fórmulas de la estructura, sin reempla-

zarlas, las dota de un contenido concretizante, y nos dan a conocer a cuál de las partes se le puede o se le debe dar la razón (68).

En definitiva, la operatividad del Juez y de los árbitros se presenta como determinante en su función de enjuiciamiento y decisión con respecto a la interpretación de los hechos y valoración de los intereses en juego, para la determinación de cuáles han de ser los discernimientos de equidad y discrecionalidad que se han de aplicar, siendo ellos siempre diferentes en dependencia del caso respectivo. Por lo que la consideración de "fuente", en los términos expuestos de los intereses, sólo es dable cuando se le otorga una protección de naturaleza jurídica, nunca en el caso contrario.

El elemento "relevancia", que en un principio puede parecer excesivamente radical, realizando una división mecánica en dos compartimentos estancos, demuestra que en realidad lo único que se produce es una mayor o menor trascendencia pública de las garantías jurídicas, siendo sumamente difícil concebir una hipótesis de un interés individual que no tenga alguna consecuencia de este orden. Puesto que el mundo exterior posee un valor cultural o económico, constituye objetivamente un "bien", y en cuanto es objeto de una tendencia o de una aspiración de la persona hacia él constituye subjetivamente un "interés"

(69).

En consecuencia, desde una visión material, por un lado, el interés jurídico puede estar presente y actuar siempre que se respete la calidad interhumana del sustrato del Derecho, configurándose su carácter en relación directa con sus diversos contenidos: religioso, político, moral, económico o individual estricto. Y, por otro, implica una vinculación a conceptos jurídicos fundamentales como base tanto de los derechos subjetivos, como de las obligaciones. En cuanto al ámbito procesal, reviste una necesidad y se presenta como un presupuesto fundamental para la viabilidad de toda acción y de toda intervención de esta naturaleza (70), que se entiende desde una postura objetiva centrada en la posición de un individuo respecto a un bien en la estructura de la relación jurídica (71), o/y (72) desde una perspectiva subjetiva que se fija, sobre todo, en el aspecto positivo del sujeto (73).

El interés mide las relaciones jurídicas con la unidad del caso, establece qué valores reales toma la relación según las variaciones singulares que el mundo circundante experimenta; hace de la relación rigurosamente una función de la vida real o, lo que es lo mismo, dice cómo funciona en la realidad (74). De acuerdo con esto las razones para entenderlo como jurídicamente relevante son una conjunción de factores éticos, religiosos, axiológi-

cos, culturales, sociales, políticos, económicos, espaciales, temporales, etc., cuya valoración se caracteriza por su mutabilidad. Tal evaluación hace que se tengan en cuenta el cumplimiento de ciertas exigencias que han de arrancar del significado etimológico de la voz "interés", compuesta por los vocablos latinos "inter" (entre) y "esse" (estar), que quiere decir, "estar entre", lo cual nos da una idea cierta de su alcance y contenido medial (75), su raíz societaria y su referencia a la nación de "participación", manifestando la relación de convivencia entre el colectivo y el medio que resulta en sí un bien valioso por ser necesario (76) siendo los requisitos que ha de cumplir:

1. La compatibilidad de los intereses de las partes entre sí y de los de éstas con los de los demás sujetos que puedan verse afectados directa o indirectamente, desde un comienzo por la resolución que se tome; los de aquellos cuya afección pueda venir dada "a posteriori" de forma más o menos directa; y los colectivos y difusos.

En el caso de que se produzca una colisión es necesario salvar unos u otros intereses en atención a una jerarquía preestablecida, sin que exista una lista cerrada y rígida, ni tampoco sea ostensible que la lista de orden resuelva definitivamente todos los problemas que suscita el cálculo en cada circunstancia (77).

2. El respeto al principio de no-contradicción, en cuanto a que viene a ser la especificación negativa del anterior. Es decir, la no existencia de incompatibilidad con los intereses externos y la no inadecuación de los mismos, asegurando objetivos intencionales comunes dentro de condiciones admisibles por todos y actuando como factor unitario (78).

NOTAS

- (1) En este sentido terminológico se expresa LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía del Derecho", Bosch, Barcelona 1979, pp. 513 y ss., al tratar del epígrafe correspondiente a las "Fuentes materiales del Derecho."
- (2) En la actualidad, la teoría de la división de poderes, ya no tiene unos pilares dogmáticos y prácticos tan firmes como en su origen, al poseer un mero alcance político, en cierta manera circunstancial; v. SANCHEZ AGESTA, L.: "Sistema Político de la Constitución Española de 1978", Edit. Nacional, Madrid 1981, pp.73 y ss.
- (3) V. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)", Reus, Madrid 1954. pp. 6 y 7.
- (4) Por órganos judiciales entendemos tanto los de naturaleza jurisdiccional como los árbitros. A pesar de que, como veremos más adelante no se puede hablar propiamente de órganos arbitrales.
- (5) Así v. la relación ley-sentencia que realiza GONZALEZ MONTES, J.L.: "Instituciones de Derecho procesal. La Jurisdicción y sus Organos", (Parte General) t.I. Tat, Granada 1989, p. 103.
- (6) Cfr. LOPEZ BERENQUER, J.: "La colisión de derechos"; A.A. U.M., vol. XIV, n. 1-2. Curso 1955-1956, p. 102.
- (7) Cfr. GUASP, J.: "Derecho", Madrid 1971, p. 269.
- (8) Cfr. FENECH, M.: "Derecho Procesal Civil", Aagesa, Madrid 1983, pp. 19 y 20.
- (9) V. CHIOVENDA, G.: "Principi di Diritto Civile", Napoli 1919, pp. 361 y ss.; y FENECH, M. op. cit., p.20.

- (10) La diferencia entre ambos textos se encuentra en que la C.E. hace referencia a todo tipo de procesos, y la L.O.P.J. no. Y en que en esta última se alude, no sólo a las leyes, sino también a los tratados internacionales. v. al respecto GONZALEZ MONTES, J.L.: op. cit. t.I., p. 100.
- (11) Cfr. GUASP, J.: "Derecho procesal civil". Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1956, p. 120.
- (12) Conforme al art. 117.1 de la C.E. y 1 de la L.O.P.J. que dictaminan: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial..."); al 473 de tal L.O. que dice: "Los Secretarios judiciales ejercen la fe pública judicial y asisten a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley y en las leyes procesales"; y al 484.1 del mismo texto que preceptúa: "Los Oficiales, Auxiliares y Agentes son funcionarios de carrera que prestan sus servicios en los Juzgados y Tribunales".
- (13) Cfr. COROMINAS, J. y PASCUAL, J.A.: voz "Juez", en "Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico", t. III, Gredos, Madrid 1989; DIAZ VALCARCEL, L.: voz "Juez", en NEJ Seix.
- (14) Cfr. arts. 53 - 103 L.O.P.J.
- (15) Cfr. GUASP, J.: Derecho procesal.... cit., p. 120
- (16) V. HELLWIG, K.: "System des Deutschen Zivilprozessrechts". Leipzig 1912, p. 29.
- (17) V. CHIOVENDA, G.: "Instituciones de Derecho procesal civil", vol. 1, trad. Edit. R.D.P., Madrid 1936, p. 52; GOMEZ ORBANEJA, E.: "Derecho Procesal Civil", Madrid 1976, p. 28; WACH, A.: Manual de Derecho procesal civil", trad. Edic. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1977, pp. 1 y ss.
- (18) V. CARNELUTTI, F.: "Instituciones de Derecho procesal", t. I. trad. de Sentís, Buenos Aires 1959, pp. 29 y ss.

- (19) Cfr. GUASP, J.: "Derecho Procesal.. cit., pp. 102 y ss., y v., a su vez, FAIREN, V.: "El proceso como satisfacción jurídica en "Temas de Ordenamiento Procesal", t. I, Tecnos, Madrid 1969; SEGNI, A.: voz "Giuridizione Civile", en N. D. I y Nov. D. I; SERRA DOMINGUEZ, M.: voz "Jurisdicción", en NEJ Seix.
- (20) Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "Desde la justicia de la venganza hasta la justicia civil "(Reflexiones sobre Esquilo)". Separata de la R.G.L.J. 1987, pp. 364 y ss. El cual en el mismo lugar afirma, además que es claro que cuando la venganza es la pieza fundamental de un sistema social de justicia, se convierte en una reacción colectiva del grupo entero al que pertenece el ofendido. Se trata del mantenimiento de la dignidad del grupo, e incluso de sus garantías de supervivencia en un ámbito de difícil coexistencia frente a la naturaleza y frente al respeto de los grupos dominados.
- (21) Cfr. id. p. 365.
- (22) Cfr. SUMNER MAINE.H.: "El antiguo Derecho y la costumbre primitiva", trad. La España Moderna, Madrid s.a. p. 142.
- (23) Id. p. 146.
- (24) La causa de la debilidad de las antiguas instituciones populares judiciales - o políticas - se encontraba en el hecho de necesitar numerosos hombres y mucho tiempo para la producción de un hecho útil. V. DIAZ VALCARCEL, L.: VOZ "Juez", cit. y MIGUEL y ROMERO, M., id., en EJE Seix.
- (25) Jfr. MARDAM BEY.: "L'histoire comparative de la justice", Paris 1928, p. 154; y SUMNER MAINE, H.: op. cit. p. 150.
- (26) En España consistían, sobre todo, en el amparo, por medio de su fuero, a los meros Clérigos de Corona (o tonsurados por haber recibido órdenes menores), y en la usurpación de las rentas pertenecientes a la Corona (Cfr. IBARRA RODRIGUEZ, E.: "Historia Universal Moderna", t. I. Barcelona 1923, p. 233.

- (27) Con los Reyes Católicos, en el caso de España, se suprimieron las concesiones con derecho hereditario de cargos judiciales (cuando en otros países se consolidan con este carácter) en las Cortes de Toledo, y se instauraron Chancillerías en Valladolid, Granada y Galicia, con Oidores fiscales y Abogados de pobres; análogas instituciones fueron establecidos en Aragón y Navarra, por debajo de las cuales administraban justicia los Alcaldes de corte y rastro, los Alcaldes mayores, los de Concejo y los Corregidores y Jueces extraordinarios y el Alguacil mayor. Sin embargo, su número y la falta de precisión en la delimitación de sus atribuciones, ocasionó conflictos y choques, agravados por la rudeza de las costumbres, produciéndose también problemas con la Jurisdicción eclesiástica (Cfr. id.).
- (28) Cfr. id., 285.
- (29) En España tal medida no se produciría hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1812.
- (30) Cfr. ANDRES IBAÑEZ, P.: y MOVILLA ALVAREZ, C.: "El Poder Judicial", Tecnos, Madrid 1986, p.201.
- (31) "Mas el que rijan los principios de jerarquía y territorialidad no impide que cada órgano sea autárquico y aterritorial a la hora de administrar justicia en los casos concretos que se les susciten y en la esfera de su competencia, en definitiva independiente, cuando realiza su función". (Cfr. GONZALEZ MONTES, J.L.: op. cit. t.I, p. 193).
- (32) La L.O.P.J. en su art. 3.1. establece que "la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos.
- (33) V. a este respecto.: ALMAGRO NOSETE, J.; GIMENO SENDRA, V. y otros: "Derecho Procesal", t. I., vol. I. Tirant lo Blanch, Valencia 1990 pp. 91 y ss.; MONTERO AROCA, J.A. y otros: " Derecho Jurisdiccional", t. I. Bosch, Barcelona 1989, pp. 160 y ss.; OLIVA SANTOS, A. de la y FERNANDEZ, M.A.: "Derecho Procesal Civil", t. I, Centro de Estudios R. Arces, Madrid 1990, pp. 37 y ss.

- (34) Los Juzgados de lo Penal fueron creados a partir de la L.O. 7/1988, de 28 de Diciembre, como consecuencia de la S. del Tribunal Constitucional del 12 de Julio de 1988 que estimó inconstitucional que un mismo Juez instruya y falle una causa.

Los Juzgados Centrales de Instrucción (art. 88 L.O.P.J.) y los Juzgados Centrales de lo Penal (art. 89.3 bis, id) sólo se explican dada la conformación del proceso penal español, con distinción entre instrucción y juicio oral, y con la prohibición indicada.

- (35) SANTAMARIA PASTOR, A.: Dice que el concepto de órgano constituye el punto de arranque de toda la teoría jurídica de la organización pública (v. voz "Órgano administrativo", en NEJ SEIX).
- (36) La persona jurídica necesita para actuar su capacidad de obrar, y para conseguir sus fines, de la existencia de unos órganos que creen emitan y ejecuten su voluntad. Esta labor es propia de las personas físicas que los componen; su voluntad debe considerarse jurídicamente como la voluntad del ente. El órgano en realidad, personifica a una asociación o fundación, por ejemplo. No hay, como en la simple representación dos personas (representante y representado). V. al respecto la S. del T.S. de 19 de Junio de 1965: cit. por DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema de Derecho civil", Vol. I, Tecnos, Madrid 1981, p. 656).
- (37) V. LORCA NAVARRETE, A.M.: "Derecho de Arbitraje interno e internacional". Tecnos, Madrid 1989, p. 65.
- (38) Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "El origen del arbitraje: una hipótesis", R.F.D. (U.C.M.) nº 73/1987-1988, p. 362.
- (39) Cfr. CARNACINI, T. y VASETTI, M.: voz "Arbitri", en N.D.I.; CHILLON MEDINA, J.M. y MERINO MERCHANT, J.F.: "Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Civitas, Madrid 1978, pp. 175 y ss; JARROSSON, CH.: "La notion d'arbitrage", L.G.D.J., Paris 1987, pp. 368 y ss; LORCA NAVARRETE, A.M.: "op. cit.", pp. 66 y ss.; OSSORIO MORALES, M.: Voz "Arbitro" en "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales", Heliasta, Buenos Aires 1978, p. 63; QUINTANO RIPO-LLES, A.: Voz "Arbitraje" NEJ Seix; SCHIZZEROTTO, G.:

"Dell'arbitrato" Giuffrè, Milan 1982, pp. 30 y ss. y otros.

- (40) V. pp. 45 y ss. de este trabajo.
- (41) V, principalmente ALVARADO VELLOSO, A.: "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses R.C.V.A, tIII/1, 1988 pp. 15 y ss.; MAÑERO VELASCO, C.: "Arbitraje interno" R.C.V.A., t. III/1 1988, pp. 95 y ss.; ROWLAND, P.M.B.: "Arbitration Law and Practice". Institute of Chartered Accountants in England and Wales. London 1988, pp. 25 y ss.; SCHIZZEROTTO, G.: "Arbitrato improprio e arbitraggio", Milano, Giuffrè, 1967, pp. 40 y ss. V. también las obras de CREMADES, B.: "Estudios sobre arbitraje", Madrid 1977; y KAY: "Arbitration" Sweet & Maxwell, London 1980.
- (42) Cfr. art. 1 L.A.
- (43) A diferencia de lo que ocurre en el caso de la formulación judicial del arbitraje.
- (44) V. art. 13 L.A.
- (45) Cfr. art. 4 L.A.
- (46) Id.
- (47) El art. 3.1. de la citada L.A. dice que: "El arbitraje para ser válido deberá ajustarse a las prescripciones de esta Ley". A la vez que los arts. comprendidos entre el 21 y el 29 inclusive determinan el procedimiento a seguir.
- (48) El art. 3.2. de la L.A. dice: "Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las parte si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato".
- (49) V. la diferencia histórica que establece SANCHEZ DE LA TORRE entre arbitraje obligatorio o compulsorio

impuesto por el Magistrado; y el necesario, que tiene su origen en la noción de "supervivencia familiar", y más concretamente el de "parentesco" o de "pertenencia a un grupo capaz de supervivencia". (Cfr. "El origen... cit.", p. 359).

- (50) Cit. por CARNACINI, T. y VASETTI, M., Voz "Arbitri" cit.
- (51) V. en el C.P.C. italiano; los arts. 402, 403, 404 y 432.
- (52) V. sobre todo, en España los estudios de GARCIA GALLO, A.: "Jueces populares y jueces técnicos en la Historia del Derecho español", en "La Justicia municipal en sus aspectos histórico y científico". Ciclo de Conferencias, Madrid 1946; LALINDE, J.: "Iniciación histórica al Derecho español", Ariel, Barcelona 1970, pp. 889 y 890; LOPEZ ORTIZ, J.: "El proceso en los reinos cristianos de nuestra reconquista antes de la recepción romano-canónica". AHDE, XIV, 1942-1943, pp. 184 y ss.; y MERCHAN ALVAREZ, A.: "El arbitraje. Estudio histórico jurídico", Universidad de Sevilla 1981.
- (53) Cfr. Voz "Arbitraje", en EJE Seix.
- (54) V. FERNANDEZ NIETO, F.J.: "Los acuerdos básicos de Grecia", t. I, Santiago de Compostela 1975, pp. 65 y ss.; y SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "El origen....", cit. p. 356.
- (55) Cfr. voz "Arbitraje" cit., en EJE.
- (56) Como es el supuesto de todos los casos civiles por un valor superior a 10 dracmas (Cfr. WALTER JONES, J.: "The Law and Legal Theory of the Greeks", Oxford 1956, pp. 130 y ss.
- (57) En un principio el arbitraje fué solamente para los ciudadanos romanos, pero en la época del procedimiento formulario se extendió a los pleitos entre extranjeros o entre ciudadanos y extranjeros, (V. para una mayor información; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET J.A.: "Derecho romano", vol. I. Edersa, Madrid 1988, pp. 163 y ss.; IGLESIAS, J.: "Derecho romano". Ariel, Barcelona 1979, pp. 197 y ss., y bibliografía con-

dante.

(58) Se dejó de mantener la diferenciación entre el "ius" y el "iudicium", y aunque siguieron manteniendo los términos "iudex" y "sententia", lo cierto es que tuvieron ya en las fuentes postclásicas un sentido distinto (Cfr. MARTONE, L.: "Arbiter - Arbitrator". *Forme di giustizia privata nell'età del Diritto comune*, Napoli 1984, p. 30.

(59) id.

(60) Con respecto al Derecho español, en concreto desde el Fuero Juzgo, se sancionó y reguló el arbitraje. También se reficieron a los árbitros el Fuero Viejo de Castilla y el Fuero Real; regulando una gran cantidad de disposiciones ciertos Fueros municipales, como el de Sepúlveda y el de Navarra. Todo lo cual prueba lo arraigado que estaba el arbitraje en nuestra Nación, habiéndose utilizado también en la resolución de conflictos surgidos entre los diferentes reinos en los que estaba dividida España en aquel entonces.

Por su parte, las Partidas también preceptuaban las normas correspondientes sobre el arbitraje, y sus rasgos más sobresalientes fueron el de la reproducción de la doctrina justiniana y el de la diferenciación entre los árbitros letrados (árbitros) y los no letrados (arbitradores).

Durante la Alta Edad Media es muy patente la misión de avenencia que realizan los prohombres o "probi homines", sobre todo, en Cataluña la Nueva, a la vez que existían normas durante esta conyuntura que expresaban el que la sentencia arbitral se ejecutaba aunque se interpusiera procedimiento ante la autoridad judicial, como ocurre con Aragón en 1510. (Cfr. LALINDE, J.: op. cit., p. 764.

(61) El "arbiter necessarius" había llegado a ser obligatorio entre los consanguíneos dentro del tercer grado y entre los afines de dicho grado. Y en el siglo XVI todavía existían el "arbiter simpliciter", "arbitrator", "arbiter iuris". La sentencia del primero, identificada como arbitraje "ex necessitate", conservaba aún carácter de auténtica sentencia y tenía fuerza de cosa juzgada, por lo cual podía ser incluso objeto de apelación, como si se hubiera tratado de la sentencia de un auténtico Juez. Mientras que la figura del "arbitrator", sucesora,

tal vez, del árbitro-señor natural, había disminuido paralelamente a la expansión del árbitro de Derecho o de los propios jueces regios, progresivamente implantados en los unificados territorios nacionales (Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "El origen.... cit. p. 360)

- (62) V. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: id. En el Derecho patrio, prueba de lo dicho es la regulación dada en la Novísima Recopilación (1805), L.V., ley 5, tit. 11 y ley 17, tit. 5.
- (63) V. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: id., pp. 360 y 361.
- (64) El Juez competente para conocer de tal formalización es el de Primera instancia del lugar donde deba dictarse el laudo. En su defecto, a elección del actor, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados (art. 39.1 L.A.).
- (65) Esto es necesario, si realmente se quieren satisfacer los intereses de los litigantes en asuntos cuyo entendimiento es sólo posible a profesionales de la rama pertinente, p. ej.: en aspectos contables, industriales, electrónicos, informáticos....
- (66) Cfr. GUASP, J.: "Derecho" cit pp. 275 y 276.
- (67) Cfr. desde el punto de vista lingüístico CASARES, J.: Voz "Interés" en Diccionario Ideológico de la lengua española. G. Gili, Barcelona 1963. HABERMAS determina el sentido filosófico del término al afirmar que "el interés presupone una necesidad o genera una necesidad". (Cfr. "Conocimiento e interés", trad. Taurus, Madrid 1982, pp. 201 y ss.) con una visión jurídica V. BETTI, E.: Voz "Dirittio subiettivo e interesse", N.D.I. HERNANDEZ MARTINEZ, M.P.: "La tutela efectiva de los intereses difusos y colectivos: un estudio comparativo" (Tesis) Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid 1990, pp. 41 y ss.
- (68) V. GUASP, J.: "Derecho" cit. p. 271.
- (69) Cfr. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON BALLESTEROS, A.: op. cit., vol. 1, pp. 240 y 241, refiriéndose a la diferenciación entre realidad jurídica y extrajurídica;



- V. también IRTI, N: "Rilevanza giuridica". J. 1967, pp. 16 y ss.
- (70) V. ATTARDI, A.: "L'interesse ad agire". Padova 1955, pp. 25 y ss.; DONAGAN, A.: "Human ends and Human actions". Milwaukee 1985, p. 40; FRE, M. "Schemi giuridici e rapporti d'interessi". Padova 1972, p. 15; GASPARRI, G.: "Gli interessi umani e il Diritto". C. Zuffi, Bologna 1951, pp. 20 y ss.; OERTMANN, P.: "Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft", 1931, pp. 10 y ss.; ORNAGHI, L.: "Il concetto di interesse", Giuffrè, Milano 1986, pp. 30.
- (71) V. CARNELUTTI, F.: "Sistema de Derecho procesal civil", t. I, Huteha, Buenos Aires 1944, p. 11. En la misma línea de CARNELUTTI se encuentran en España: FAIREN, V.: "El proceso como satisfacción...", cit. p. 374; GIMENO SENDRA, J.V.: "Fundamentos de Derecho procesal". Civitas, Madrid 1981 p. 23; MONTERO AROCA, J.: Op. cit. t.I, pp. 499 y ss.
- (72) La postura sincrética es la que nosotros defendemos como se desprende de todo lo dicho.
- (73) Cfr. ROCCO, A.: "L'oggetto del reato della tutela giuridica penale". Torino 1912. Y en España MORON, M.: "Sobre el concepto de Derecho Procesal", R.D. Pro 3, 1962, pp. 67 y ss.; y MUÑOZ ROJAS, T.: "El interés en el proceso civil", Tesis, Zaragoza 1958, pp. 45 y ss.
- (74) Cfr. GUASP, J.: "Derecho" cit. pp. 272 y 273.
- (75) Cfr. ATTARDI, A.: op. cit. p. 15; BETTI, E.: Voz "Interesse", cit.; CAPPELLETI, M.: "Formazioni sociali e interessi di grupo davanti dalla giustizia civile"; R.D. Pro (italiana) julio-septiembre 1975, pp. 362 y ss.; FRE, M.: op. cit. p. 40.
- (76) Cfr. BONAUDI, E.: "La tutela degli interessi collettivi", Torino 1911, p. 35; CAIANELELLO: "Introduzione", en "Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi di individuazioni e protezione degli interessi della collettività", Giuffrè, Milano 1978, pp.38 y ss.; GOLDFREY y WILSON: "The Analysis of Social Change". Cambridge University Press, 1945, p. 52; HERNANDEZ MARTINEZ, M.P.: op. cit., pp. 37 y 38; VIGORITI, V.: "Interessi collettivi e processo. La legittimazione

ad agire". Giuffrè, Milano 1979.

(77) Cfr. GUASP, J.: "Derecho" cit. p. 275.

(78) Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "Hay un principio lógico adecuado para definir el rigor científico del pensamiento jurídico?", RFD (UCM) 1990, pp. 939 y ss.

CAPITULO II. MODALIDADES DE LAS DECISIONES JUDICIALES

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION

Si cada organización política se apoya en una concepción determinada del Derecho y actúa desde y en virtud de la misma; en la medida en que el poder siempre pretende ser "legítimo", toda forma histórica de Estado lo es de Derecho.

No obstante, cuando nos referimos a este concepto lo hacemos en un sentido más restringido, debiendo concebirse como la respuesta contemporánea al problema de la necesidad de someter el poder público al ordenamiento jurídico. Por lo que, solo es Estado de Derecho aquel en que se ha producido un equilibrio entre el impulso del Poder y de la libertad en relación con el orden positivo institucionalizado, encarnando de una forma satisfactoria los valores de justicia (libertad mas responsabilidad) y seguridad, por medio de cuatro recursos técnicos fundamentalmente:

1. Impedir la ventaja, la exención o el privilegio que no estén fundamentados en una necesidad de la fun-

ción.

2. Impedir el abuso en el ejercicio del poder.
3. Eliminar la arbitrariedad en las decisiones.
4. Definir con certeza el ámbito de la libertad y el ejercicio de los derechos (1).

Conforme a estas consideraciones, las decisiones jurídicas deberán de estar sometidas a lo preceptuado en la norma, reduciéndose el sujeto enjuiciador a la constatación y subsunción correlativa del supuesto práctico definido normativamente de manera completa, y aplicando en presencia del mismo lo dictaminado, como consecuencia jurídica conclusiva, de modo, igualmente, pleno.

La cuestión se complica cuando apreciamos que la existencia de la potestad discrecional - e incluso arbitraria - es eventualmente una exigencia indeclinable de la función jurídica decisoria, ya que esta no se puede ver reducida a un simple juego de aplicación automática de las normas por su propia naturaleza, pues tanto la sentencia (en la esfera jurisdiccional) como el laudo (en la arbitral) se erigen en norma individual. Sin que ninguna de ellas opere sólo con respecto a una situación lógica de individualización, sino, sobre todo, como un acto de crea-

ción que implica, dentro de ciertos límites "un punto de vista sobre la justicia", una propia valoración (2).

De este modo la controversia "decisión vinculada" - decisión discrecional, - no arbitraria -, se plantea como un efecto del dualismo de las actividades legislativa y judicial en la vida del Derecho, constituyendo "per se" un desafío de las reclamaciones de la justicia, al surgir los siguientes interrogantes: ¿cómo controlar la regularidad y la objetividad de las consideraciones realizadas?, ¿cómo evitar que invocando esa libertad estimativa se agravie el arbitrio de equidad?, ¿cómo impedir que la libertad estimativa no desemboque en arbitrariedad?.

2. LA DECISION JUDICIAL DE CARACTER VINCULADO.

2.1. Delimitación conceptual

Decisión vinculada, en general, es aquella que en todos sus elementos implícitos y explícitos, es decir, tanto en la apreciación previa como en la solución derivada, se ha de acomodar a lo prescrito en la norma, no quedando margen alguno de libertad. Y decisión judicial vinculada es el acto en el que el sujeto juzgador resuelve de acuerdo a la única solución justa contenida en la norma.

Como dice BETTI (3), el Juez o el árbitro de Derecho encuentran en su apreciación ya establecida la valoración del interés que se considera como más digno de protección, al haberse actuado en la norma previamente la decisión del conflicto entre las distintas categorías de interés puestos en juego.

A este conocimiento se llega por medio de la interpretación, con lo que se consigue dar significación a la norma que se ha de aplicar en un momento dado al fijarse su alcance y sentido concreto; siendo la idea esencial que exista objetivamente un criterio bien definido y que el intérprete no tenga más que seguirlo. No es posible sustituir a tal investigación por una mera discrecionalidad (4), puesto que aunque existen casos de disposiciones precisas, como ocurre, por ejemplo, con los preceptos constitucionales (vinculación total), y otros en los que se deja un ámbito más amplio de actuación libre como puede producirse en la valoración de pruebas y, por lo tanto, en la fijación del hecho (vinculación parcial). Entre ambas hipótesis no hay más que una diferencia de grado, ya que el criterio de decisión es forzosamente único.

Por consiguiente, (5) se reconoce como presupuesto básico que de todas las máximas de decisión que a simple vista pueden considerarse contenidas en la fórmula normativa textual, una sola puede reconocerse como justa,

conforme a su sentido en la situación de hecho que se considere, habiendo de precisar de acuerdo con SAINZ MORENO (6):

1. La diferencia entre el principio de una sola solución justa y el de una sola respuesta, ya que en esta última no se analiza si existe o no una unidad de orden jurídico que permite hallar una única respuesta a cada problema de la vida social, sino la cuestión de si, planteada la alternativa de aplicar o no un concepto jurídico a una determinada realidad, existe una sola solución justa o, por el contrario, se dan varias soluciones posibles (7).

2. La solución justa es aquella que es coherente con la idea de justicia. Ante la pregunta de qué consideramos como "solución justa", podemos afirmar que sólo puede mantenerse este principio si por ella entendemos; "solución coherente con la idea de justicia que la norma expresa". "Justo", quiere decir aquí "correcto o adecuado al papel que el concepto juega "en la norma", aunque después otros factores extranormativos puedan justificar que se fuerce una solución distinta (8).

3. El principio de una solución justa equivale al principio de una solución verdadera. O lo que es lo mismo, la respuesta que se da a la pregunta sobre su significado

es correcta. Si la interpretación de un término jurídico es verdadera, es también justa en cuanto que para ser verdadera tiene que expresar la idea de justicia que expresa la norma. Unicamente en el caso de que se confrontase el resultado de la interpretación con una idea de justicia distinta de la que la norma expresa puede distinguirse entre solución justa y solución verdadera, pero ello hace referencia a la valoración y no a la interpretación (9).

4. Todo concepto jurídico tiene un significado concreto, y no cualquier otro. Lo cual no se puede contradecir por el hecho de que la dificultad práctica de hallar la solución justa o de demostrar que una no lo es; ni tampoco por las consecuencias jurídicas injustas de la afirmación o la negación de la relación "referencial" entre el término y el objeto, cuestión esta última que se comprende en el tema de las consecuencias jurídicas de la aplicación de los conceptos (10).

De lo que se deduce que los aspectos que caracterizan la apreciación vinculada para obtener una decisión de esta misma naturaleza son:

- La univocidad que conduce a reconocer exacta, una sólo solución justa.

- La previsibilidad y riguroso control del resul-

tado que asegura que en ella sean excluidas valoraciones de mera oportunidad con la posibilidad de usar medidas diferentes.

- La supresión de la valoración contingente y la inseguridad de la decisión, aseguradoras de una continuidad en el desarrollo del orden jurídico, según un diseño de racional coherencia y desenvolvimiento de los actos realizados en máximas sociales integrables en una legislación igualitaria (11).

2.2. Fundamentación

La fundamentación de las decisiones judiciales vinculadas ha cambiado sustancialmente en correlación a las variaciones sufridas en la conceptualización del Derecho mismo. Antes de la existencia del Estado de Derecho, el ordenamiento de una sociedad se solía entender como un instrumento represivo, aséptico y técnico que se aplicaba arbitrariamente, defendiéndose doctrinalmente por algunos que había de ser respetado al dimanar directamente de Dios, o bien del Rey cuya autoridad era de origen divino, para evitar los abusos, descuidos y errores fraudulentos; y por razón de igualdad de los justiciables (12).

Posteriormente, los postulados se modificaron

profundamente, pues hablar de Derecho como una dimensión de la existencia humana con contenido propio es diferenciarlo del mero capricho individual, para convertirlo en expresión de la actividad racionalizadora del hombre, llegándose a basar las clases de decisiones tratadas en:

1. La defensa de la validez y eficacia del ordenamiento jurídico positivo, llevado a cabo por el positivismo normativista que descansa, siguiendo a Kelsen, en dos premisas esenciales:

a) El Derecho es algo dado "ius positivum" por unos actos especialmente cualificados; y

b) Ha de ser eficaz en un cierto grado, por lo tanto, ha de ser realizado mediante una "aplicación escrupulosa". Así, que la validez de un orden jurídico en general y de una norma en particular está condicionada por hechos.

La proyección de esta idea en el campo de la actividad judicial se explica en principio como una labor de individualización de las normas jurídicas generales que son aplicadas constituyendo su decisión una norma jurídica particular (13), y transfigurándose el problema de la justicia en un problema de legalidad, con lo que el oficio prudencial es suplantado por la lógica.

Para la teoría tradicional el Derecho es válido en la medida en que es justo. Por el contrario, para el positivismo normalmente la justicia se define por el Derecho y no al revés, queda relativizado y subordinado a lo que el ordenamiento establece. La justicia es una cualidad que no se refiere al contenido del ordenamiento positivo, sino a su aplicación. Lo cual viene a ratificar lo dicho en un principio: que su mantenimiento se logra mediante la aplicación rigurosa (14).

La decisión judicial como norma jurídica particular no es óbice de la prudencia, sino resultado de una función lógica racionalizadora de concreción.

2. La necesidad de la seguridad jurídica en su dimensión individualista, ya que el Derecho en general se orienta esencialmente hacia el cumplimiento de dos funciones, la de la justicia, dando a cada uno lo suyo, prestando las condiciones necesarias para el desenvolvimiento de su existencia; y la de la seguridad, definiendo las disposiciones y relaciones. Esta se convierte en un elemento de organización de la estructura de la sociedad que simultáneamente sirve al hombre y define un orden social. La justicia, dice RECASENS SICHES (15), representa el criterio axiológico que debe inspirar todo sistema normativo, pero no quedará justificada en la vida humana, sino para colmar

una ineludible realización de seguridad, de certeza en la vida social, constituyéndose en el reflejo del orden en las situaciones individuales.

El hombre quiere y ha de conocer cómo tiene que comportarse según las exigencias del Derecho en determinadas relaciones sociales o situaciones de la vida, y qué consecuencias jurídicas puede esperar o pretender, sabiendo a qué atenerse en cada momento (16). Y en el caso de que las dos funciones señaladas se comprendan como independientes, y haya que salvar una de ellas a costa de la otra, se entiende que se ha de dar preminencia a la seguridad, que es la garantía de un mínimo de existencia, mientras que la justicia es un lujo del que se puede prescindir hasta cierto punto (17). Como valores igualmente en sí, habrá que reconocer la superioridad de rango que corresponde a la primera.

Estas ideas surgidas a raíz de la Revolución Francesa son el resultado de una mentalidad individualista y liberal, con predominio de la idea de seguridad de las situaciones adquiridas al amparo del nuevo orden jurídico y político, y al respeto a las libertades conquistadas. El imperio de la norma y especialmente de la ley, se extiende a todos los ámbitos de la actividad estatal, la discrecionalidad es condenada siempre como cierta manifestación de la arbitrariedad, pues el Derecho no es nunca, ni debe ser

considerado como un instrumento de poder, de cualquier clase que sea éste y en ningún grado por ínfimo que sea. El ordenamiento positivo habrá de aplicarse exclusivamente conforme a lo prefijado, lo genérico, lo impersonalizado, que es lo verdaderamente jurídico, pues la certidumbre es "seguridad de orientación" (18).

3. La materialización de la seguridad jurídica de naturaleza socializadora como implicación de la anterior, pues en la actualidad las posturas que sustentan las decisiones judiciales vinculadas son herederas de las ideas vistas y llegan a las mismas conclusiones, aunque, normalmente, parten de diferentes concepciones y fundamentaciones. Conciben el Derecho al servicio de objetivos esencialmente sociales, y como sostiene COWAN, se entiende la seguridad como una expresión nueva de interés social, por lo cual sigue siendo su destinatario el individuo, pero considerado en función de los bienes positivos que se deben poner a su alcance para lograr una convivencia satisfactoria. De manera que decrece la importancia del argumento exclusivamente individual y aumenta el relativo a la consideración societaria, en el que se insertan los sujetos.

Donde falta la seguridad el individuo se retrae sobre su propia vida, pero como no está asegurada se pone en lucha contra su prójimo. Y, así la convivencia se hace imposible. Vivir con los demás implica la existencia de un

orden que conlleve un aseguramiento pleno sobre las consideraciones generales que hacen posible la convivencia (19).

2.3. Supuestos concretos

La decisión judicial vinculada se ha de llevar a cabo, como se deduce de su propio concepto, en todos aquellos casos en los que el precepto es taxativo y no deja el menor margen para apreciar el caso concreto ni graduar sus consecuencias, pudiendo determinar a tales efectos (20):

1. Los supuestos a los que se apliquen las normas contenidas en la Ley Fundamental, las cuales vinculan no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a los Jueces y Tribunales, y a los árbitros de Derecho (de acuerdo con el art. 9.1. de la C.E.). Ello es consecuencia, por un lado, de su carácter normativo referido a la totalidad de sus preceptos, sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, aunque no todos los artículos tienen un mismo alcance y significación (21). Y, por otro, porque es parte primordial del ordenamiento jurídico, expresiva de los valores superiores del mismo y contenedora de una resistencia o "plus" de validez, o inmunidad frente a todas las demás normas y actos que de ella derivan, lo que constitu-

ye la base de su supremacía y, por tanto, la piedra angular de su eficacia como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico.

2. Los supuestos integrables en el Derecho público, en los que se tienen en cuenta, sobre todo, la protección de los intereses colectivos, acorde con la idea de que al ser violado un derecho subjetivo público del Estado, el interés individual ha de relegarse a la primacía de los intereses comunes, y el enjuiciador ha de decidir vinculadamente con respecto a lo prefijado en la norma que ha dictado el poder legislativo, el cual ha valorado ya los intereses a tener en cuenta que le afectan directamente.

Uno de los requisitos para la punición de un delito o de una falta es el de la tipicidad concreta, a cuyos efectos no puede hablarse de su comisión más que cuando se produce un hecho que pueda encuadrarse dentro de las hipótesis previstas en la norma, teniéndose que imponer la pena prevista en ella, aunque en ocasiones se deja un margen como posibilidad de actuar discrecionalmente (22).

En relación con el Derecho administrativo no hay que confundir la discrecionalidad de la Administración con la de las decisiones judiciales en este campo, cosa que no existe en las últimas al comprenderse propiamente en las normas aplicables la administración de los intereses co-

lectivos, a pesar de que una de las partes sea un particular. Y, por lo que respecta al Derecho laboral la interpretación según el principio de "in dubio pro operario", al igual que en el penal el de "in dubio reo", como toda interpretación no es entendible sino como vinculación.

3. Los supuestos susceptibles de serles aplicadas las normas materiales rígidas de Derecho privado, como las que regulan la capacidad de obrar, ateniéndose a límites fijos de edad, independientemente del grado de capacidad efectiva de cada individuo (23); la mayoría de las pertenecientes al Derecho de familia (24); algunas relativa a la regulación de la propiedad (25), las que fijan la cuantía de los intereses monetarios, sin atender a los daños realmente producidos por la mora (26); o las relativas al establecimiento de plazos para ejercitar ciertos derechos o para la prescripción de las acciones (27). Todas estas normas constituyen el "Derecho de orden público" - expresión que nunca puede ser confundida con la del "Derecho público", si bien las materias enumeradas atienden a un interés superior unitario.

2.4. Consecuencias de su vulneración

Este tema tiene un gran interés práctico, nos da a conocer los diversos resultados que pueden producir la

vulneración de las normas vinculantes por parte de las decisiones judiciales, a cuyos efectos cabe hacer varias divisiones y subdivisiones, según la clase de norma violada en atención a su rango; según la naturaleza de las consecuencias; y según actúe un Juez o Magistrado o un árbitro, con lo que el esquema sería:

- ACTUACION DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES:

A) Consecuencias normativas:

- En caso de vulneración de normas constitucionales. En este supuesto se producirá uno a algunos de los siguientes pronunciamientos (28).

a) Declaración de nulidad de la decisión con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación (art. 55 L.O.T.C.).

Ello al ser posible la interposición de toda la serie de recursos ejercitables en la vía jurisdiccional ordinaria, junto con la utilización del amparo ante el Tribunal Constitucional, siempre que se hayan violado los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14 al 29 y el 30 de la Ley Fundamental, y se cumplan los requisitos pertinentes (art. 44, L.O.T.C.) (29) En los supuestos restantes se estará a lo que dispongan las leyes.

- En caso de vulneración de las distintas normas jurídicas de derecho estricto no constitucionales.

En esta circunstancia la consecuencia es la de la nulidad de la decisión dictada en base al art. 6.3. del C.C., la cual ha de ser declarada por los órganos jurisdiccionales competentes al interponerse el recurso que sea pertinente, partiendo de la idea de que los destinatarios de las normas son también, o exclusivamente, según algunos autores los que las aplican (30).

La contravención supone una pretensión subjetiva para sustituir con ésta el contenido estricto imperativo o prohibitivo marcado por la norma. El C.C. parte de una conducta positiva, de una manifestación de voluntad, de franca oposición, que lo mismo puede resultar de una acción como de una omisión, sin que importe el orden en el

que se produzca.

B) Consecuencias personales en cuanto a la vulneración de cualquier clase de normas:

- Responsabilidad penal: Según el C.P. siempre que se haya dictado una sentencia, resolución definitiva o auto injusto, según lo previsto en su texto se comete un delito de prevaricación (arts. 351-356) diferenciándose varios supuestos según se trate de causa criminal o no; sea dictada a favor o en contra del reo; sea a sabiendas o por negligencia o ignorancia.

- Responsabilidad civil: Los Jueces y Magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren en el desempeño de sus funciones incurriendo en dolo o culpa (art. 411 L.O.P.J.). Pero, en ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil alterará la resolución firme recaída en el proceso (art. 413 L.O.P.J.).

- Responsabilidad disciplinaria: Se considera como falta muy grave las acciones u omisiones que generen, conforme al art. 411, responsabilidad civil (art. 417.6 L.O.P.J.).

- Responsabilidad patrimonial: Los daños

causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (31) dan a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, (art. 292.1 L.O.P.J.) en el mismo sentido que el art. 121 C.E.) (32).

- ACTUACION DE LOS ARBITROS

A) Consecuencias normativas: Estas serán las de la anulación del laudo, diferenciándose entre que durante el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales, establecidos en la Ley (art. 45.2 L.A.); y que los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión, o que, aunque lo hubiesen sido, no puedan ser objeto de arbitraje (art. 45.4 L.A.).

B) Consecuencias personales: Las cuales se desprenden del art. 16 de la L.A., cuando se dictamina que los árbitros incurrirán en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa cuando no cumplieran fielmente su encargo.

3. LA DECISION JUDICIAL DE CARACTER DISCRECIONAL



3.1. Delimitación conceptual

Siguiendo la misma sistemática mantenida en el estudio de la decisión judicial vinculada, cabe tratar primeramente lo que se refiere a la decisión discrecional, sin especificación de ninguna clase. Definiéndose, según MORTATI (33), como aquella que se toma entre dos, o mas soluciones, igualmente válidas para el Derecho. Sin embargo, esta determinación suele considerarse superada por aquella que sostiene su integración en el proceso de aplicación de la norma, la cual no llega a eliminar de la noción aportada el elemento de la libertad de elección; en caso contrario, no habría discrecionalidad.

La afirmación de su integración dentro del proceso de aplicación de la norma radica en que ésta no puede referirse a la totalidad de los elementos de una decisión, ni tiene su origen en normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un "prius" respecto a la cuestión de fondo de la legitimidad o no de tal decisión (34).

Con lo que surge el tema de la significación de la decisión judicial discrecional que se entiende, según afirma BETTI (35), como la realizada por los sujetos que han de juzgar y resolver los conflictos surgidos entre

partes contrarias, según la equidad y los principios generales del Derecho, configurados como criterios y directrices objetivas, en base a las cuales se desarrolla una valoración comparativa de los intereses concurrentes, deduciéndose de sus exigencias la máxima de la decisión para lograr las consecuencias más justas y adecuadas.

Todo esto obliga a hacer continuas referencias tanto al poder, cuanto a la actividad (36) y al acto de esta naturaleza; si bien nos fijaremos, sobre todo, en las dos últimas cuestiones, puesto que son las que más hondamente se corresponden con la decisión - directamente el acto e indirectamente la actividad - fijándose la figura de la discrecionalidad conexiónada a la función judicial misma y puesta en relación con criterios jurídicos, como presupuestos susceptibles de dirigir al agente en la determinación del contenido de la decisión emanada. Tales criterios son dados, explícita e implícitamente, como consecuencia de la individualización de los intereses a perseguir, de manera que se deja al juzgador la libertad de ponderar el interés que se considera principal con referencia a los demás que concurren en el caso concreto, pudiendo elegir entre las diversas líneas de conducta posibles la que mejor responda a las exigencias de justicia.

En la decisión ha de concurrir, por tanto, una actividad intelectual, la cual es el medio más idóneo para

identificar y considerar los aspectos que conllevan los intereses valorables, o sea la actividad que precede a la decisión, aplicando a los resultados emergentes de la apreciación de los hechos la escala de valores fijada por el juez (37). En tal proceso es necesario, del acuerdo por BIONDI (38):

a) Una identificación y cualificación de los elementos de la situación de hecho, respecto al que se debe determinar el sí, el cómo, y el cuándo.

b) La determinación del medio idóneo para satisfacer el fin a perseguir por obra del sujeto enjuiciador.

c) La aplicación con carácter de congruencia lógica del criterio de la equidad y de los principios generales del Derecho respecto a la premisa de hecho.

La operación exigida para ejercer correctamente la discrecionalidad es la de un juicio de valor a través de la correlación entre la exigencia presente en la formulación de la norma y la situación concreta. Diferenciándose de la interpretación, en que ésta constituye una actividad receptiva, mientras que la anterior importa una actividad activa. Es decir, que mientras en la interpretación la solución justa a adoptar no puede ser más que una sola, en la operación discrecional es posible una di-

versidad de soluciones todas ellas exactas y justas (39).

El procedimiento de actuación del poder debe desenvolverse de forma racional para garantizar la consecución del resultado no divergente con la finalidad perseguida. La valoración de la cual resulta la decisión discrecional es libre, pero ha de ser racional. La irracionalidad es evitada, en cuanto que sería ilegítima, cuando el motivo tomado como base del acto no justificara las consecuencias que se hacen derivar, y en conexión con la falta de fundamento, cuanto la incongruencia de la consecuencia deba ser apreciada fuera de los motivos hechos valer; y al contrario sobre la base de la real situación del hecho. La voluntad normativa es la que limitará la autonomía del juzgador sobre el conocimiento de eventos, circunstancias y motivos que se divulguen o aprecien fuera del estricto ámbito de la tarea que le está encomendada (40).

3.2. Figuras afines

Si bien la expresión "discrecionalidad" es en esencia unitaria, en ella se integran una gran cantidad de tipos, muy diversos entre sí, variables en el grado, no en la cualidad; como son, aparte de la de naturaleza judicial.

1º. La discrecionalidad soberana del poder legislativo: Es ejercida en el desenvolvimiento de la principal función que tiene asignada, la de dictar leyes, cuya facultad correspondiente está abierta a una creación o modificación libre en la regulación de cualquier realidad objeto de normativización. Por esta causa, podría parecer que lo que se pone en práctica es la subjetividad de las representantes del poder indicado no limitado por normas previas. Cuando lo cierto es que la actuación que tratamos la podemos definir dentro del ámbito de la discrecionalidad, y no de la arbitrariedad, sometida a ciertos límites.

En efecto, la potestad legislativa se ha de llevar a cabo con respecto al ordenamiento de las competencias estatales, en orden a la determinación preventiva de los límites de la competencia normativa, y eventualmente de las directrices a ella señalada en la Constitución (41). A la vez que se ha de actuar, con referencia a la esfera jurídica, respetando los derechos de la personalidad individual, la libertad y la dignidad de la persona humana; y de conformidad con exigencias extrajurídicas, conduciéndose de forma racional de acuerdo con las necesidades político-legislativas emergentes de la vida social, advertidas en la opinión pública, en coherencia con los postulados de orden constituido según la lógica de la actividad normativa y el contenido de los mandatos de la

justicia (42).

2°. La discrecionalidad administrativa plena: La Administración para desarrollar sus actividades debe estar autorizada por el ordenamiento jurídico. Pero puede suceder, que además de autorizarla para tales efectos, la faculte para decidir la solución que crea más conveniente para el interés público (43). Satisfacción que constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa, remitiendo a su estimación subjetiva las condiciones que no sean de carácter reglado - constituidas estas por la competencia, el procedimiento y el fin - bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en cuanto al contenido concreto dentro de los límites de la decisión aplicable, bien de ambos elementos (44).

El dato decisivo que determina la existencia de una potestad discrecional de este tipo radica en las materias de naturaleza política, ya que sobre ellas se ha de actuar según criterios de conveniencia y oportunidad. En su operatividad procede, al efecto de determinar preliminarmente los límites y las directrices impuestas, una interpretación que se extiende a la investigación de los fines de la ley (interpretación teleológica aplicada al momento causal), siguiéndola una ulterior apreciación para actuar conforme a los criterios antedichos, tanto de los

intereses concurrentes, como de las varias líneas de conducta posibles para la solución de un conflicto (45).

3°. La discrecionalidad vinculada técnica (46): Su existencia ha sido muy discutida debido a la gran variedad e inseguridad de criterios que se hacen valer para identificar tal categoría. Salvando la polémica se puede definir como aquella que se ha de conducir siempre con arreglo a las reglas propias de las distintas artes particulares o disciplinas, de donde se deduce la máxima de decisión. El elemento distintivo en el condicionamiento de su ejercicio se encuentra en la observancia de una valoración de tipo científico derivado de la disciplina técnica a la que pertenece (47).

En su desarrollo pasa por momentos distintos, debiendo primero acertar la existencia del hecho para apreciar el relieve que reviste respecto a los intereses a tutelar; y, luego, decidir con qué medios intervenir. Así, la discrecionalidad no varía en su esencia, sólo según la especie de los intereses a los cuales satisface.

La apreciación técnica tiene su propia objetividad que permite un control de la aplicación que se haga para garantizar su univocidad. Lo que no excluye que como juicio axidógico sea por sí misma controvertible, por la posibilidad de que el valor venga considerado desde puntos

de vista distintos, pues participa del carácter discrecional o vinculado de la actividad estatal con la que se conecte (48).

3.3. Fundamentación

La existencia en el ordenamiento jurídico de una sociedad de decisiones judiciales discrecionales, y la defensa de las mismas por la doctrina, tienen una serie de causas que les sirven para legitimarlas y fundamentarlas, las cuales vienen a desembocar teleológicamente en una consecución igual: la adecuación particular de las normas jurídicas a los casos concretos que surgen en las relaciones sociales para el logro de una auténtica satisfacción de los intereses correspondientes de forma justa. Así se consuma la concordancia entre el Derecho y la vida, y derivativamente la relación de la justicia, principio constitutivo y fin supremo de todo orden jurídico, que mantenga la verdadera armonía, en el sentido de igualdad proporcional, de medida armónica, de cambio y distribución como justo medio entre el exceso y el defecto (49). Las citadas causas aludidas son:

1. La naturaleza del objeto litigioso, debido a que existen supuestos en los que se estima su valoración como algo estrictamente indispensable. La discrecionalidad

dad, en caso contrario, se actuaría "contra naturam", olvidando sus notas consustanciales relativas a la índole y fin de la relación jurídica de que se trate, las particularidades de dicho objeto, los intereses ponderables; al lado de las consideraciones sociales humanitarias y de oportunidad, las exigencias de buena fe, y muchos otros elementos de imposible enumeración. No se satisfecería, por lo tanto, en la mayoría de las ocasiones, a las partes que se han sometido a la heterocomposición de sus desavenencias (50).

2. La dificultad de conocer o enjuiciar un caso dimanante de la naturaleza del objeto de la contienda, y, por ello, intimamente unido al fundamento anterior, que sólo es superable cuando se toma una de las decisiones discrecionales posibles. Se traduce en:

- a) El desconocimiento de las características de un objeto.
- b) El problema de evaluar ciertas cualidades y
- c) La necesidad de efectuar pronósticos.

Expresados en dificultades técnicas las dos primeras y valorativas la tercera.

Pero la mera dificultad no convierte a una decisión en discrecional, cuando el conocimiento o juicio co-

respondiente constituyan el presupuesto de cierta actuación, pues desde el punto de vista del cumplimiento de la norma no es indiferente una u otra solución. Lo que ocurre es que tener que tomar una decisión hace prevalecer la eliminación inmediata de la incertidumbre sobre la búsqueda de la solución mejor, cuando esta búsqueda puede hacer ineficaz e injusta, por tardía, la solución que se tome; justificándose la toma de resoluciones sobre materias discutibles o no bien conocidas con la atribución de un margen de confianza en el que debe prevalecer la norma. De aquí que la dificultad "haga buena" la decisión que se tome dentro de unos límites de razonabilidad, siempre que el criterio de la norma no imponga una solución distinta (51).

3. La posición de los sujetos decisores de las controversias litigiosas que tienen como misión la de juzgar y resolver los casos que se les presentan, y sobre los que tienen competencia (arts. 117.3 C.E. y 2 L.O.P.J.) correspondiéndoles una función configuradora del orden social cuya cristalización exige dar soluciones discrecionales.

Su tarea de realización del Derecho se concibe fundamentalmente como un fenómeno de solución de conflictos de intereses determinados, cuya satisfacción ha de ser real, no generalizada y superficial, para que sea una de

las bases esenciales del orden societario, en evitación de la venganza privada.

La postura contraria supondría una situación que no satisfacería en el grado deseado a los adversarios, creando una auténtica ficción. Por lo que, además de todas las consecuencias negativas posibles relativas al caso en concreto, el sujeto decisor no estaría cumpliendo con las finalidades propias de su posición dentro del ámbito estatal - los órganos jurisdiccionales - o en la esfera privada - los árbitros.

4. La función social del Derecho presentada en palabras de HERNANDEZ GIL (52), como "presupuesto" y como "fin" de toda ordenación jurídica, al constituir el factor social, en su propia infraestructura, la idea de que el Derecho no puede pensarse fuera de relaciones de interdependencia que aportan una cierta normatividad constituida por la consciencia de la propia conducta.

En cuanto "fin" la función social consiste en un mero mostrar el contenido de las instituciones jurídicas, entrañando una consideración del para qué de las mismas. En consecuencia, el "presupuesto" es predominantemente intrasocial y la comprensión teleológica es un grado más avanzado de reflexión que se anuncia a través de un juicio de valor. Se observa desde el plano de lo jurídico un ele-

mento común: la total referencia del Derecho a la realidad social (53). Mas esta realidad no puede ser recogida en toda su plenitud en el seno de un ordenamiento jurídico, para encarnarse en cada uno de los casos regulados, sino que es necesario que el enjuiciador actúe discrecionalmente, o al menos con un margen de discrecionalidad.

El objeto de la normativización es siempre algo orientado a la realización, algo que todavía no es, que aún no ha sido realizado en su existencia concreta y que ha de ser puesto en acción dentro de la sociedad. Se trata de un operable que se ha de poner en el entorno específico de su existencia, gracias a la actuación de la decisión judicial discrecional (54).

3.4. Supuestos concretos

De acuerdo con el contenido propio de la decisión judicial discrecional, esta se materializa en la relaciones jurídicas internacionales, en grado superior a las de ninguna otra clase, como consecuencia del carácter "sui generis" del ordenamiento que los regula y la naturaleza y finalidad de las normas que lo componen (55). Y en las penales, bajo el aspecto de ponderado arbitrio y de forma muy restringida, configuradora de su límite inferior, pues en ellas se comprenden intereses que trascienden la esfe-

ra privada (56); así, a título de ejemplo, se pueden señalar: el art. 2.2 del C.P. como forma más plena, la apreciación de la prueba según la conciencia del Tribunal (art. 741 L.E.Cr.), la fijación de penas que permiten un margen determinativo (arts. 338 bis, 340 bis b), 566, 573, 584... del C.P.) y la cuantificación de indemnizaciones derivadas de delito o falta (arts. 102, 103, 104, ... C.P.).

Consiguientemente, las decisiones de condición discrecional en el ámbito del Derecho privado se manifiestan de modo que se sitúan, en general, en una posición intermedia - aparte de cuando exista una delegación directa en la norma -, siempre que entren en juego derechos privados de libre disposición, los cuales no pueden ser reducidos a una pura objetividad y neutralidad; a una simple operación automática de normas. La causa de ello se encuentra en que si entendemos el interés, según lo ya explicado, como la relación especial de afecto que liga al hombre con los bienes, resultado de cada particular juicio sobre el valor que estos puedan tener en orden a la satisfacción de nuestras necesidades. O, como dice IHERING, el valor en relación particular con el sujeto y sus fines (57,) se patentiza la existencia de dos factores:

a) Uno objetivo, que constituye el valor del bien en sí.

b) Otro subjetivo, que depende de la aptitud para sentir ese valor y de las circunstancias particulares de cada sujeto.

Y, desde el momento, en el que existe el componente subjetivo es necesario afirmar la necesidad de la discrecionalidad, porque la valoración de un mismo bien al que se liga el hombre varía mucho de unos sujetos a otros. Con lo que se ha de actuar para su satisfacción sobre la base de una jerarquización integrada en la normatividad de forma abstracta (58).

3.5. Reenvío a conceptos indeterminados, criterios valorativos y categorías extrajurídicas

Este fenómeno del reenvío se expresa comúnmente en el contenido de los diferentes textos legales pertenecientes a cualquiera de los órdenes reguladores por medio de la utilización de términos como: la moral, el orden público, la buena fe y las buenas costumbres en el ámbito civil, mercantil y penal; y la decencia y moral pública, las buenas costumbres, el orden público, el justo precio, la calamidad pública, las medidas adecuadas o proporcionadas, la necesidad, utilidad e interés público, en el administrativo (59). Identificándose durante mucho tiempo

estos mecanismos normativos con la discrecionalidad.

Hoy, sin embargo, se cree que la integración en el caso de reenvío se limita a poner en evidencia y hacer explícitos momentos y criterios ya ínsitos en la norma, agotándose en el proceso interpretativo (60). Se trata de determinar una única solución justa.

No obstante, dado que la labor de la interpretación en función normativa consiste en deducir la máxima de la decisión y de la acción en ciertas directrices preestablecidas que se deben reconocer previamente, hay que indagar si faltan tales directrices, y en caso contrario en qué medida y forma se expresan, es decir, si tienen carácter taxativo y unívoco, o si se remiten a una cierta "discrecionalidad", ya que esta clase de interpretación no se agota en un reconocimiento meramente literal y contemplativo del significado propio de la norma en su abstracción y generalidad, sino que va más allá y da lugar a una integración del precepto en cuestión que conduce a una complementariedad concurrente, convirtiendo la tarea de los sujetos decisores de las controversias litigiosas en el cumplimiento necesario del ordenamiento (61).

La apreciación se debe hacer de tal manera que el reenvío no suponga, al menos necesariamente asunción propia y recepción quedando, por lo tanto, vinculada, aunque

los criterios en cuestión (que tienen siempre una propia objetividad que les sustrae al arbitrio subjetivo) puedan ser de naturaleza elástica y por ello no consientan una aplicación absolutamente segura e incontrovertible.

Si la apreciación que tratamos forma parte del complejo proceso de integración del precepto legal, cuando este carezca de una fórmula precisa y taxativa, es claro que no se puede escindir sin arbitrio del momento reconocitivo que no sólo lo prepara, sino que lo subordina estrictamente y lo justifica plenamente. En la interpretación citada no se puede, sin ese evidente arbitrio, establecer una escisión entre reconocimiento del significado de la norma, considerada en su abstracción y generalidad, y la especie de discrecionalidad técnica que entra a formar parte del oficio de intérprete (62).

El problema, pues, forma parte de las cuestiones que plantea el razonamiento jurídico, quedando delimitado a la investigación de los significados según la referencia normativa a los datos (sociales) intermediadores, en lo referente al conocimiento de los hechos y a la relevancia de los mismos para su interpretación; y según la responsabilidad del juzgador para interpretar la función normativa a través de la mediación de tales datos. De lo que se concluye que la resolución que tenga que aplicar alguna de las normas en que se contenga un reenvío a conceptos inde-

terminados, criterios valorativos y categorías extrajurídicas deberá tener en cuenta las siguientes ideas:

a) La actuación integradora correspondiente está sometida a los límites jurídicos contenidos en la norma concreta.

b) El juzgador no debe dejarse guiar exclusivamente por inducciones lógicas o puras abstracciones, sino que se exige realizar una ponderación estimativa según las reglas de la sana crítica de los elementos integrantes del asunto litigioso que preceden al fallo.

c) Tal decisión ha de ser resultado de un juicio coherente entre los antecedentes de hecho y de Derecho en que se funda (63).

3.6. Delegación al Juez de la estimación discrecional

La discrecionalidad delegada al juez, suele venir tratada conjuntamente con el tema del reenvío a conceptos indeterminados, criterios valorativos y categorías extrajurídicas que acabamos de estudiar en relación con la integración normativa; si bien ambos se diferencian en gran medida. En el caso de delegación se realiza una apreciación de oportunidad entre las diversas soluciones posibles dentro del marco de la norma, con relación a las circunstancias del caso particular, yendo más allá que el tema

contenido en el apartado anterior.

Se trata de una discrecionalidad subordinada de carácter supletorio y complementario, esencialmente diferente de la discrecionalidad soberana del legislador o de la plena discrecionalidad del funcionario administrativo, por lo que nos situamos en el terreno de la actuación moderadora, aplicadora del Derecho, interpretativa en el uso del arbitrio discrecional, en la aplicación de las normas, que no consiste sino en una facultad de apreciación del hecho en concreto en cuanto a su adecuación con el supuesto ya tipificado, en un poder de adaptación (y de especificación) de la previsión normativa determinadora de los elementos del tipo (64).

Las normas que contienen tal delegación se denominan flexibles, para diferenciarlos de las rígidas y de Derecho estricto (65), equiparándose a los que en la doctrina anglosajona se llaman "standards" jurídicos o prototipos de conducta, "directivas" en la francesa y "máximas de experiencia" en la alemana. Como dice de la VEGA (66) "su consideración, enfoque y aplicación se ha de realizar como en toda labor jurídica, con la necesaria tendencia a la objetividad, a la generalidad, sopesando, ponderando su uso en atención a criterios generales y comunitarios, es decir, obteniendo la regla según el tipo medio de su conciencia en la sociedad, y no según el propio del

juez, que en este sentido ha de ser intérprete social". Se está así pues lejos de la lógica formal, y en los dominios de la lógica sociológica, bien que jurídica y judicial

4. LA DECISION JUDICIAL DE CARACTER ARBITRARIO

4.1. Delimitación conceptual

Una vez hemos estudiado la decisión judicial vinculada y la discrecional nos queda por tratar la decisión arbitraria, como modalidad independiente de una y de otra, variando su concepto notablemente, según cuál sea la noción del calificativo "arbitrario" de la que partamos.

Si sostenemos una postura crítica tradicional, caracterizada por las notas de estatalismo y positivismo, se denomina "arbitrariedad" a un acto cometido por los órganos del Estado (por sus titulares), violador de las atribuciones específicamente contenidas por la ley, y expresadas como fuerza irresistible ante la imposibilidad de utilizar recursos legales, en su contra, como consecuencia de la desnaturalización jurídica del acto, para el cual tiene competencia el órgano (67). Aplicado todo ello a la decisión judicial arbitraria "contra legem" nos da como resultado:

a) Que es el acto resolutivo llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales, o más específicamente por sus titulares: Jueces o Magistrados, no siendo atribuible, por consiguiente, a los árbitros.

b) Que se expresa como violación de las atribuciones legales del órgano.

c) Que carece de juridicidad, como consecuencia de la desnaturalización de las normas legales.

d) Que es irreductible, por lo que se refiere sólo a las decisiones del Tribunal Supremo, si no puede recurrirse ante el Tribunal Constitucional y, en caso, contrario, los fallos que dimanen del último.

Dando un paso de mayor generalización, al tener en cuenta exclusivamente el Derecho positivo como ley, y no los sujetos que lo practican, la decisión judicial arbitraria será aquella que niega el Derecho como legalidad, en tanto que tal legalidad. Lo cual puede modificarse si nos situamos en una posición netamente normativa, cambiando el término legalidad, por el más amplio de normatividad jurídica.

Todas estas posturas se sitúan en un plano mera-

mente formalista, por lo que hemos de intentar otra delimitación conceptual que se conforme en una dimensión que reafirme una tendencia pluralista capaz de limitar cada vez más el monopolio normativo del Estado. Tal sería la que se deriva de la diferenciación entre la decisión vinculada, - en la que sus razones se encuentran explícitamente mencionadas en la norma positiva, basándose la fuente de autoridad en su captación directa -, y la discrecional, - en donde tales razones se enmarcan en la norma jurídica implícitamente, gracias a un poder otorgado a tal efecto -, de la arbitraria, en la que se distinguen dos clases:

- Relativa: que es la decisión producida sobre un fundamento no determinable previamente, al estimarse razones que no están contenidas en la normatividad positiva, pero que aparecen en intereses, grupos o consideraciones objetivas y justas que puedan ser captadas directamente; y

- Absoluta: que es la que dimana de un fundamento tampoco determinable previamente, pero que es producto de la voluntad meramente subjetiva y caprichosa del decisor. Se expresa como base de la resolución, sin responder a ninguna regla comprendida en el Derecho positivo, interés, grupo ni otra consideración objetiva y justa, convirtiéndose en mero acto de fuerza sin justificación alguna.

Sólo resta por señalar la conversión de la decisión discrecional irracional en la arbitraria absoluta, las cuales se identifican en su ser (68), ya que se está violando la esfera de las propias funciones atribuidas, con una actuación que no posea ninguna base aceptable. En caso contrario se produciría una arbitrariedad relativa, pues la irracionalidad se mantiene únicamente con respecto al Derecho positivo.

A su vez, es posible diferenciar, si la decisión discrecional irracional se ha causado de manera deliberada o erróneamente. En el primer supuesto se habrá actuado arbitrariamente, en el segundo no se puede afirmar esto, o por lo menos, podría plantearse la duda (69).

4.2. Fundamentación (70)

Como sabemos, ciertos sectores doctrinales han defendido la neutralidad del Derecho, dándole un valor autónomo, independiente de los fines a los que podría servir (tal es el caso de KELSEN). Sin embargo, siguiendo a RADSBRUCH (71), es claro que no es posible concebir el Derecho desprovisto de sentido valorativo, habiendo de sostener que solo se puede comprender en el círculo de la conducta impregnada de valor, y que el valor esencial al que tiende es la justicia. Con lo cual la fundamentación

de la decisión judicial arbitraria se resume en los siguientes puntos:

1. La necesidad de legitimación de la norma jurídica aplicable basada esencialmente en la realización de la justicia. Si legalidad, dice LEGAZ (72), significa, en sentido amplio, existencia de leyes y sometimiento a las mismas de los actos de quienes las han de acatar, y el principio de legalidad consiste en atenerse a la regla de Derecho dictada por las autoridades competentes, incluso por los poderes públicos (73); para que tales determinaciones teóricas se lleven a la práctica no basta la autojustificación, sino que además se requiere la justificación objetiva, como requisito inexcusable, que, naturalmente, supone la determinación de una serie de límites, y el cumplimiento de unos contenidos mínimos, de manera previa a su entrada en vigor, siendo precisamente la realización de la justicia el primer elemento legitimador de la norma como principio constitutivo del Derecho. Existe para ser actuada, y el Derecho se conforma en tanto que ha de nacer con la mira de encarnar la justicia, concebida en su función.

Si se parte de una concepción finalista, es estimable que una acción es justa y, por ello, correcta jurídicamente, cuando constituye medio proporcionado, irreprochable para la consecución de un fin justo; y, a la inver-

sa, ninguna acción, ni siquiera del legislador, puede ser justa ni correcta jurídicamente, si se propone un fin justo o injusto con medios desproporcionados.

Mas cuando la norma positiva es injusta ésta no forma parte del Derecho. Una norma que atente contra los pilares de lo justo carece de fuerza de obligar.

Ningún orden ni ninguna seguridad es posible al margen de la justicia. El orden no puede subsistir cuando se mantiene sólo por la fuerza. Y del mismo modo la seguridad que ofrece un orden semejante no es apreciado como un valor positivo, pues es la seguridad de la injusticia. La justicia no es un valor más alto que el orden y la seguridad, sino que es un condicionante de estos, los cuales no pueden existir a su margen (74).

2. El cumplimiento del deber del juzgador en concordancia con la naturaleza de su función. Los Jueces y Magistrados están sometidos al imperio de las normas positivas (art. 117.1 C.E. y 1 L.O.P.J.), en cumplimiento del principio de legalidad expuesto en el número anterior, al igual que ocurre con los árbitros, los cuales han de resolver conforme a Derecho, en el caso de que no sean de equidad, su deber primordial es el de administrar justicia y servirla. De modo que su función queda frustrada cuando por mandato de la norma positiva tuviese que resolver sa-

biendo - no subjetivamente, pues la labor del juzgador opera con datos objetivos, no exclusivamente legales - que la justicia se lesionaría o supondría una denegación de ella (75).

Esta aparente dicotomía inconciliable se compatibiliza al mantener que es falso que la arbitrariedad, al ser negación de la forma de Derecho, sea negación de la justicia, en tanto que ésta se realiza a través del Derecho, y el proceder conforme a él, es el modo más seguro de ser justo. El decisor está vinculado por el Derecho positivo, pero también está sometido a otras normas que incluso pueden llegar a colisionar con ella para actuar constructivamente en la actividad social de las personas los principios de reciprocidad, de igualdad en la diversidad, y de integridad y autonomía de la existencia personal. Se conoce la ley, se aplican las normas, pero de quién se es verdaderamente siervo es del orden jurídico en cuanto tal, conformado básicamente por la equidad, los principios generales, los criterios dimanantes de la satisfacción de intereses, las normas que rigen en el interior de ciertos grupos, y demás consideraciones del juzgador de naturaleza objetiva. Y, desde una postura más netamente insnaturalista, se mantiene la sujeción, en primer lugar, al Derecho natural como orden superior (76).

4.3. Supuestos concretos

La decisión judicial arbitraria relativa es posible, siempre que se pueda fundamentar en los dos pilares que la sustentan ya analizados: la necesidad de legitimación de la norma jurídica aplicable, basada esencialmente en la realización de la justicia; y el cumplimiento del deber del juzgador en concordancia con la naturaleza de su función de administrar y servir a la justicia. Las resoluciones que tengan este caracter, ya sean sentencias o laudos, se circunscriben a casos determinados y extremos para evitar la transformación de la arbitrariedad relativa a la absoluta, las cuales pueden clasificarse como siguen (77):

1. Cuando las normas jurídicas sean constitutivas de "crasa incorrección" (78), o contradigan la justicia alcanzando un grado insoportable o intolerable (79), como las que vulneran el principio de personalidad de las penas, ignoran la igualdad esencial de la justicia, invaden la intimidad de las personas, no respetan la dignidad humana, o no reconocen los derechos fundamentales del hombre.

2. Cuando las leyes son defectuosas o inadecuadas al fin que persiguen. Es decir, que fueron aprobadas por el legislador para que, con criterios de justicia, regularan jurídicamente ciertos aspectos de la actividad humana,

pero el transcurso del tiempo, o la infinidad de casos distintos en la realidad, o las consecuencias totalmente imprevisibles de su aplicación a algunos supuestos, o el cambio de los sentimientos jurídicos, u otras circunstancias, hacen no aconsejable su aplicación por resultar injusta.

NOTAS

- (1) V. entre otros: LEGAZ LACAMBRA, L.: "El Estado de Derecho", en "Derecho y Libertad". Librería Jurídica, Buenos Aires 1952, pp. 62 y ss.; LUCAS VERDU, P.: "La lucha por el Estado de Derecho". Publ. del Real Colegio de España, Bolonia 1975.
- (2) Cfr. CHIODI, G.M.: "Equità. La categoria regolativa del Diritto", Guida Edit., Napoli 1989, pp. 107 y ss.; NOVALDOS PEREZ-ACEVEDO, M.: "Arbitrio y actividad judicial" R.D.P., junio 1978, pp. 513 y ss.; OPOCHER, E.: "Analisi dell'idea della giustizia". Giuffrè, Milano 1977.
- (3) Cfr. BETTI, E.: "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos", trad. J.L. de los Mozos, Edit. R.D.P., Madrid 1975, p. 151. V. también entre otros: ALEXI, R.: "Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989; ALLORIO, E.: "El Ordenamiento en el prisma de la declaración judicial", trad. Sentis Melendo, Europa-América, Buenos Aires 1958; BEDUSCHI, G.: "Tipicità e Diritto. Contributo allo studio del racionalismo giuridico", Patron, Bologna 1984; CATANIA, A.: "Decisione e norma", Jovene, Napoli 1979; HERPIN, J. CH.: L'application de la loi. Deux poids, deux mesures. Seuil, Paris 1977. LOMBARDI-VALLAURI, L.: "Saggio sul Diritto giurisprudenziale, Giuffrè, Milano 1967; MACCORMICK, N.: "Legal Reasoning and Legal Theory", Clarendon Press, Oxford 1978; MARTIN OVIEDO, J.M.: "Formación y aplicación del Derecho. Aspectos actuales", Madrid 1972; OPOCHER, E.: "Rapporti tra teoria generale del Diritto ed interpretazione nella prospettiva dell'applicazione del Diritto". RIFDI, 1966, pp. 407 y ss.; PERLO, B.: "Logical Image of Judicial Interpretation and Application" RIFD 4, 1972, pp.608 y ss.; VARIOS: "La decisión", Colloques Internationaux du Centre National de la Recherche Scientifique, C.N.R.S., Paris 1960; WASSERTROM, R.A.: "The Judicial Decision". Stanford, London 1961; ZACCARIA, G.: "La objiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del Diritto". R.D.C., t. I, 1979, pp. 603 y ss.

- (4) VARIOS: "Six Concepts of Constitutive Rule" en A.A. F.G.G. XXIX 1983, pp. 487 y ss.
- (5) Cfr. BETTI, E.: op. cit. p. 153.
- (6) Cfr. SAINZ MORENO, F.: "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa". Civitas, Madrid 1976, pp. 167 y ss.
- (7) GUASP afirma que "no hay más que una Justicia, como no hay más que una Verdad" (Cfr. "Juez y hechos en el proceso civil", Barcelona, Bosch 1943, p. 101); V. además su obra "Derecho", Madrid 1971, pp. 410 y ss.
- (8) V. ALLORIO, R.: Op. cit., p. 28; WASSERTROM, R.A. op. cit., p. 68.
- (9) V. LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía del Derecho". Bosch, Barcelona 1979, p. 532; id. "Justification de la décision en Droit", en "Le raisonnement juridique". Actas del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y de la Filosofía Social, Bruselas 1971, p. 299; MENNICKEN, A.: "Das Ziel der Gesetzesauslegung", 1970, p. 106; SCHMIDT, C.: "Gesetz und Urteil", 1969, p. 85.
- (10) V. CATANIA, A.: op. cit. p. 45; MACCORMICK, N.: op. cit., p. 40.
- (11) V. BETTI, E.: op. cit. p. 154.
- (12) Las decisiones judiciales vinculados eran defendidas por la doctrina en contra de la realidad arbitraria existente; V. DECUGIS, H.: "Les étapes du Droit des origes à nos jours", t. II, Sirey, Paris 1946, pp. 75 y ss; BUALDE, J.: "Una revolución en la lógica del Derecho. (Concepto de la interpretación del Derecho privado)", Barcelona 1933, pp. 21 y ss.
- (13) Cfr. KELSEN, H.: "Was ist juristische Positivimus" en "Juristenzeitung" 1965, p. 465.
- (14) Cfr. HERNANDEZ GIL, A.: "Conceptos jurídicos fundamentales", t. I de la Obras Completas. Espasa-Calpe,

Madrid 1987, p. 427. V. también BAGOLINI, L.: "Il problema della definizione generale del Diritto nella crisi del positivismo giuridico", R.I.F.D. I, 1961, pp. 4-5.

- (15) Cfr. RECASENS SICHES, L.: "Vida humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho". Fondo de Cultura Económica, México 1945, p. 121.
- (16) Cfr. HENKEL, H.: "Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho", trad. Gimbernat Taurus, Madrid 1968, p. 547.
- (17) V. GOLDSCHMIDT, W.: "Conducta y norma", trad. Abeledo, Buenos Aires 1952, pp. 49 y ss.; HAURIOU, M.: "L'ordre social, la justice et le Droit" en el vol. "Aux sources du Droit", Paris 1933, p. 20. (Si bien corrige esta postura pesimista); HERRFAHRDT, H.: "Revolución y ciencia del Derecho", trad. Madrid 1933, pp. 37 y ss; LEGAZ LACAMBRA, L.; "Filosofía"...cit. p. 605; RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: "Justicia y Seguridad", Estudios en homenaje a L. Legaz I, pp. 353 y ss.
- (18) Cfr. RADBRUCH, G.: "Introducción a la ciencia del Derecho", trad. Recaséns Siches, Edit. R.D.P., Madrid 1930, p. 148.
- (19) Cfr. COWAN, T.H.: "Le istanze della sicurezza sociale e la Filosofia del Diritto", R.I.F.D., V-VI, pp. 629 y ss., 1954. V. además GOLDSCHMIDT, W, op. cit. pp. 50 y 55; LEGAZ LACAMBRA, L.: "Humanismo, Estado y Derecho. Bosch, Barcelona 1960.
- (20) No estudiamos el tema de la vinculación de las normas de procedimiento porque la decisión judicial en la resolución de controversias, si bien se desenvuelve conforme a unas pautas de este tipo, resuelve la cuestión de fondo en el ámbito del Derecho sustantivo.
- (21) Así, por ejemplo, se diferencian los derechos fundamentales y los principios rectores de la política social y económica, funcionalizándose esta distinción en el art. 53.3 de la C.E., donde se deja claro que también "informarán la práctica judicial". Pero se prescribe que dichos principios "sólo podrán ser ale-

gados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (V. GARCÍA DE ENTERRIA, E.: "La Constitución como Norma jurídica" en "La Constitución española de 1978". Civitas, Madrid 1980, p. 123 y 124).

Para lo siguiente V. id. pp. 117 y ss. y; BASILE, S.: "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas" en el vol. "La Constitución española de 1978". Civitas, Madrid 1980, pp. 263 t ss. y los arts. 1 y 9.1 de la C.E.

En el caso de que la Constitución haya derogado por sí misma las leyes anteriores contrarias a sus preceptos, se habrá convertido en una regla de interpretación directa y primaria, no obstante cualquier otra ley contraria.

- (22) Por el contrario, el ilícito civil es una categoría general y abstracta que sólo exige antijuricidad y culpabilidad (esto no en todos los casos) unidas a la concreción del daño (Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil español común y foral". t. IV, Reus, Madrid 1981, pp. 955 y ss.; y SS de 13 de noviembre de 1934 y 5 de febrero de 1957.
- (23) Como en el supuesto del art. 320.1 del C.C.
- (24) Por ejemplo ver arts. 108 y ss. del C.C.
- (25) Caso de los arts. 348 y ss. del C.C.
- (26) Ver el art. 1108 del C.C.
- (27) Ver S. de 31 de enero de 1902.
- (28) Estas sólo se prevén en el art. 55 de la L.O.T.C., para las sentencias dictadas en caso de que se otorgue el amparo. Pero por su contenido exhaustivo es aplicable también a los fallos dictados en los recursos de la vía jurisdiccional ordinaria.
- (29) Están exceptuados de la vía jurisdiccional previa, a

través del proceso preferente y sumario previsto en el art. 53.2 de la C.E., para interponer el recurso de amparo: las violaciones que tuviesen su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial (jurisdiccional según la terminología utilizada), aunque en este supuesto es necesario que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 44 de la L.O.T.C.

- (30) CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho civil español... cit. t. I, p. 252; ESSER, J.: "Principio y norma de la elaboración jurisprudencial del Derecho privado", trad. esp. Bosch, Barcelona 1961, pp. 141 y ss.; DARBELLAY, J.: "La règle juridique. Son fondement moral et social". Edit de L'oeuvre St. Augustin St. Maurice 1945; GUALTIERI, G.: "Il valore della legge", Edit. Milani Padova 1946; LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía... cit., pp. 414 y ss.
- (31) La distinción se justifica porque el régimen de la reclamación de los perjuicios es distinta, constituyendo la expresión "funcionamiento anormal de la Administración de Justicia", un concepto jurídico indeterminado que habrá de interpretarse por los Tribunales que conozcan de la reclamación, pero dentro de la integración del supuesto que contemplamos.
- (32) Es decir que se requiere: a) La existencia de un daño a un particular en cualquiera de sus bienes y derechos, daño que habrá de ser efectivo, evaluable económicamente, e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. (Art. 292.2 L.O.P.J). b) Que el daño sea imputable a los órganos jurisdiccionales y consecuencia de su funcionamiento anormal, siendo evidente que el error no es sino uno de los supuestos posibles del funcionamiento anormal. c) Que el daño no sea consecuencia de fuerza mayor ni de dolo o culpa del perjudicado.
- (33) Cfr. MORTATI, C.: Voz "Discrezionalità". Nov. D.I. V. también: AZZARITI, G.: "Premesse per uno studio sul potere discrezionale", en "Scritti in onore de M.S., Giannini, Vol. III, Milano 1980, pp. 89 y ss. BIONDI, B.: "Teoria generale della discrezionalità". Nuovi Studi 1923, pp. 197 y ss.; DWORKIN, R. y MACCALLUM, G.: Symposium on "Judicial Discretion", J. Ph, 60, 1963, pp. 624 y ss. GREENWALT, K.: "Discretion and Judicial Decision". 75, C.L.R., 1975, pp. 359 y ss. HAURIOU, M: "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification" Mélanges Carré de Malberg, Paris 1933, pp.

231 y ss.; LEVI, E.H.: "Attività lecita e attività discrezionale". Studi Comneo, vol II, p. 81. MORTATI, C.: "Note sul potere discrezionale", Roma 1936; RASELLI, A.: "Studi sul potere discrezionale del giudice civile". Guiffrà, Milano 1975; SAINZ MORENO, F.: op. cit., p. 304; VENEZIA, J.C.: "Le pouvoir discrétionnaire L.G.D.J., Paris 1959; y S. de 15 de diciembre de 1966.

(34) Ver S. 11 diciembre 1977.

(35) V. BETTI, E.: op. cit., p. 144.

(36) El poder considerado como la fuente de legitimidad de la que emana la actividad y, por consiguiente, el acto discrecional, es la situación que habilita, permitiendo adoptar una serie de posibilidades de obrar.

Por actividad se entiende el medio por el que se materializa el poder que ha sido conferido explícitamente o que conlleva la propia función realizada para la plena cristalización de la justicia.

(37) Cfr. MORTATI, C.: voz "Discrezionalità" cit.

(38) Cfr. BIONDI, B.: op cit. pp. 197 y ss.

(39) V. LEVI, E.H.: "Teoria generale del Diritto". Padova 1953, p. 361.

(40) GREENWALT, K.: op. cit., pp. 359 y ss.

(41) Cfr. AURITI, G.: "Criteri scientifici di distinzione tra legge giusta e legge ingiusta" R.I.F.D. I-III, 1962, pp. 49 y ss.; PALADIN, L.: "Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere legislativo". R.T.D. Pubbl. 1956, pp. 993 y ss.

(42) Cfr. SANCHEZ AGESTA, L.: "Principios de Teoría Política". Edit. Nacional, Madrid 1979, p. 487; BETTI, E.: op. cit., p. 144.

- (43) V. ALESSI, R.: "Principi di Diritto amministrativo", t. I. Milano 1971, pp. 198 y ss.; BACHOF, O. y WOLFF, H.J.: "Verwaltungsrecht" t. I, Tübingen 1974, pp. 166 y ss. RIVERO, J.: "Droit administratif". Dalloz. Paris 1973, pp. 10 y ss. y 33 y ss; VEDEL, G.: "Droit administratif" P.U.F., Paris, 1973, pp. 92 y ss.;
- (44) Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T.R.: "Curso de Derecho administrativo", t. I Civitas, Madrid 1982, p. 381; GIANNINI, M.S.: "Il potere discrezionale della pubblica Amministrazione", Milano 1939.
- (45) Cfr. SAINZ MORENO, F.: op. cit. pp.347 y ss.; y además V. AMON, J.: "Executive DISCRETION AND JUDICIAL Control", 1954; LEISNER, W.: "Effizienz als Rechtsprinzip" Tübingen 1971; SEPE, O "L'efficienza nell'azione amministrativa". Giuffrè, Milano 1975; la S. de 18 de febrero de 1974 dice... el Ministerio tiene que actuar con un cierto margen de discrecionalidad, con una discrecionalidad que en parte es de antecedentes y de previsiones de futuro, en los que los Tribunales no pueden sustituir a la Administración, a no ser que manifiestamente aparezca un proceder lógico, abusivo o arbitrario..."
- (46) Cfr. PRESUTTI, E.: "Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica": Giur, ital. IV, 1910, pp. 10 y ss.; VIRGA, P.: "Appunti sulla cosiddetta discrezionalità tecnica"; J. 1957, pp. 95 y ss.
- (47) Cfr. BETTI, E.: op. cit. p. 145; y MORTATI, C.; Voz "Discrezionalità", cit.
- (48) Dice BETTI que únicamente se ha de distinguir según que la determinación técnica tenga que verificarse en el supuesto constituyente de la facultad discrecional, en cuyo caso una inexactitud determinaría una tergiversación de los hechos o una falsa aplicación de la norma, o que la apreciación técnica haga referencia precisamente a la exigencia que se establezca al ejercicio de la facultad discrecional de conformarse con los criterios de las disciplinas particulares, artes o profesiones, en cuyo caso una disconformidad puede entrar dentro del uso inadecuado o aberrante del poder. Y si, contrariamente, la apreciación técnica se produce en la génesis de una decisión jurisdiccional de la autoridad judicial ordinaria, o se conecta en las premisas de tal decisión entonces, naturalmente, participa del carácter vincula-

do de la apreciación, que aquí tiene un carácter meramente interpretativo (Cfr. op., cit., p. 149).

- (49) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La idea de justicia hoy ¿en crisis?, ¿apogeo? (Discurso), Reus, Madrid 1964, p. 17; RECASENS SICHES, L.: "Los temas de Filosofía del Derecho en perspectiva histórica y visión de futuro". Bosch, Barcelona 1934, p. 91; id.: "Tratado general de Filosofía del Derecho". Porrúa, Méjico 1961, p. 488. Ambos autores sostienen que a pesar de la gran diversidad de supuestos filosóficos y de criterios políticos, se mantiene siempre un denominador común: la justicia es entendida, casi siempre, como una armonía. V. también ARISTOTELES: "Ética a Nicómaco". Libro V.
- (50) Seguimos paralelamente las afirmaciones de SAINZ MORENO, F., referidas al fundamento de la discrecionalidad administrativa (Cfr. op. cit., p. 305).
- (51) id. pp. 306 y 307.
- (52) Cfr. HERNANDEZ GIL, A.: "La función social de la posesión (Ensayo de teorización sociológica-jurídica)". Madrid 1969, pp. 65 y ss.
- (53) Cfr. HERNANDEZ GIL.: "La función....", cit. p. 68; V. también BRAYBROOKE, D.: "op. cit., pp., 20 y ss.
- (54) V. en este sentido DARBELLAY, J. op. cit.; SCHUR, E.M. "Law and Society. A Sociological view". Raudem House, New York 1968, STONE, J.: "Social dimension of Law and Justice". Stevens & Sons, London 1966.
- (55) Para mayor conocimiento del tema V. entre otros muchos: CASANOVAS y LA ROSA, O.: "Prácticas de Derecho internacional público", Vol. I, Madrid 1972; FALK, R.A.: "The Status of Law in International Society". Princeton 1970. PEREZ GONZALEZ, M.: "En torno a la tensión entre lo general y lo particular en Derecho de gentes", en Homenaje al Prof. A. Otero. Santiago de Compostela 1981, pp. 665 y ss.; SCHWARZENBERGER, G.: "The Dynamics of International Law", London 1976.
- (56) V. BELLAVISTA, G.: "Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena", Milano 1939; GONZALEZ GARCIA: "El arbitrio judicial y el Código Penal vigente" A.D.P., 1951, pp. 253 y ss.; RUIZ VADILLO,

E.: "Algunas consideraciones sobre el árbtrio judicial en el Proyecto del Código Penal" en F.G., 177, 1981.

- (57) V. LOPEZ BERENGUER, J.: "La colisión de derechos" A.A.U.M. XIV, 1-2, Curso 1955-1956; y la tesis de IHERINGN, R.V. en "La lucha por el Derecho". trad. Civitas, Madrid 1985.
- (58) V. LOPEZ BERENGUER, J.: op. cit. pp. 136 y ss.; y lo ya dicho anteriormente sobre la naturaleza del objeto litigioso como una de las fundamentaciones para la existencia de las decisiones discrecionales.
- (59) Cfr. arts. 1.3, 12, 451, 1255, 1957... del C.C., 1.1., 57... del C.Co; 431, 436, 566.5... del C.P.; 105.1... de la L.J.C.
- (60) V. BETTI, E.: op. cit. p. 145.
- (61) Cfr. id. p. 146; y SCHMITT: "Drei Arten der Rechtswissenschaftliche Denkens" 1934, pp. 29 y ss.
- (62) Cfr. BETTI, E.: op. cit. p. 145; SAINZ MORENO, F.: op. cit. pp. 167 y ss.
- (63) V. con respecto al concepto de "interés público" la S del T.S. de 18 de febrero de 1974.
- (64) Cfr. BETTI, E.: op. cit. p. 147.
- (65) Así, ejemplificativamente se pueden citar los arts. 58, 68, 73, 145 y 398 del C.C.
- (66) Cfr. VEGA BENAYAS, C. de la "Introducción al Derecho Judicial". Montecorvo, Madrid 1970, p. 152.
- (67) Por lo cual, la arbitrariedad se puede llevar a cabo, al ser conducta antijurídica de los órganos del Estado: por alteración del procedimiento con arreglo al cual debe ser establecida una norma determinada; por desconocimiento del contenido específico que una norma inferior debe desarrollar en relación a una superior; por transgresión de la esfera de propia compe-

- tencia ejecutiva; y, como ya veremos, por irracionalidad en la utilización de la discrecionalidad (Cfr. DELGADO OCANDO, J.M.: "Programa de Filosofía del Derecho actual", Edit. Universitaria LUZ, Maracaibo S.a., p. 4; LEGAZ LACAMBRA, L. "Filosofía... cit. p. 630; y PINEDA URRUTIA, M.: "Arbitrariedad y Derecho". Centro de Estudios de Filosofía del Derecho LUZ. Facultad de Derecho, Maracaibo 1975, pp. 23 y ss.
- (68) Cfr. DELGADO OCANDO, J.M.: op. cit., p. 7. V. también ALCARO, F.: "Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica: significato de un'evoluzione". Giuffrè. Milano 1976, pp. 15 y ss.
- (69) Cfr. PINEDA URRUTIA, M.: op. cit. p. 23.
- (70) Nos referimos únicamente a la arbitrariedad relativa, puesto que la absoluta, por sus características no es susceptible de defensa.
- (71) Cfr. RADBRUCH, G.: "Filosofía del Derecho". Edit. R.D.P. Madrid 1959, pp. 11 y 12; igualmente V. también VILAR BADIA, R.: "La justicia en la jurisprudencia romana". R.D.P.I., julio-septiembre 1974, pp. 661 y 662.
- (72) Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía cit. p. 598; y en "Noción de legalidad". Ponencias españolas al Congreso Internacional de Derecho Comparado de Bruselas, Barcelona 1958.
- (73) Los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al ordenamiento jurídico (art. 9.1. C.E.); y en concreto la Administración pública a la Ley y al Derecho (art. 103.1 C.E.) y los Jueces y los Magistrados al imperio de la Ley (art. 117.1 C.E. y 1 L.O.-P.J.).
- (74) V. SCHMIDT, E Y OTROS: "Derecho injusto y derecho nulo". Introducción, traducción y selección de textos Rodríguez Paniagua. Aguilar. Madrid 1971, pp. 57 y ss. LEGAZ LACAMBRA, partiendo de una teoría formalista afirma: "La arbitrariedad es negación de la forma de Derecho y negación de la justicia, en tanto que la justicia se realiza a través del Derecho; pero por la naturaleza autonómica de la justicia - que exige generalidad e igualdad de medida y adaptación al caso

singular - puede verse en algunas circunstancias como mas justo el acto arbitrario que el conforme al Derecho, aunque sólo por estricta relación al caso, pues en relación con los demás ya constituye no sólo arbitrariedad sino injusticia. por eso el modo mas "seguro" de ser justo es, siempre proceder de acuerdo con el Derecho; respetar la justicia mediante la afirmación del orden". (Cfr. "Filosofía... cit, p. 633). Y en cuanto a la defensa de la seguridad V. también PINEDA URRUTIA, M.: op. cit., pp. 17 y 18.

(75) Cfr. VILAR BADIA, R.: op., cit. p. 686.

(76) Cfr. VEGA BENAYAS, C. de la: op. cit., p. 227.

(77) Cfr. VILAR BADIA, R.: op., cit., p. 683.

(78) Según HENKEL, H.: cit. por VEGA BENAYAS, C. de la: op. cit., p. 240.

(79) Según RADBRUCH, G.: cit. por VILAR BADIA, R.: op. cit., p. 683.

CAPITULO III. ASPECTOS GENERALES DE LA EQUIDAD

1. CONCEPTO DE EQUIDAD

1.1. Antecedentes

Etimológicamente la voz "Equidad" proviene de la latina "aequitas", "aequus, a, um", "liso", "llano", "igual", en relación con "aequos", la "llanura del campo" y la "del mar" que, a su vez, se derivan de una raíz que significa "semejante", y en las lenguas sánscritas de "aikas" uno y "aikatuan", "unidad", "semejanza". Por lo que atendiendo a su significado verdadero este término implica la idea referente a la relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio y se adapta a su naturaleza íntima (1). Mas aunque han sido y son muchas las acepciones dadas, su concepto actual gira en torno a dos ideas distintas: la idea aristotélica de norma individualizada adaptada a las circunstancias de un caso concreto ("epikeia" de los griegos) y la idea cristiana de mitigación del rigor de la ley para un caso particular ("humanitas", "pietas", "benignitas") (2).

Fue ARISTOTELES el que sentó la doctrina funda-

mental de esta materia combinando la concepción de igualdad y la de Derecho natural; y enlazando, aunque no confundiéndose, con el concepto de justicia.

Sintéticamente la "epikeia" parece destinada a servir de término medio entre las prescripciones de la justicia natural y las disposiciones, con frecuencia demasiado severas y rígidas, de la justicia positiva. Lo equitativo no es algo distinto por esencia de la justicia, sino una misma cosa con ella; la equidad en este sentido no la sustituye ni corrige, sino que es la misma justicia que corrige la injusticia que se comete en el caso particular, cuando sólo se la considere bajo el esquema abstracto de la norma general no con el propósito de abolirla, sino de restablecerla; no únicamente rectificándola, sino también supliendo sus vacíos, hablando en su lugar como lo hubiera hecho el mismo legislador si hubiera podido conocer el supuesto particular de que se trata (3).

El segundo componente de la determinación moderna de equidad es, como ya dejamos apuntado la "benignitas" cristiana, cuyos antecedentes están contenidos en los Libros Sagrados. Se hacen eco de ella el Derecho romano, el canónico y la Patrística, sosteniéndose que más bien tiene esta línea de pensamiento su origen en la confusión entre la equidad (género) y la "epikeia" (especie) (4).

Los apologistas y los Santos Padres, que hicieron suya la concepción platónica de la justicia como virtud total o universal, ligaron la justicia con la equidad, unieron una y otra con las ideas cristianas de "pietas" y "charitas", en la creencia que las "venas" de la justicia son la piedad y la equidad. Ellas nos dictan nuestros deberes para con Dios y para con nuestros semejantes y la misericordia se comprende como parte y porción de la justicia, entendiendo muy bien algunos autores el error que significaría, conforme a su sentido etimológico, el reducir la equidad a una simple igualdad, pues la justicia no es posible sin una cierta imparidad y desemejanza en las cosas entre las que se guarda (5).

Como resultado se formó en el medievo una doble noción: la que se identificaba con la misericordia misma y la que la concibió como una yuxtaposición de justicia y misericordia (6), más amplia y avanzada que el de la mera benignidad, fruto de la caridad que templa la fuerza de la norma jurídica, consecuencia de la influencia que da la ductilidad conveniente, adoptándose la conocida definición de justicia templada por el dulzor de la misericordia (7).

1.2. Formulación actual

Contemporáneamente en consonancia con lo ante-

rior, importa fijarse en el hecho decisivo de que la equidad es una dimensión de la propia justicia (8). La especialidad de tal criterio, a diferencia del general de justicia, radica en que se toman en consideración, más que los elementos formales, el sentido humano que ha de tener el Derecho positivo, y más que los esquemas de la norma jurídica la adecuación y adaptación de ésta a las circunstancias de los casos concretos.

La equidad implica, más que una justicia abstracta, una justicia individualizada, y más que una justicia estrictamente legal, una justicia de tipo natural y moral.

En algunos casos la voz objeto de análisis puede suponer una benévolencia o benignidad, pero su característica más bien es la de constituir una justicia flexible y humanitaria, no rígida y formalista. Equidad se contrapone a rigor o rigidez jurídica ("rigor iuris") Derecho equitativo ("ius aequum") a Derecho estricto ("ius strictum").

Consideramos, en suma, -superados las diversas posturas unilaterales existentes en consonancia con la naturaleza atribuida al término en cuestión- a aquella como el criterio de justicia que toma en consideración no sólo las ideas generales del Derecho y el sistema jurídico, sino también, y especialmente, las particularidades del caso

o relación específica; y que trata de darle solución, más que con sentido estrictamente legal, con sentido moral y humano, protegiendo la buena fe e impidiendo los abusos de derecho y los enriquecimientos indebidos, de tal manera que nadie resulte perjudicado al equilibrar los intereses en lucha y conjugarlos armónicamente (9).

No es la equidad una fuente directa, formal y autónoma del Derecho en la casi totalidad de los ordenamientos modernos, pero sí lo es en un sentido material y, sobre todo, actúa como un importante procedimiento inspirador de soluciones. No es útil para formular normas nuevas, sino que es un método para la aplicación de las ya existentes a las circunstancias de la vida, operando en el ámbito de todas las fuentes jurídicas y de los demás procedimientos de elaboración del Derecho, proporciona un punto de vista para la aplicación no sólo de la ley positiva, sino también del Derecho natural y de los principios generales impuestos por la propia naturaleza de los mismos (10).

2. CLASES DE EQUIDAD

La clasificación de la equidad para obtener y realizar el estudio de sus múltiples clases existentes es distinta según los criterios de los cuales se parta, así

vemos como siguiendo a CASTAN (11):

1. Por la relación de la equidad con el Derecho estatuido: cabe una equidad "constituyente" ("natural" o "ideal") conformada por la razón o justicia natural y confiada a la conciencia del enjuiciador, aspira a convertirse en Derecho formulado, sin haberse convertido todavía en parte del ordenamiento jurídico vigente. Y una equidad "constituida" ("positiva", "jurídica", "legal" o "civil") que está ya recogida por el Derecho positivo a través de las plasmaciones normativas o de la jurisprudencia (12).

2. Por su naturaleza y formas de inspiración y revelación: se configuran una equidad "subjetiva" que nace del sentimiento o de la pura apreciación individual. Y otra "objetiva" que responde a criterios supraindividuales de Derecho natural o ideal. Esta última se subdivide en la equidad "natural", inspirada en la ley natural, universal e inmutable, y la "ideal" o "social" que traduce el sentimiento o aspiración de un pueblo en un momento histórico determinado (configurando ambas la equidad "constituyente" desde el primer punto de vista).

3. Por el órgano o sujetos que la aplica: puede ser actuada por todos aquellos que intervienen en la elaboración y aplicación del Derecho, es decir: por el legislador, por la sociedad que crea la costumbre, por el juz-

gador -dentro del que según los datos suministrados por la historia se distinguen la aplicada por el Rey o por los órganos del Poder Ejecutivo; por los órganos jurisdiccionales y por los árbitros-; por las partes que celebran actos o negocios jurídicos, por el particular que vive conforme a Derecho, por el científico o el jurisconsulto que ha de elaborar o determinar la norma aplicable a un caso o relación en abstracto o en concreto.

4. Por su finalidad y función en relación con las normas: se comprenden la equidad "individualizadora" o "concretizante" y la "moderadora" o "suavizadora". La que actúa "secundum legem", interpretando y aplicando la norma jurídica según lo prescrito en ésta; la "praeter legem" o supletoria e integradora del contenido normativo; y la "contra legem" o correctora de normas determinadas.

3. NATURALEZA DE LA EQUIDAD (13)

La naturaleza que ha de asignársele a la equidad ha supuesto uno de los grandes debates jurídicos a lo largo del tiempo, considerándola en su idea conceptual múltiple y según posiciones filosóficas y sociológicas diferentes con respecto al Derecho. Por lo tanto, procederemos, prescindiendo de las más amplias consideraciones históricas, a la exposición de las

diversas posiciones doctrinales existentes, conforme al esquema trazado por GALLARDO RUEDA (14):

A) De tipo subjetivo:

- La equidad como justicia extralegal
- Como justicia de aplicación discrecional
- Como justicia intuitiva

B) De tipo objetivo:

- La equidad como justicia igualitaria
- Corrientes jurídicas "strictu sensu"
 - a) Basadas en la consideración de los elementos generales del Derecho:

- La equidad como justicia natural (iusnaturalismo)
- Como justicia ideal (positivismo)

b) Basadas en la consideración de los elementos individuales del Derecho:

- La equidad como justicia singularizadora (Escolasticismo)
- Como justicia benévola (humanitarismo)



- Como regla moral

C) Mixtas o sincréticas.

Sea cual fuere la posición que se mantenga, es indudable que superados los puntos de vista del positivismo y del formalismo jurídico, y teniendo en cuenta que en el Derecho los factores emocionales han de subordinarse a los valores morales objetivos; la equidad, ya se entienda como Derecho natural, discrecional, no oficial, vivo, social, intuitivo, libre, científico o de cualquier otra clase, se ha de considerar siempre como un criterio directivo que es cualidad de la aplicación de las normas jurídicas, y tiene una naturaleza extralegal, al no estar formulada ni estatuida, la cual se han de extraer de la conciencia del juzgador, de las concepciones ético-jurídicas o/y de la apreciación directa de los hechos sociales sin la intermediación de las fuentes de carácter oficial, si bien en la realidad se traduce en normas positivas en ciertos sentidos como (15):

1. En cuanto puede incorporarse a normas de esta clase por vía legislativa, consuetudinaria o judicial.

2. En cuanto puede incorporarse a las normas positivas, no directamente las soluciones de equidad, sino la remisión a un criterio tal, produciéndose las normas de

Derecho equitativo flexibles y elásticas.

3. En cuanto a que de la equidad puedan surgir reglas y máximas de Derecho, las cuales pueden llegar a ser vehículo de formación de verdaderos principios jurídicos.

4. En cuanto la admisión de la equidad puede implicar la creación de verdaderos sistemas de Derecho, como ocurre con la "Equity" inglesa, aunque lo cierto es que la equidad incorporada a una norma positiva pierde su característica propia al cambiar su función de conciliación y adaptación entre ésta y la vida.

4. CONTENIDO DE LA EQUIDAD

Desde siempre no han faltado por los autores intentos de determinar las máximas de equidad o de traducir su contenido en proposiciones racionales, como son dignas de mencionar clásicamente las formulaciones aportadas por VAN DER EYCKEN, BERRIAT SAINT PRIX, y las de los comparatistas ingleses. Pero la verdad es que no es posible, por muchos esfuerzos que se hagan, asignarle un contenido específico tasado y predeterminado, ya que la cristalización de los principios inspiradores de la "Equity" anglosajona durante los diferentes períodos de la historia en

BIENOTECNA
DE LA UNIÓN

las "XII Tablas de la Equidad" no son tampoco un ejemplo suficiente para hacer valer, pues se ha convertido durante los últimos siglos en un Cuerpo de reglas sistematizadas y rígidas construido a base de precedentes judiciales.

Casi todas las reglas afirmadas por la doctrina o descritas en los fallos dictados por los Jueces ("Quien tiene la ventaja debe tener la carga"; "Nadie puede obtener un beneficio de su propia falta"; "No hay derecho sin deber"; "Las convenciones deben tener una causa válida"; "Nadie puede enriquecerse torticeramente"; "Se ha de obrar conforme a la buena fe"; y muchas más que serían añadibles), son sólo principios de justicia, ya que la equidad es parte de ella, o principios o reglas de Derecho, deducibles de la idea de Derecho natural, o inducibles por generalización de la norma positiva. La causa radica en que como no se pueden catalogar los principios de la justicia, aún cuando se puedan establecer principios universales primarios de los que se hayan de derivar principios secundarios, mucho menos se pueden predeterminar los de equidad, debido a los caracteres típicos que por razón de su especialidad conlleva su concepto y función individualizadora dada la variabilidad de las circunstancias de tiempo, lugar y hecho concreto que en la contienda han de ser contempladas (16).

Lo único que puede realizarse es señalar el con-

tenido formal del juicio de equidad, por lo que como las escuelas jurídicas suelen adoptar posturas unilaterales la clasificación que podríamos hacer primariamente es según CASTAN (17) la referente a:

1. Los factores de tipo intuitivo e irracional, aducidos por la escuela alemana del Derecho libre, de la libre jurisprudencia, y de las de matriz subjetivo y psicológico-jurídico extendidas, primordialmente, por Norteamérica, al corroborar que el que juzga decide movido por su sentimiento jurídico subjetivo, apareciendo el razonamiento únicamente en la fundamentación de su opinión.

2. Los factores sociológicos según las direcciones empíricas positivistas, que creen que aunque el juzgador busque la norma en su propia conciencia jurídica, ello sólo podrá ser en tanto en cuanto la sienta acorde con la conciencia de los más y la apreciación común; o bien según otras corrientes, dentro del mismo pensamiento, se habrá de tener siempre en cuenta un fundamento objetivo en la naturaleza de la relación de hecho; señalándose, en ocasiones, la necesidad de ambos elementos sociológicos y fácticos, sin ser concebible el uno sin el otro.

3. El factor político valorado por los sociológicos, y puesto en práctica durante la Edad Media en la aplicación del Derecho romano y el canónico, representati-

vos en aquel entonces de la "ratio scripte"; aunque con él se ha de tener especial cautela, al ser una de las fuerzas más importantes para socavar o suplantar las normas ordinarias y efectuar cambios radicales en el Derecho por medios indirectos.

4. La consideración de los principios de Derecho natural, o/y (según que la postura mantenida sea iusnaturalista o no) los principios generales del ordenamiento jurídico, según la generalidad de los filósofos del Derecho bajo cuyas rúbricas son comprensibles, orgánicamente, gran cantidad de componentes de muy diversa naturaleza.

Lo declarado ha de puntualizarse porque aunque nada es incorrecto, cada una de sus partes consideradas individualmente son incompletas y parciales. No se puede otorgar a la equidad un contenido exclusivo de unos u otros factores, lo correcto es asignarle el conjunto de todos los mencionados: Si el elemento subjetivo no puede ser desconocido -aunque el empleo de lo intuitivo no sea otra cosa, en la mayoría de los casos, que el sedimento de la ciencia y experiencia profesional del juzgador- son, sin embargo, los objetivos, mediante una apreciación razonable, los que toman una principal relevancia, basados sobre las consideraciones de justicia y de utilidad que sirven de fundamento necesario a las reglas de conducta que se imponen a la sociedad (18).

5. FUNCIONES DE LA EQUIDAD

5.1. Función interpretativa (equidad "secundum legem")

Las normas se promulgan teniendo en cuenta unos hechos, unas necesidades sociales, unas conductas que hay que regular. La norma no es fruto de una simple imaginación, sino que viene a responder a una realidad nacida espontáneamente -costumbre normatizada-; o a la evolución histórica junto a la realidad del sentimiento del Derecho en las costumbres populares (Derecho civil o mercantil); o a la necesidad de regular y conformar una sociedad cuyo antecedente de hecho se conoce ya (19).

Sin embargo, toda norma jurídica viene formulada externamente como una proposición racional de carácter general y abstracto. Por lo que en toda ocasión tienen que ser individualizadas e incorporadas al hecho o relación de la vida que están llamadas a regir, haciendo falta empezar por determinar el sentido que posee cada uno de los elementos que aparecen en su premisa. A esta indagación del verdadero alcance de los preceptos jurídicos en relación con los casos regulados por ellos se denomina comúnmente "interpretación".

Ahora bien, no sería correcto que el juzgador se quedará en este estadio de la cuestión, en el desempeño de su función debe ir más allá de las reglas preestablecidas y comprender también la investigación del Derecho con relación a una determinada situación o relación de la vida, mediante el juego del ordenamiento estatuido no prefijado. E incluso algunos han intentado ir, más lejos, a partir de la presentación del Derecho positivo, no sólo como norma, sino también como orden (o institución), y como decisión; y al tener la necesidad de traspasar el círculo de la pura aplicación del Derecho, llegando a la esfera más amplia de su elaboración (tanto práctica como teórica) y recogiendo las realidades o existencias jurídicas, para después someterlas a ulteriores operaciones de construcción, sistematización y creación (20).

Mas, sea cual fuere la consideración de la interpretación que se tome como más adecuada, lo cierto es que nunca podrá ésta llevarse a cabo propiamente, en cuanto a la verdadera realización del Derecho, respetando sus principios y fines y satisfaciendo los intereses que son dignos de protección, si no es por medio de la equidad. Lo cual significa que el juzgador está obligado en presencia de un texto positivo a adoptar siempre la interpretación que corresponda a la justicia, imponiéndose la conclusión más ajustada al concepto fundamental del Derecho (21). La indagación de cuál es la auténtica "ratio legis" es indis-

pensable mediante una serie de factores que, aunque no deben ser cerrados taxativamente, puedan ser clasificados, como modo más seguro de obtener un valor de equidad, los cuales son: el gramatical, el lógico o teleológico, el sistemático, el histórico y el social (22).

Ha de partirse, pues, del texto literal de la norma, el cual ha de poner en claro la significación semántica de cada una de las palabras por separado, mediante el empleo del uso corriente del lenguaje; y puestas en conexión con las demás en una dimensión sintáctica a través de la coordinación que tienen las diferentes expresiones y su respectivo valor, utilizando las reglas gramaticales, y entrando en juego los términos y giros técnicos que conviene considerar por los distintos matices que producen (23).

El elemento lógico está compuesto por la lógica interna, que implica aquella labor de deducciones e inducciones que permite entender todo el pensamiento que con la fórmula utilizada ha pretendido establecer el legislador. Y la externa, integrada por los actos externos de los que depende la formulación del precepto, entre los que se encuentran las circunstancias que representan el fundamento racional o fin esencial de la ley ("ratio legis") y aquellas otras que han constituido su ocasión inmediata ("occasio legis") (24).

Es indudable que el resorte más destacado de la interpretación lógica es el teleológico, derivado del fin de la ley. Y que el de carácter sistemático se entiende como una aplicación o ampliación del lógico al tratarse de relacionar la norma con aquellas otras que integran una institución jurídica, y cada institución con las demás hasta llegar a los principios fundamentales del sistema jurídico total (25).

Por su parte, el elemento histórico exige un conocimiento de la historia de la norma y de la institución que éste trata de regular. De este modo, cabe hablar de unos antecedentes remotos, que comprenderán toda la línea de evolución de una institución; y de otros próximos, que estarán formados por la legislación inmediatamente anterior a la que la norma viene a sustituir y por los trabajos preparatorios de redacción (26).

Y, finalmente, el elemento sociológico pretende substancialmente que la aplicación de la norma no vaya contra la realidad social en el tiempo en el que se efectúa. Está constituida por los factores políticos, sociales, económicos, culturales, estados de conciencia u opinión pública, y convicciones y creencias imperantes en un momento dado en determinada sociedad (27).

No se trata de operaciones separadas, sino de medios que tienen un fin coincidente y cooperan a una sola e indivisible actividad. La verdadera equidad interpretativa reside en el equilibrio exacto de todos sus elementos básicos, en una adecuada ponderación de todos ellos. Así, al no existir una clase de interpretación que autónomamente estimada sea aceptable, lo que se hace preciso es buscar en cada caso la solución más justa, en atención al fin general del ordenamiento que es la justicia (28), por medio de la equidad en su dimensión dinámica, y no meramente teórica, para evitar que la resolución se ponga al servicio de un razonamiento que viese en su corrección lógica y formal, su última y única razón de ser (29).

5.2. Función integradora (equidad "praeter legem")

La existencia de lagunas en el ordenamiento jurídico ha sido admitida desde antiguo (30), si bien, a partir del siglo XIX se atacó su reconocimiento por algunos sectores científicos, surgiendo una gran polémica. La tesis que propugna el dogma de la plenitud del ordenamiento se ha fundamentado unas veces en la fuerza de expansión lógica del Derecho positivo, y otras en la existencia de una norma tácita complementaria que cierra el sistema jurídico, abrazando y comprendiendo (negativamente) todos los casos no previstos.

Sin embargo, hay que comprender que la lógica es impotente para llenar todos los vacíos resultantes de la insuficiencia de los textos; además de que esa pretendida norma negativa que cierra el sistema jurídico, o carece de realidad, o resuelve muy poco en la esfera de la aplicación práctica del Derecho, pues el principio general de libertad sólo podría, cuando más, suplir la norma en las materias que dependan de la autonomía de la voluntad privada. De manera que es un hecho innegable que el Derecho positivo, y derivativamente la norma jurídica, presentan vacíos regulativos en todo tiempo y lugar.

Partiendo de esta idea, la equidad "praeter legem" opera cuando no hay norma de Derecho que regule directamente una determinada relación, ni cabe extraerla del sistema positivo por la vía de analogía, si se admite este procedimiento, pudiendo dársele diversos contenidos según la posición en la que nos situemos, a saber (31):

Las Escuelas antiguas y la de Derecho natural, pensaban que se había de acudir a la "naturalis ratio", al ideal de justicia que radica inmutable en la conciencia humana. El idealismo lógico neokantiano ha pretendido, con STAHLER, remitir al Juez, a tal fin, la idea suprema de Derecho, determinándose de un modo formal. La Escuela histórica y los pandectistas alemanes, partiendo de una con-

cepción orgánica, defendieron el método analógico como medio suficiente y adecuado para colmar las denominadas lagunas impropias. Más tarde, la Escuela del Derecho libre o de la libre jurisprudencia han promulgado el método que pudiera llamarse discrecional; y la Escuela de la jurisprudencia de los intereses propone la investigación, confrontación y coordinación de los intereses legítimos de las partes, juntamente con los de la comunidad. Por su lado, las Escuelas jurídico-sociológicas, propugnan soluciones como las del método sociológico al tener que inspirarse el Juez, con criterio objetivo pero de gran flexibilidad, en la llamada naturaleza de las cosas o en la naturaleza de los hechos a través de la conciencia común, o bien en los diversos factores a través de los cuales se recogen las necesidades y aspiraciones del ambiente y del momento histórica (Escuela histórico-evolucionista) (32).

Paralelamente, los Códigos modernos para llenar las lagunas de las normas jurídicas se situán a grandes rasgos en el mantenimiento de un sistema orgánico o analógico -autointegración-; o de un sistema de equidad -heterointegración judicial-. Ninguno es antagónico puesto que si se da al concepto de los principios generales del Derecho un carácter amplio, como se ha tendido a hacer por gran parte de la doctrina, desaparece esta oposición, y pueden servir de vehículo de la equidad. Tres son las direcciones que se aprecian en orden a la conceptualización de

tales principios como instrumentos de realización de la equidad en la actuación de su función supletoria (33).

1. La teoría iusnaturalista para la que es absoluta la coincidencia entre la equidad y los principios generales del Derecho, aquella es el propio Derecho natural entendido como conjunto de normas que no han encontrado formalización positiva, ni sanción estatal, pero que poseen innegable vigencia, validez y obligatoriedad por formar parte de un orden superior, en la aplicación y acomodación de sus preceptos a los casos concretos.

2. La postura positivista limitadora del campo de los principios generales a los del Derecho nacional, reconoce que la norma de equidad que llegue a describirse podrá actuar como una hipótesis jurídica, o lo que es igual como medio de sugestión para la indagación del principio general que puede formarse a base de la norma jurídica mediante un proceso de generalización y de decantación.

3. La posición ecléctica admite que la equidad servirá de elemento auxiliar para indagar y esclarecer los principios sistemáticos del Derecho vigente; sirviendo esencialmente de fuente integradora del sistema jurídico, engarzándose con los principios del Derecho natural, cuando agotada la orgánica potencialidad de la legislación positiva pueda y deba el juzgador buscar en los resultados

de su propia investigación de los principios jurídicos objetivos adaptados a la realidad y circunstancias del caso, la solución que satisfaga mejor las exigencias de justicia, entendida en el sentido de humana e individualizada.

5.3. Función correctora (equidad "contra legem")

Actualmente se mantiene en las legislaciones, al menos en las del área integrada por el sistema continental, la sujeción de los Jueces y Tribunales a la ley, rechazándose en principio, la posibilidad de que funden sus fallos en consideraciones de equidad cuando aquélla obligue a decidir en otro sentido. Sin embargo, hay que reconocer que la realidad puede ofrecer casos extraordinarios en los que es necesario resolver contra el texto normativo, y aún contra su pensamiento, para evitar una resolución contraria al sentido general del propio Derecho que podría llevar a provocar perturbación y descrédito de la justicia.

La equidad "contra legem" actúa en la creencia de que las normas jurídicas, por muy equitativas y aceptables que se quieran suponer pueden adolecer de imperfecciones, siendo el juzgador el que en su misión de aplicarlas a los casos concretos tienen la facultad y el deber de cerciorarse de la existencia y validez de la norma que ha de ser

fundamento de su decisión, así como de su sentido y alcance (mediante la interpretación), y de su aplicabilidad al supuesto acaecido, sin poder hacer omisión del examen y crítica de las deficiencias que aparezcan, ni renunciar al ejercicio de una cierta y limitada acción correctora y perfeccionadora de la norma.

Pero aún aceptando lo dicho la dificultad está en determinar la naturaleza y límites de tal operación. Pues bien, como queda patente la función correctora de la equidad, aparte de la actuación con que cuenta en el terreno de la interpretación (restrictiva y extensiva), se manifiesta, en esencia, en un plano ultrainterpretativo (34).

De este tema se ocuparon ya los pensadores griegos, pasando por el Derecho romano en el que existía una dualidad de órdenes jurídicos (el civil y el honorario), al igual que en la época del Medievo y la Moderna en las que vemos diferenciado el Derecho positivo y el natural. Cosa que significaba la existencia de medios para facilitar la posibilidad de separación, en ocasiones muy relevantes, de la norma vigente, contraponiendo a las soluciones dadas por el orden oficial las de otro más representativo del contenido de justicia en cada momento determinado. Pero la decadencia de la teoría del Derecho natural durante los últimos siglos y, principalmente, las nuevas concepciones políticas cambiaron profundamente el panorama

de las fuentes jurídicas y de los poderes judiciales presentando la solución científica y práctica, más que nunca, grandes problemas al respecto (35).

No han faltado orientaciones que creen que si se acepta la corrección de la norma jurídica mediante la equidad peligrará la validez y eficacia del Derecho al igual que ocurre con la seguridad jurídica entendida como fin primario a cumplir (36). Por el contrario, la posición de los partidarios de la primacía de la equidad sobre la ley, se apoyan en los razonamientos de que no es dable la aplicación de la norma cuando ésta no esté legitimada y que el deber del juzgador es el de realizar la justicia como su mismo servidor; siendo la mejor manera de actuar el efectuarla en su idea animadora, esto es, en la justicia que constituye su profundo contenido (37). Además, de que el no hacer valer la norma jurídica cuando sus consecuencias serían inicuas equivale a observarla, pues el legislador no puede haber querido la injusticia (38).

Así, se deriva la pregunta de cómo cabe conciliar los imperativos de la justicia con las exigencias de la seguridad jurídica, cuestión a la que se ha de contestar con la admisión de una serie de casos extremos en los que sería aceptable la operatividad de la equidad "contra legem", los cuales son:

1. Cuando exista una norma defectuosa por contradicción con los dictados de otra de superior rango jerárquico (leyes inconstitucionales, costumbre "contra legem", reglamentos ilegales...).

2. Cuando exista una norma defectuosa por contradicción con otra norma de vigencia simultánea (antinomias legales).

3. Cuando exista una norma defectuosa por inadecuación de ella para disciplinar casos comprendidos dentro de su ámbito propio.

4. Cuando exista una norma defectuosa por inadaptación a las exigencias sociales del momento en que ha de ser aplicada.

5. Cuando exista una norma defectuosa por contradicción con los imperativos de la justicia y de la equidad (39).

En conclusión, del estudio de los aspectos comunes pertenecientes a los casos enumerados se deduce que hay que sostener la presunción favorable a la justicia de las normas positivas, siendo en la práctica el racional empleo de los medios interpretativos el que habrá de reducir el empleo de la equidad "contra legem", únicamente a

si la norma no es adecuada para decidir justamente el conflicto debatido, bien sea porque desborda el ámbito de su comprensión, pese a la engañosa apariencia de ajuste caso-norma, bien porque la norma positiva obedece a unas características en franca contradicción con los principios informantes del orden jurídico, de tal manera que su aplicación produciría unos efectos contraproducentes, injustos y rechazados por la comunidad. En tales supuestos, la admisión de la función correctora halla su fundamento también en la válvula de seguridad de los principios generales del Derecho, pero aquí no ya como fuente supletoria de segundo grado, sino como fuente formal de preferente aplicación, inversión de jerarquía admitida según una opinión muy extendida.

NOTAS

- (1) Cfr. BONFANTE, P.: "Instituciones del Derecho romano", trad., Reus, Madrid 1929, p. 7.; CASTAN TOBEÑAS, J.: "La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines". (Discurso de apertura de los Tribunales), Reus, Madrid 1950, pp. 11 y ss.
- (2) V. CASTAN TOBEÑAS: "Derecho civil español, común y foral", t. I, vol. I, Reus, Madrid 1986, p. 506; y SQUELLA NARDUCCI, A.: "Dos concepciones de la equidad" en colaboración con González Rojas, Edeval, Valparaiso 1981.
- (3) Cfr. ARISTOTELES: "Ética a Nicómaco", Libr. V, cap. X; id.: "Retórica", Libr. I, cap. XIII, ; V. BROGGI-NI, G.: "Equità. Aspetti storici e comparativistici", en "L'equità", Giuffrè, Milano 1975; CALASSO, F.: "Equità. Premessa storica", en "Storicità del Diritto", Milano 1966; D'AGOSTINO, F.: "Epikēia. Il tema dell'equità nell'antichità greca". Giuffrè, Milano 1973.
- (4) Conforme a las afirmaciones de Aristoteles de que ser equitativo (género) es ser indulgente con las debilidades humanas; es considerar no la ley, sino el espíritu de quien la haya hecho; no la acción, sino la intención; no la parte, sino el todo; no lo que el acusado es actualmente, sino lo que ha sido siempre o la mayor parte del tiempo. Es, asimismo, considerar el bien que nos ha sido hecho más que el mal; los beneficios que hemos recibido más bien que los servicios que hemos prestado. Es saber soportar la injusticia. Es consentir que una diferencia o litigio sea resuelto más por la palabra que por la acción, preferir someter a un arbitraje más que a un juicio de los Tribunales, porque el árbitro ve la equidad, mientras que el Juez no ve más que la ley (Cfr. "Ética ...", cit. libr. V, cap. 4, 1132 a 22 y 23; libr. V, cap. 10).
- (5) LACTANCIO: "Institutiones divinae", V y VI; SAN AGUSTIN: "De quantitate animae" 9, 15, ed. Migne 32 col., 1.043; SAN AMBROSIO: Super Psalmum 112, Sermón

- 8, v. 20: cits. en CASTAN TOBEÑAS, J.: "La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea" (Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas), Reus, Madrid 1950, pp. 42 y 43.
- (6) V. CHIODI, G.M.: "Equità. La categoria regolativa del Diritto", Guida edit., Napoli 1989; SCHULTE: "Geschichte der Quellen und Literatur des kanonizhen Rechts", t. I, Stuttgart 1875, p. 150, nota 7; WOHLHAUPTER, E.: "La importancia de la equidad en la Historia del Derecho de España", R.I.D. 1, 1930, p. 108, nota 9.
- (7) V. ALVAREZ DE VELASCO: "Iudex perfectus seu de iudice perfecto. Christo Jesu dommo nostro unico perfecto", Lugduni 1662, rub. XIV, anot. 1, p. 202; CASTILLO DE BOBADILLA: "Política para Corregidores y Señores de vasallos", Madrid 1597, t. I, p. 469; CASTRO. "Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes", t. I, Madrid 1829, p. 184; GUTIERREZ: "Códigos o estudios fundamentales de Derecho Civil", t. I, Madrid 1871, p. 11; NOGUER, N.: "Una justicia sui generis: la epiqueya", Razón y Fé, agosto 1932, p. 474; cits. en CASTAN TOBEÑAS, J.: "La equidad y sus tipos ..." cit., pp. 43 y 44, nota 4.
- (8) Sin embargo algunos autores diferencian la justicia y la equidad entre los que se encuentran: CAMMARATA, A.E.: "Giusnaturalismo e critica delle leggi in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità", Bolletino dell'Istituto di Filosofia del Diritto dell'Università di Roma II, 1941; LUMIA, G.: "L'equità tra la giustizia e la legge" en "Studi in onore di A. Arena", vol. II, Padova, pp. 1079 y ss; RADBRUCH, G.: "Filosofía ..." cit., p. 47; STAMMLER, R.: "Tratado de Filosofía del Derecho", trad. Rocas, Edit. Nacional, Méjico 1980, p. 383.
- (9) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil español, común y foral", t. I, vol. I, Reus, Madrid 1987, p. 507; V. también en lo que a ello se refiere: CALASSO, F., FROSINI, V., ROMANO, S., NASI, A., FEDELE, P.: Voz "Equità", E.D.; D'AGOSTINO, F.: "L'equità", Milano 1975; id.: "Dimensioni dell'equità", Giappichelli, Torino 1977; FROSINI, V.: "L'equità nella teoría generale del Diritto" en "L'equità", VII Convegno di studio di Diritto e procedura civile, Milano 1975; GIANNINI, A.: "L'equità", A.G. 1931, pp. 45 y ss.; GORETTI, C.: "Il valore delle massime

d'equità", en "Scritti in onore di F. Carnelutti" I, Padova 1950, pp. 331 y ss.; GUARINO, A.; ROCA, A. della; I; MAGGIORE, G.: "L'equità e il suo valore nel Diritto", R.I.F.D. III, 1923, pp. 256 y ss.; MAZEAUD, H.: "Les notions du Droit, de justice et de équité", en "Aequitas und bona fides", Festgabe für A. Simonius, Bâsel 1955, pp. 229 y ss.; MOZOS, J.L., de los: "La equidad", en Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje al Prof. Sela Sampil I, Oviedo 1970; VECCHIONE, A.: Voz "Equità", Nov. D.I.

- (10) Específicamente en el Derecho español vigente V. GARCIA LOVERNIA, J.: "Significación y alcance de la equidad en el Título Preliminar del Código Civil, R.J.C., julio-septiembre 1975, nº 3, pp. 515 y ss.; LOPEZ ALARCON, M.: "La equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", en D.J., octubre-diciembre 1974; MOZOS, J.L. de los: "La equidad en el Derecho civil español" (Ponencia española del Congreso Internacional del Derecho Comparado), Pescara 1970.
- (11) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La idea de equidad ..." cit., p. 52.
- (12) MONTERO GUTIERREZ distingue, de acuerdo con este criterio, además la equidad "canónica" que descansa en los principios del Derecho eclesiástico, y en los principios del Derecho natural (Cfr. en la Contestación al discurso de CASTAN: "La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines", Reus, Madrid 1950, p. 78).
- (13) Dentro de este apartado no estudiaremos la cuestión de la equidad como fuente del Derecho, para evitar repeticiones.
- (14) Cfr. GALLARDO RUEDA, A.: Voz "Equidad", en N.E.I. Seix.
- (15) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, I.: "La idea de equidad ..." cit., p. 57; GALLARDO RUEDA, A.: Voz "Equidad" cit., Algunos autores ven que en la equidad se reúnen las características de una norma: como BUEN, al afirmar que de ella fluye un Derecho, que puede ser distinto y aún contradictorio al Derecho legislado (Cfr. "Introducción al estudio del Derecho Civil", Edit. R.-

D.P., Madrid s.a., p. 14); VIAZZI, P.: Voz "Equità", E.G.I.

- (16) V. BERRIAT SAINT PRIX: "Manuel de logique juridique", París s.a., p. 99 y ss.; GUTTERIDGE, H.C.: "Comparative Law. An introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research", Cambridge 1946, pp. 94 y ss.; VANDER EYCKEN: "Méthode positive de l'interprétation juridique", núms. 34 y 205: En CASTAN TOBEÑAS, J.: "La idea de equidad ..." cit., pp. 61 y 62.
- (17) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, id. p. 65.
- (18) V. CASTAN TOBEÑAS, J.: id. p. 10; GENY, F.: "Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif", Sirey, París 1919, p. 185.
- (19) Cfr. VILLAR PALASI, J.L.: "La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos. A la luz del nuevo Título Preliminar del Código Civil desde una perspectiva teórica", Tecnos, Madrid 1975, p. 9.
- (20) La primera de las formas interpretativas es la más específica y restringida: V. ENNECCERUS, L. - LEHMANN, H.: "Tratado de Derecho Civil", trad., t. 1, vol. 1, Bosch, Barcelona 1954, p. 202; MESSINEO, F.: "Manuale di Diritto Civile e Commerciale (Codi e norme complementari)", Giuffrè, Milano 1950, p. 48. Y la segunda postura se caracteriza por su mayor amplitud y extensión: V. COVIELLO, L.: "Manuale de Diritto Civile italiano", Società Editrice Libreria, Milano 1929, p. 63; PUIG BRUTAU, J.: "La jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)", Barcelona s.a.
- (21) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación judicial del Derecho" (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)", Reus, Madrid 1954, p. 104.
- (22) Todas estas modalidades interpretativas se encuentran en la regulación del art. 3.2. del C.C., el cual presenta una novedad tras la modificación del Título Preliminar, al introducirse en su texto cánones hermeneúticos. DIEZ-PICAZO y GULLON: hacen una crítica de ello, en el sentido de que no se deben fijar taxativamente normas en este ámbito. Y en el

supuesto de su violación el intérprete que interpreta mal no infringe el art. 3 del C.C., ni podrá por esta razón ser sancionado. Infringirá únicamente, en su caso, la norma mal interpretada, y si lo hiciere dolosamente o con negligencia inexcusable incurrirá en prevaricación (Cfr. "Sistema de Derecho Civil", vol. I, Tecnos, Madrid 1981, pp. 197 y 198.

- (23) Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía ..." cit., pp. 551 y 552.
- (24) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.; "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. (Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo)", Reus, Madrid 1947, p. 25; DEGNI, F.: "L'interpretazione della legge", Nápoli 1909, pp. 243 a 245; KALINOWSKI, G.: "Introduction à la logique juridique", Eudeba, París 1965 y PERELMAN, CH.: "Etudes de logique juridique" I-IV, Bruylant, Bruxelles 1966-1972.
- (25) Ver S. de 26 de noviembre de 1929.
- (26) Cfr. LEGAZ LACAMBRA: "Filosofía ..." cit., p. 553.
- (27) Cfr. DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A.: op. cit., vol. I, p. 201; V. también: BRAUBROOKE, D.: "A Strategy of Decision: Policy Evaluation as a Social Process", Lindblom, New York 1970; FRIEDMAN: "The Legal System: A Social Science Perspective", Russell, Sage, New York 1977; MENDIZABAL ALLENDE: "Lo "social" como criterio de interpretación judicial", R.P.I.J. nº 3, año 1, pp. 90 y ss.; TREVES, R.: "El Juez y la sociedad". Una investigación sociológica sobre la Administración de Justicia en Italia", Edicusa, Madrid 1974; VARIOS: "Teoria dei sistemi e razionalità sociale", Atti del Convegno di Bologna Octubre 1983 a cura di E.M. Forní Capelli, Bologna 1986.
- (28) Por esta causa tradicionalmente se ha entendido la equidad interpretativa embebida en la interpretación racional, lógica o teleológica. Ejemplos al respecto los tenemos en autores clásicos, ya desde SUAREZ, el cual decía: "cuando la propiedad de las palabras indujere injusticia u otro absurdo parecido acerca de la mente del legislador, se han de llevar las palabras a sentido aún impropio, en el cual la ley sea justa y razonable, porque se presume que, es ésta la mente del legislador "De legibus", Libr. VI, Cap. I)

- (29) Dentro de la equidad "secundum legem", también se encuentra el tema de la equidad autorizada por delegación legislativa, aunque, por ejemplo, CASTAN (Cfr. "La formulación ..." cit., p. 106 y ss.) lo introduce dentro de la función aplicadora de las normas jurídicas, produciéndose cuando el legislador mismo somete la solución de una cuestión al ámbito equitativo y, por lo tanto, a la solución prudente y acomodaticia del supuesto, dejando a la discreción y conciencia del juez, la apreciación de determinadas circunstancias para cuyo estudio nos remitimos al apartado referente a la "Delegación de la estimación discrecional del juez"; y en cuanto a muestras existentes en nuestro ordenamiento jurídico, a la "Equidad en el Derecho vigente español".
- (30) V. ARISTOTELES: "Ética ..." cit., Libr. V, cap. 10; en el Derecho Romano V: Digesto, Libr. I, tit. 5, frag. 7, parr. 1, Instituciones de Justiniano, Libr. III, tit. 24, parr. 5; y en Derecho español V: Fuero Juzgo, Ley 11, tit. I, del Libr. II, y Partidas ley 19, tit. 5 de la I Partida.
- (31) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho civil ..." cit., t. I, vol. I, pp. 565 y ss.
- (32) Junto a los enumerados cabe citar también a los intuicionistas, los cuales sostienen el recurso a los sentimientos e intuiciones. Pues bien, el sentimiento jurídico como repercusión emocional de un ideal de justicia es presupuesto de la existencia del Derecho y un elemento muy valioso para su aplicación; a la vez que el sentimiento de justicia refuerza la noción de la misma y, sobre todo, su realización. Pero este no es contenido único de la equidad, ni siquiera instrumento especial que deba ser aislado de los de carácter objetivo (V. CORTS GRAU, J.: "Filosofía del Derecho", t. I, Edit. Nacional, Madrid 1948, pp. 122 y ss.).
- (33) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación ..." cit., pp. 111 y ss.
- (34) Cfr. BERNALDO DE QUIROS, D.C.: Voz "Arbitrio judicial", en NEJ Seix; BARBERIS, M.: "Equità", "Il Mulino" 304 a, XXXV, nº 2, marzo-abril 1986, pp. 304 y ss.; BRGGINI, G.: op. cit.; BRUGI, B.: "L'equità e il Diritto positivo", RIFD IV, 1923, pp. 453 y ss.;

CASTAN TOBEÑAS, J.: "Teoría de la aplicación ..." cit., p. 266; id. "La formulación ..." cit., p. 112; IRTI, N.: "Crisi della legge e giudizio di equità" en "Diritto e Società", 1978, pp. 371 y ss.; MUSATTI, A.: "Principi della nuova equità", en "Scritti in onore di V. Scialoja" IV, Bologna 1953, pp. 331 y ss.; XIRAU, J.R.: "La funzione giurisdizionale e l'equità", en "Studi di Diritto processuale in onore di Chiovenda, Cedam, Padova 1927.

- (35) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación ..." cit., p. 113.
- (36) Ver los argumentos fundamentadores de las decisiones judiciales vinculadas, y los movimientos que las defienden.
- (37) V. los argumentos fundamentadores de las decisiones judiciales no vinculadas (arbitrarias) y los movimientos que las apoyan.
- (38) V. MAGGIORE, G.: op. cit., pp. 282 y ss.
- (39) Cfr. CASTAN: "Teoría de la aplicación ..." cit., pp. 269 y 270; id. "La formulación ..." cit., p. 120. Se dejan aparte los supuestos de norma defectuosa por expresión indeterminada que, a su vez, puede serlo: bien por expresión incompleta, o bien por expresión ambigua; y de norma defectuosa por discrepancia entre su sentido gramatical y su espíritu (expresión impropia), por integrarse dentro del campo de la interpretación.

CAPITULO IV. EL ARBITRIO DE EQUIDAD: DERECHO POSITIVO Y DOCTRINA

1. EL ARBITRIO DE EQUIDAD EN LOS SISTEMAS JURIDICOS ANTIGUOS

1.1. La formulación de la equidad en los pueblos primitivos

De los datos reducidos e incompletos que poseemos al respecto, se deduce que el modo históricamente de ser justo debió consistir en la equidad. La misma ley del Talión, con toda su aparente barbarie implica una consideración de estos factores, pues, por ejemplo, al estropear un ojo o un diente al prójimo, no se incluía bajo el concepto genérico de "lesiones" ni, por tanto, se aplicaba la misma pena en ambos casos, sino que se condenaba al autor a la devolución de lo mismo por lo mismo como medida y relación de igualdad en una correspondencia entre términos contrapuestos, estableciendo límites para la venganza.

En las sociedades descritas puede decirse que todo el Derecho actuó por vía de equidad, y en este sentido parece darse una coincidencia absoluta entre la equidad y

el régimen de Derecho instituido propio de los pueblos primitivos. Originariamente no estaba prefijada la administración de justicia por normas generales, sino que el juzgador resolvía las desavenencias según su leal saber y entender, constituyendo estas "sentencias" la base de las normas consuetudinarias posteriores (1).

Esta formulación judicial, aunque difiere mucho de unos lugares a otros, solía contener unos caracteres comunes plasmados en la carga humana (mediatizada social y políticamente) que la configuraba en consecuencia de la idea del hombre como elemento indispensable de la convivencia social, y en su adaptación y adecuación a los casos concretos. Esta actuación no estaba suficientemente diferenciada de la de policía, ni se rodeaba de formalismo alguno, su limitación era absoluta con respecto a la aplicación de las normas preexistentes, como no fueran la del buen sentido y las de la tradición de los predecesores, dictándose los fallos como resultado de una inspiración divina confundida con la moral y la religión (2).

1.2. Otras formas históricas de equidad

Muy distinto es el significado de la equidad en los sistemas de formulación legislativa siendo aquí donde se manifiesta como un Derecho progresivo y dúctil que se

contrapone al Derecho estricto y propiamente oficial, o sea, al nacional y formal de cada pueblo, fijado en normas generales independientes o en recopilaciones. Por lo que conlleva un sentido de reacción contra los inconvenientes del régimen conformado, indicando una parcial regresión al sistema simplemente judicial (3).

En demostración de lo dicho cabe efectuar el estudio de una serie de ejemplos estimados como los más representativos:

1.2.1. La "aequitas" o el "aequum et bonum" de los romanos

El Derecho romano es una obra de varios siglos en el que confluyen una gran variedad de ideas, de pueblos, y de circunstancias políticas y sociales, por lo cual el concepto de equidad no aparece determinado de forma clara e invariable (4).

En la época preclásica esta expresión vino a ser una especie de exigencia moral que, sin confundirse con el Derecho socialmente establecido le sirve de principio inspirador y valorativo, revelador de su aspecto intrínseco y final. O lo que es igual de su objeto y esencia, muy aproximado al concepto que en nuestros tiempos tiene la palabra "justicia" (5); siendo importante destacar que la

adaptación de la norma no se produce en el momento de su aplicación, sino en el momento de su elaboración conforme a la realización de la "aequitas", cuya significación era genuinamente la de igualdad.

Por el contrario, en la Roma clásica se remarcó mucho la diferencia entre la idea de lo justo ("iustum") y la de lo equitativo ("aequum"), pues "iustum" era el apelativo que recibía la relación o el acto conforme al ordenamiento positivo, es decir, legal, jurídico, legítimo (6); simultáneamente se configuraba como un deber de carácter ético, una virtud que afectaba a todas las relaciones de la vida, pero que tenía su principal campo de acción dentro del orden jurídico, presidía como directriz, la modificación de las instituciones jurídicas; y se enriquecía como criterio de valoración de lo justo, actuante en la creación de las normas por el Pretor, por los jurisconsultos y por los Emperadores (7).

Posteriormente, la noción indicada se delimitó y afirmó en el período bizantino y justiniano con la caracterización de nuevas notas, merced a la influencia de la cultura griega y de la del cristianismo, apareciendo:

a) La equidad como justicia natural ("aequitas naturalis"), al contener vestigios del conjunto de reglas que basadas en la naturaleza del hombre tienen carácter

universal, fijo e inmutable.

b) La equidad como criterio orientador de la función del juez y de una interpretación amplia y flexible del Derecho ("aequum ius"), al ser considerada como el espíritu de la ley.

c) La equidad como criterio de aplicación benigna y humana ("benignitas", "humanitas", "benevolentia", "pietas", "charitas",...) en relación con las circunstancias del caso (8).

1.2.2. La equidad en el Derecho islámico

Si bien se considera en el mundo musulmán que el Derecho es hijo de la Revelación y que, por ello, la persona que ha de desempeñar la función de juzgar, el Cadí o Juez, tiene que estar sometida a lo que diga la palabra de Alah o la conducta del Profeta, lo cierto es que en la práctica al no encontrarse las normas jurídicas y religiosas determinadas de forma precisa, y al haber sido la pureza doctrinal y la sutileza intelectual el norte de la jurisprudencia ajena a la reforma y a la ordenación, se requería un esfuerzo singular para aplicar a la vida del Derecho los altos principios del Corán, consistente en la actuación de la equidad considerada como fuente, tanto pa-

ra suplir las lagunas de las demás (fuentes) cuanto para moderar el rigor de su aplicación.

Los procedimientos al respecto más utilizados fueron el "ichtihad" o "istislah", preferentemente empleado por la escuela de MALIC, el cual tomó como base el principio de utilidad pública, fin general de todo ordenamiento, y el "istihsan" (tener por bueno), de la escuela de ABU HANIFA, cuyo sentido más literal y amplio de apreciación personal de lo justo lo aproxima especialmente al concepto de equidad de las sociedades occidentales (9).

La justicia del Cadi ha sido considerada tradicionalmente como arbitraria ("aequitas cerebrina"), criticándose a causa de atentar no sólo contra bienes, sino también contra personas, en lo que se refiere a su integridad física y a su vida, en el ejercicio de las competencias otorgadas dentro de un marco de gran libertad de apreciación. Pero se trataba de una auténtica actuación de la equidad en consonancia con sus peculiares modelos de justicia de corte, esencialmente religioso y moral, practicada con la garantía del respeto a unos principios fundamentales dentro de cuyos predicados se debían conocer los diferentes supuestos que se presentaran, los cuales eran además de la ciencia contenida en el Libro Sagrado del Corán: -la ciencia de la tradición ("Sounnah") auténtica del Apóstol de Alá, tanto en cuanto a sus dichos como

en cuanto a sus actos; -la ciencia de la interpretación, sea idéntica, o sea divergente, dada por los contemporáneos del Profeta; y -la ciencia de la analogía ("Kiyas") (10).

1.2.3. La "aequitas canonica"

La legislación canónica, recogiendo el sentido cristiano de las palabras "misericordia", "charitas" y "benignitas" dio a la equidad una aplicación práctica digna de ser destacada, y tuvo como pauta constante, en todas las normas integrantes del "Corpus Iuris Canonici", el atender a la benignidad como criterio interpretativo general y considerar la "aequitas" como regla de interpretación benigna del Derecho escrito (11).

En la actualidad el Código Canónico de 1983 alude aún a la equidad canónica en su sentido tradicional, al prescribir en el Canon 19 los medios de llenar las lagunas de la ley citando como uno de ellos el recurso a "los principios generales del Derecho observados con equidad canónica". Y en el 221.2 al prescribir que "si son llamados a juicio por la autoridad competente, los fieles tienen también derecho a ser juzgados según las normas jurídicas, que deben ser aplicadas con equidad". En ambos casos la voz examinada entiende que la aplicación respectiva

ya sea de los principios generales o de las normas jurídicas han de realizarse "moderadamente" con benignidad como corresponde a la naturaleza y fin de la Iglesia (12).

La explicación fundamentadora de esta "aequitas" se encuentra en que el ordenamiento de naturaleza canónica tiene una estructura propia: si la única finalidad que posee es la salvación de las almas no cabe hablar de un interés social opuesto al individual al que éste debe ser sacrificado; la norma es general sólo por razones de economía legislativa, pues el objetivo último es siempre individual, no le interesa más que el individuo y su vocación es eminentemente casuística.

El Derecho canónico escrito, corregido o, simplemente, sustituido por la "aequitas" cuando sea necesario, no es sino la moral cristiana y una orientación general para resolver las cosas particulares. La norma abstracta rige en tanto en cuanto su aplicación a un caso concreto no contradiga la finalidad del ordenamiento canónico que es la "salus animarum". De forma que parece claro que en este ámbito la equidad depende del caso concreto contemplado en relación con el objetivo último que se quiere alcanzar (13).

1.2.4. La "Equity" anglosajona

En coherencia con la dualidad de la equidad como ideal abstracto de justicia y como correctivo del Derecho concreto, a la vez que de la contraposición entre la concepción nacionalista del mundo propia de los países europeos continentales y la empírica de los anglosajones, este Derecho histórico tiene una evolución muy peculiar, desde que en el s. XIII se extendiera por Inglaterra la costumbre de acudir al Rey para impedir injusticias manifiestas ocasionadas por la aplicación literal de la "Common Law", o conjunto de normas jurídicas originadas en las costumbres de las tribus germánicas que poblaron aquel lugar, revaluadas sucesivamente por los viejos Tribunales (14).

La "Equity" anglosajona sólo puede ser definida, por sus orígenes históricos, como un cuerpo de reglas jurídicas que han tenido como origen no la costumbre ni la ley escrita, sino los imperativos de la conciencia, reglas excepcionalmente reconocidas y desarrolladas por determinados Tribunales de justicia, principalmente, por el de las Cancillerías (15), resumiendo los diferentes significados que contiene en tres sentidos:

a) En su sentido vulgar significa justicia natural.

b) En su sentido técnico puede ser definido como

la parte de justicia natural de la que los Tribunales de la Common Law no hicieron caso y fue puesta en vigor por el Tribunal de la Cancillería.

c) En su sentido legal hace referencia al conjunto de reglas y principios que se desarrollaron como resultado de la jurisdicción ordinaria ejercido originariamente por el Canciller y más tarde por el Tribunal citado.

Los principios que componen la "Equity" plasmados a lo largo del tiempo, han venido a conformar las llamadas "XII Tablas" que se pueden enunciar de la siguiente manera:

- I. La "Equity" no tolera agravio sin reparación.
- II. La "Equity" actúa "in personam".
- III. La "Equity" sigue a la ley.
- IV. La "Equity" atiende a la intención más que a la forma.
- V. La "Equity" considera realizado aquello que debe hacerse en el futuro.
- VI. La "Equity" presume siempre la intención de cumplir una obligación.
- VII. La igualdad significa en principio equidad.

- VIII. La "Equity" protege al diligente y no a quien descuida su derecho.
- IX. El que acude a la jurisdicción de "Equity" debe tener la conciencia limpia.
- X. El que solicita "Equity" debe proceder con equidad.
- XI. Cuando la "Equity" favorece por igual a las dos partes, se confía la solución al Derecho estricto ("Common Law").
- XII. Cuando la "Equity" favorece por igual a las dos partes prevalece el derecho de quien es anterior en el tiempo (16).

2. EL ARBITRIO DE EQUIDAD EN LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS MODERNOS

2.1. Sistemas de Derecho no codificado

La "Equity" ha llegado a subsistir hasta nuestros días en el Derecho angloamericano, aunque la adaptación por los Tribunales de equidad de la doctrina de la fuerza vinculadora de las decisiones tomadas anteriormente por el mismo juzgador ("stare decisis") y la primacía otorgada a los mismos sobre los ordinarios por Jacobo I, acabaron por convertirla en un verdadero cuerpo de doctrina jurídica,

tan fija, elaborada y uniforme como la "Common law". Sería a partir de las Leyes de Judicatura de 1873 y 1875 (después "Judicature Act" de 1925) cuando se produciría la fusión de las dos fuentes, atribuyéndose su aplicación a los mismos órganos jurisdiccionales ("High Court of Justice") bajo un solo Código procesal, si bien en caso de divergencia habrían de prevalecer las decisiones tomadas en virtud de la equidad (17).

Por lo que respecta a EE.UU. los sistemas de normas se mantienen separados únicamente en algunos Estados en los que funcionan independientemente Tribunales de Derecho y de Equidad, con procedimientos distintos; en la Corte Suprema, Tribunales de la Federación y los de ciertos Estados, ambos son igualmente aplicados, aunque a través de procedimientos distintos. En el resto de la Nación la unión sustantiva y procesal se ha producido por completo (18).

En términos generales, puede ser definida la "Equity" moderna en todo el ámbito de aplicación del orden jurídico anglosajón como la razón del sistema legal constituida por un cuerpo de normas imperativas y arbitrarias (relativas) que significan la aplicación de consideraciones de "fairness" (limpieza, rectitud, del "fair-play": trato o juego limpio) y justicia frente a la fuente del Derecho (19).

Se manifiesta en la aparición de un Derecho de equidad que constituye un tipo de justicia más humano que la de la "Common Law" porque capacita al juzgador a aplicar sus principios, para resolver las controversias con un arbitrio más amplio según las circunstancias de cada caso que el de un Tribunal ordinario y, principalmente, para conceder a las partes medios de regeneración definitivamente más eficaces que los del Derecho común o general. Además de porque los principios de ese Derecho de equidad, emanados de una tradición inmersa en los dictados supremos de la conciencia y la ley natural son encarnación de la más genuina justicia humanizada y adaptada a la vida (20).

No hay que olvidar que el Derecho, está constituido en el sistema de la "Common Law" por un cuerpo de reglas tradicionales establecidas por la costumbre y formuladas por las sentencias de los Tribunales, salvo cuando exista una norma legislativa. Esto significa que las reglas contenidas en las leyes son consideradas como regulaciones de excepción, como sectores que por mandato expreso quedan exceptuados del imperio de la "Common Law", y son regidos por los preceptos que el legislador ha establecido. La regla general es la aplicación de aquella y las excepciones son los sectores respecto de los cuales se han establecido leyes determinadas. Todo lo cual trae con-

sigo dos consecuencias: la primera es que se entiende que la interpretación que los Tribunales han de dar a las leyes debe ser siempre restrictiva, o sea, que estos no deben proyectar sus principios más allá del campo expresamente abarcado. Y la segunda consiste en que aún la misma aplicación de las leyes está subordinada a lo que los Tribunales entiendan como "precedentes", constituyendo un acentuado matiz particular del "Common Law" el principio del tácito cheque en blanco en favor del Juez (21).

Por último, existen otros mecanismos y vehículos de origen contractual y jurisprudencial que dan a la equidad como realización práctica gran relevancia, los cuales son:

a) Los "standards" jurídicos que constituyen la directiva que guía al Juez, dejándole campo libre para apreciar lo que en cada momento y caso sea de justicia en relación con las necesidades sociales. Muestran el tono medio de conducta correcta en circunstancias regulares, con respecto al ámbito variable del Derecho.

El "standard", por su naturaleza amoldable escapa de la fijez a rígida y la precisión inflexible que hacen inmutable la regla. Se diferencia del principio en que no aspira a generalizar, no busca una adecuación múltiple; sino que su aplicación es empírica y conduce a una justici-

cia individualizada. Escapa a todo funcionamiento mecánico y se basa no sobre procedimientos lógicos y razonamientos subjetivos, sino sobre la intuición y la experiencia, sobre el conocimiento objetivo de los múltiples aspectos de la vida.

Como correctivo, complemento o suplemento de la norma, pretende resolver el conflicto que se suscita y estabilizar las relaciones jurídicas, presentándose como una vía abierta al Derecho de equidad, pues tienen sus mismas finalidades: conseguir la adaptación del Derecho a las condiciones sociales y realizar la individualización de sus soluciones (22).

b) La discrecionalidad judicial correspondiente al "case law" y manifestada como simple sistema de acciones, se mantiene a pesar en primer término de la doctrina de los precedentes, ya que sólo vinculan en cuanto a la "ratio decidendi" en casos especiales y adolecen de falta de claridad y sistematización dentro de los principios establecidos derivados de la enorme complejidad y extensión de los "reports". Además constituyen una vinculación relativa en los supuestos en que la decisión provenga de Tribunales de igual rango o inferior, pudiendo variar la doctrina de los dictados por el mismo anteriormente, cuando el precedente sea erróneo en Derecho o razón, o cuando las circunstancias del caso sean tales que hagan de su aplica-

ción la máxima "communis error facit jus" (23).

Y, en segundo lugar, aún con la existencia del Derecho estatuario, pues, en tanto que éste impone una permanencia y una continua fidelidad a determinado sistema de principios admitidos por todos sin crítica, como fiel reflejo de la concepción imperante de la justicia, el "case law" implica un rebasamiento del campo de la mera aplicación jurídica, para entrar en el de la modificación y renovación de las normas (24).

2.2. Sistemas de Derecho codificado

Los períodos de las grandes codificaciones se han caracterizado por la pretensión de querer contener en la ley todas las soluciones jurídicas y proscribir toda interpretación que no sea la proveniente del propio legislador. El s. XIX es el máximo exponente de tales aserciones bajo la influencia de los principios racionalistas incompatibles con los sistemas normativos anacrónicos, confusos y, en buena medida, contradictorios existentes hasta el momento. Con lo que tal centuria bajo el dominio del positivismo jurídico sostuvo técnicas metodológicas que afirma HERNANDEZ GIL (25) se pueden clasificar como:

- a) La ecuación absoluta entre Derecho y Estado

(estabilidad del Derecho).

b) La sobreestimación de las normas jurídicas positivas en el momento de su formulación (normativismo) y en concreto de la ley (legalismo).

c) La vinculación neta del jurista.

d) La reducción de la actividad de éste a una mera tarea lógica, reproductiva y ordenadora (dogmatismo) con renuncia a toda valoración (formalismo).

Al pensarse que la ley pone a disposición de los interesados el arbitraje de equidad (o de amigables componedores, según la terminología utilizada por los ordenamientos) que ofrece un medio de enjuiciamiento sin aplicación de reglas de Derecho, según el leal saber y entender del árbitro; que la propia justicia pública se esfuerza en atenuar el rigor de la norma estricta por medio de cuantos resortes tiene a su alcance; y que las leyes suelen ser lo suficientemente flexibles como para que se pueda introducir en los fallos sus convicciones de justicia (26).

Mas a pesar de todo, es innegable que la equidad ha penetrado en los sistemas jurídicos de carácter legalista, exteriorizándose como un elemento que opere en el orden positivo. Por un lado se exige para recurrir a aque-

lla una autorización expresa sin que se permita en caso contrario, bajo ningún pretexto, dejar de aplicar o modificar las normas vigentes, ateniéndose a la antigua máxima: "dura lex, sed lex". Sin embargo, los mismos Códigos autorizan de forma expresa o tácita su uso, ya sea de forma general o, sobre todo, en supuestos especiales, evidencian también, contemporáneamente la necesidad de una vuelta a la equidad, pues un siglo de justicia puramente formalista ha mostrado los serios inconvenientes que le son consustanciales a estos regímenes, haciendo surgir diversos movimientos enderezados contra la rigidez del imperio de la norma genérica y abstracta y en favor de la consideración de los elementos individualísimos que definen cada caso como una entidad irreductible a las demás (27).

Los ejemplos principales, pertenecientes al ámbito europeo occidental manifestantes que de lo expuesto son (28):

- El C.C. francés de 1804, el cual no integra la equidad entre las fuentes del Derecho, ni establece las que pueden suplir los vacíos de la ley, absteniéndose de introducir alguna disposición general que discipline el poder del juez en la formación de las normas jurídicas independientemente del texto de la ley. Pero, por el contrario, se reconoce la interpretación judicial al prescribir en su art. 4º: "El juez que no juzgue bajo pretexto de si-

lencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia". Y existe una remisión expresa a la equidad en supuestos especiales: arts. 565, 1135 y 1854; o implícita, al delegar en el poder discrecional del juzgador (arts. 1231 y 1871).

- El C.C. general austriaco de 1811 que recibe un influjo muy intenso de la Escuela de Derecho natural, y contiene una disposición general en el art. 7, según el cual: "Cuando un caso no se pueda decidir ni según la letra ni el sentido de la ley, se debe atender a los casos semejantes decididos precisamente por la ley y a los motivos de las leyes análogas; y si el caso continúa siendo dudoso, se deberá decidir según los principios de Derecho natural, atendiéndose a las circunstancias cuidadosamente consideradas y ponderadas". Otros preceptos se refieren a la equidad de modo especial: el 500, el 904 y el 1310.

- El C.C. italiano de 1865 (derogado por el de 1942) es expresivo de la degeneración del método de Derecho natural en el de Derecho orgánico en su art. 3º al establecer: "Cuando una controversia no pueda decidirse mediante una disposición precisa de la ley habrán de tenerse en cuenta las normas que regulan casos similares o materias análogas, y cuando el caso permanezca aún dudoso se decidirá según los principios generales del Derecho". Estos principios se interpretan como los obtenidos de las

propias normas del Derecho nacional, o incluso según otros autores, atribuyéndoseles un carácter más general (29). Aparte de lo dicho se contienen también algunas disposiciones concretas en las que se ordena decidir conforme a equidad: arts. 463, 578, 1124 y 1652.

- El C.C. portugués de 1867 (derogado por el de 1966), cuyo art. 16 en el mismo sentido que el anterior decía: "Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieran ser resueltas ni por el texto de la ley, ni por su espíritu, ni por casos análogos previstos en otras leyes, se decidirán conforme a sus circunstancias especiales por los principios del Derecho natural". Por añadidura, existían otras normas como las de los arts. 711.3 y 1232 en los que se aceptaba implícitamente el principio de equidad al confiar la decisión en esos supuestos determinados al prudente arbitrio del juzgador teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Por último, el art. 3 del C.P.Co. dictamina que "el juicio comercial es esencialmente de equidad".

- El C.C. alemán de 1896 (BGB), redactado bajo la inspiración directa de la jurisprudencia constructiva de WINDSCHEID, y caracterizado por su técnica demasiado abstracta, concede un amplio margen al arbitrio judicial para ponderar las particularidades del caso remitiéndose a la

equidad: (arts. 829, 920 y 1361.2). Es decir, a la consideración prudente y acomodaticia del caso y en particular a la ponderación de las prestaciones, valores, ventajas e inconvenientes que concurren en aquel; o bien somete la solución de una cuestión al arbitrio equitativo: (arts. 315, 317, 66, 745, 971, 1024, 1847, 2048 y 2156).

- El C.C. suizo de 1907 (entró en vigor en 1912), a partir del cual puede observarse en las codificaciones una influencia del movimiento de renovación de los métodos jurídicos y de liberación del juez. Su art. 1 dicta: "La ley rige todas las materias a las cuales se refieren la letra o el espíritu de alguna de sus disposiciones. En defecto de una disposición legal aplicable, el juez pronuncia según el Derecho consuetudinario, y en defecto de costumbre según las reglas que establecería si tuviese que actuar de legislador, inspirándose en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia". Y el número 4 establece respecto del poder de apreciación del juez que éste "... aplicará las reglas de Derecho y de la equidad cuando la ley reserva su poder de apreciación o le encarga pronunciarse, teniendo en cuenta bien las circunstancias, bien los justos motivos".

- El C.C. italiano de 1942, texto que se muestra muy cauteloso en cuanto a la admisión de las modernas teorías sobre fuentes jurídicas, cabiendo sólo señalar el

art. 12 el cual prescribe que las lagunas de la ley se llenan "por la analogía y en última instancia, por los principios generales del ordenamiento del Estado". Estos principios se consideran, generalmente, de forma amplia por la doctrina, y el recurso a la equidad se estima como criterio de interpretación de la ley o como medio de atenuar su rigidez (30) conforme a los artículos: 1226, 1349, 1371, 1447, 1450, 1467, 1468, 1526, 1733, 1736, 1738, 1755, 2045, 2047, 2056, 2109, 2110, 2118, 2120, siendo muy significativo el art. 1374 que dice: "El contrato obliga a las partes no sólo a cuanto está expreso en el mismo, sino también a todas las consecuencias que de ello se deriven según la ley, y, en defecto de ella, según los usos y la equidad".

Por otro lado, el C.P.C. de 1949 en su art. 114 dictamina el juicio de equidad siempre que se trate de "un derecho del que puedan disponer las partes si éstas de común acuerdo lo solicitan". A la vez que el art. 113 sostiene que "el principio regulativo de la materia ha de ser el que rija estos casos".

- El C.C. portugués de 1966, inserto en un criterio meramente interpretativo con motivo de establecer en su art. 4 que "los tribunales solo pueden resolver según equidad: a) Cuando haya disposición legal que lo permita; b) Cuando haya acuerdo entre las partes y la relación ju-

rídica no sea indisponible; y c) cuando las partes hayan convenido previamente el recurso a la equidad en los términos aplicables a la cláusula compromisoria".

2.3. La equidad en el Derecho español vigente

Si antes de la modificación del Título Preliminar del C.C. realizada por el Decreto de 31 de Marzo de 1974, en cumplimiento de lo dispuesto por la Ley de Bases de 17 de Marzo de 1973 (31) nunca en la historia de la codificación patria la equidad había tenido una mención legal expresa, possibilitándose, únicamente, la invocación de tal concepto por vía de la aplicación de los principios generales del Derecho o por el alcance jurisprudencial, en la actualidad el art. 3.2. del C.C. dice:

"La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas. Si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita".

Este precepto como es evidente, se sitúa en una posición "ideológica" intermedia, superadora de la contraposición entre el "ius strictum" y el "ius aequum", que no considera la equidad como fuente autónoma del Derecho, ya que sólo se reconocen las previstas en el art. 1.1 del ci-

tado texto legal (32), sino como fuente preferente, primaria y orientadora en su función meramente interpretativa de acuerdo con la expresión "habrá de ponderarse" (33).

Todo ello indica que el legislador es consciente de que la norma por él dictada ha de aplicarse adecuadamente a las particularidades del caso, pero se muestra restrictivo a la hora de otorgar las atribuciones judiciales, distinguiéndose dos posibles vías de actuación: una como criterio de ponderación en la aplicación de las normas, y otra como razón en la que se funda una decisión.

En el primer sentido, es un criterio de utilización normal". En el segundo, en cambio, parece algo por completo excepcional, puesto que sólo cuando lo autorice la ley, podrán los Tribunales o los órganos a quienes corresponde decidir, fundarse exclusivamente en ella. La equidad como criterio de aplicación en la ponderación de las normas no puede, en ningún caso, significar la destrucción de éstas, ni la privación de su sentido o de su valor. Puede ser un entendimiento hermeneútico de moderación del rigor, pero nunca una razón de supresión de la norma (34).

De aquí la idea de precisar el concepto de equidad engarzado con los principios generales del Derecho (35). Puesto que los principios generales tienen un carác-

ter informador del ordenamiento jurídico (36), es su actuación la que puede intervenir para corregir o rectificar las consecuencias de la aplicación rigurosa de una norma con la ventaja de no perturbar la seguridad jurídica mediante individuales juicios de valor implícitos en la idea de equidad como apreciación o como justicia del caso concreto; lo cierto es que se trata de dos conceptos distintos entre los que existen puntos de coincidencia, pudiendo conducir a un mismo resultado de justicia antecedente y complementaria de la juridicidad positiva (37).

Por lo tanto, sólo en los casos estrictamente contemplados en el art. 3.2 "in fine" se puede considerar la equidad con el valor de una auténtica fuente del Derecho, al ser elevada a la categoría de precepto primario. Son citables como ejemplos al respecto todas las remisiones directas a la misma (38); al igual que ocurre cuando tal remisión se hace a la "justa causa", "motivos graves" o "especiales", "grave perjuicio", "facultad al juez para obrar conforme a su libre y ponderado criterio" ... (39).

Como colofón queda ocuparnos del tratamiento dado a las diferentes funciones que la equidad está llamada a desempeñar. Así, la interpretativa se resuelve óptimamente, de acuerdo a lo previsto en el art. 3.1 del C.C.: "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes his-

tóricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas". Encierra una postura ecléctica muy completa y acertada para equilibrar los elementos subjetivos y objetivos en correlación con el sentido hermeneúutico del art. 3.2 y de acuerdo a las pautas propugnadas páginas atrás.

En lo que se refiere a la tarea integradora se mantiene que para colmar las lagunas de la ley se ha de realizar la aplicación analógica (art. 4 C.C.), y si no es posible se acudiría a la costumbre y, en su defecto, a los principios generales del Derecho (arts. 1.3 y 4 del C.C.): En consecuencia, únicamente cabe la equidad supletoria por la vía de equiparación de los citados principios.

Y, en cuanto a la equidad "contra legem", es claro que el contenido del art. 3.2. del C.C. ha de ser matizado, ya que parte de que exista previamente una norma positiva que pueda resolver satisfactoriamente la cuestión controvertida, al no mantenerse separada de la justicia. Pero la prohibición cesará cuando la norma jurídica no sea adecuada para resolver justamente, según las consideraciones generales hechas ya a propósito de este mismo tema (40).

Toda la regulación expuesta pertenece al C.C. el

cual presenta dentro del ordenamiento jurídico español cierta función básica del Derecho común, especialmente en lo referente al Título Preliminar (41), lo que no ofrece duda en cuanto al Derecho foral según el art. 13, ni en cuanto a las Leyes especiales en base al art. 4.3. No obstante, aquel Cuerpo legal, y singularmente en la parte dicha, conserva cierto residuo de norma general, por lo que su sistema de fuentes se puede invocar con carácter supletorio, en cualquier rama del Derecho, siempre que se proceda lógicamente, conforme a la naturaleza de las cosas (42).

La cuestión no ofrece problemas en el Derecho mercantil, aparte de que viene resuelto en su propio articulado (43). Ni con respecto al Derecho internacional privado, puesto que sus normas fundamentales se encuentran en parte en el C.C. y se apoya en su desenvolvimiento en la "aequitas pacti", reciprocidad...

En cambio en la esfera del Derecho penal, la función de la equidad es considerada, más bien, como una noción bajo el aspecto de ponderado arbitrio (44). Lo mismo sucede en el Derecho procesal civil, en el que el Derecho común desarrolló la doctrina de la "exceptio doli" generalis que tiene un claro fundamento en la equidad y que actualmente aparece unido al principio de la buena fe.

En el Derecho administrativo, la cuestión presenta aspectos muy interesantes porque a pesar del denominado principio de legalidad, la equidad puede penetrar en el sistema de fuentes junto a los principios generales del Derecho. Siendo esencial el Derecho laboral en el que muchas de sus instituciones, han sido creadas bajo su inspiración al ser parte originariamente del ordenamiento civil.

3. CONSIDERACIONES CRITICAS DEL ARBITRIO DE EQUIDAD EN LA DOCTRINA

3.1. Posiciones que no admiten la aplicación de la equidad

Las teorías que no admiten el funcionamiento de la equidad, fuera del contenido en la norma jurídica, son parte de una determinada perspectiva positivista dentro del inmanentismo general, que es aceptado como dogma y fuera del cual no se admite otro modo de pensar ni de resolver jurídicamente. En definitiva, se cree que exclusivamente puede considerarse como Derecho el positivo y que éste se encierra en textos normativos, fundamentalmente legales, escritos, de perfiles, definidos, manejables, recurriendo sólo a mecanismos técnicos y rigurosos.

Los argumentos que se utilizan son los mismos que

sirven para la defensa de que las decisiones judiciales deben tener un carácter vinculado, porque tales posturas son consustanciales y se mantienen recíproca y obligatoriamente; siendo las posiciones que mejor expresan estas ideas las que siguen a continuación:

1. El positivismo legalista de la Escuela de la exégesis: esta Escuela surgió en Francia entre 1804 y 1830 a raíz de la publicación del Código Civil de NAPOLEON. Agrupó, sobre todo, a sus principales comentaristas y constituyó el módulo de la ciencia jurídica francesa durante gran parte del siglo XIX, representada por BUGUET, DEMOLOMBE, LAURENT, ROGUIN, etc. (45).

Descendiente de las ideas cartesianas y del voluntarismo, a través de la influencia de ROUSSEAU, cree que si la razón ha de definirse por la razón a través de las ideas y si la voluntad general es de por sí racional, mediante el contrato social coincide con la voluntad del Estado. Ella es la que ha de determinar lo justo a través de su órgano legislativo formulándolo en normas generales y abstractas. Y, este Derecho que será por ende perfecto y completo es la ley, que el juez no tiene más que aplicar, porque el juez es el siervo de la ley.

El método exegético tiene como postulado esencial el llamado principio de la plenitud del ordenamiento

jurídico positivo, por lo que parte de la letra de la ley para establecer una serie de raciocinios o silogismos basados en los tres principios esenciales de la lógica formal: el de identidad, el de no contradicción y el "tertium non datus" (46).

2. La Escuela histórica del Derecho: Como reacción contra los excesos de las Escuelas clásicas tanto las de tipo filosófico y racionalista, como las de tipo práctico, legalista y exegético, surgió en los comienzos del siglo XIX el movimiento de romanticismo jurídico, principalmente representado por la Escuela del Derecho, de HUGO, SAVIGNY y PUCHTA (47)

En la esfera específica del método la postura savignyana, no se limitó a destacar el aspecto histórico del Derecho, sino que lo que en realidad hizo fue valorar también extraordinariamente el aspecto lógico y el sistemático. Lo que la caracterizó fue poner la investigación de aquella naturaleza al servicio de la dogmática jurídica, dotar a ésta de contenidos históricos. No partió de postulados previos, sino obtenidos empíricamente; operando lógicamente con ellos. Aún más, el método en el orden dogmático, es una imagen del método histórico. Si en un sentido ontológico, para la Escuela histórica del Derecho es un todo orgánico, en un sentido lógico también lo es (48).

3. La Jurisprudencia conceptualista: Superando la mera interpretación de los textos legales y aprovechando las enseñanzas de la Escuela histórica, se propone este método que imperó en el siglo XIX, sobre todo en Alemania (con WINDSCHEID y los pandectistas), hasta la actualidad, reconstruir el sistema de cada Derecho concebido como conjunto de relaciones disciplinadas o reglas específicas y de principios generales, lo que permiten sean llenadas las lagunas jurídicas, con las normas implícitas extraídas de las normas expresas.

En general se sostiene que todo el Derecho está contenido en la ley, la interpretación de esta debe radicarse en la búsqueda de la voluntad del legislador, y una vez descubierta y fijados los principios esenciales que consagra, es necesario dar a la norma todo el desenvolvimiento de que sea susceptible, mediante un proceso deductivo.

El problema de la interpretación se resuelve en primer lugar acogiendo la gramaticalidad del texto, y en cuanto deviene insuficiente se habrá de acudir a la utilización de la lógica formal encaminada a descubrir por medios directos e indirectos el espíritu que los ha informado (49).

4. El positivismo imperativista y analítico: Con

estos dos nombres suele designarse la versión inglesa del utilitarismo durante la primera mitad del siglo XIX, que tienen como presupuestos ideológicos la moral utilitaria de fondo empirista y una mentalidad reformista con fuerza para corregir la organización de la sociedad históricamente dada. Las dos figuras de mayor relieve fueron BENTHAM y AUSTIN. Sin embargo, nosotros nos centraremos en el primero por situarse más claramente en el ámbito investigado.

A juicio de BENTHAM (50) el Derecho únicamente aparece en el seno del Estado y a partir de las leyes. Es útil lo que la voluntad soberana quiere o, dicho en términos más relativos, no es alcanzable una voluntad superior. A través del Derecho, y en concreto de la ley, se preocupa por la felicidad de los ciudadanos, siendo el Derecho, que debe ser encarnado por la voluntad del soberano, el que hará felices a los ciudadanos. Más allá de esta voluntad, la introducción en ella de límites y de fines, no parece posible.

La atribución a los jueces de una función jurídica creadora significaba privar de este cometido al soberano, a la par que implicaba conferir a la razón un papel que debía desempeñar la voluntad.

3.2. Posiciones que sustentan la prevalencia de la equidad

En una posición diametralmente opuesta se encuentran todas aquellas posturas que mantienen la exigencia operativa de la equidad y su prevalencia con respecto a la norma positiva en las decisiones judiciales, cuyo origen se encuentra, en la mayoría de los supuestos, en una reacción al positivismo lógico-sistemático en que se había caído durante el siglo XIX.

Se trata de plantear una crítica que ponga a prueba la viabilidad de aquella hermenéutica. La concepción misma de la "realidad" jurídica es la que se somete a revisión, descubriendo que es fluida y no puede determinarse definitivamente sin que se desvirtúe. La dimensión "judicial" del Derecho lo presenta radicalmente como juicio de valor sobre un hecho y resalta su necesidad, subordinada de unos esquemas normativos, que confieran a nuestra existencia un mínimo de seguridad, de capacidad de previsión de la conducta de los que coexisten con nosotros y de control de los llamados a arbitrar esa convivencia (51). Los fundamentos en los que se apoyan son los mismos que los que mantienen la necesidad de las decisiones judiciales arbitrarias (relativas) y la ejecutabilidad de la equidad "contra legem". A los que cabría añadir la insuficiencia de la norma al no lograr captar y plasmar todas las situaciones eventualmente controvertibles, tema que pertenece a la realización de la equidad "praeter legem".

Las direcciones que encarnan esencialmente lo expuesto son las denominadas sociológicas, cuya característica común es la búsqueda de las vinculaciones sociales del Derecho y la utilización de material sociológico en su construcción. El autor que abrió el camino antiformalista fue IHERING (52), herencia que fue recogida por:

1. La Escuela de Derecho libre, o de la libre jurisprudencia cuyo fundador fue EHRlich (53) siendo KANTOROWICZ (54) en 1906, quien concretó todos sus contenidos llegando a la conclusión de que la ley no es perfecta ni puede completarse a si misma, por lo que el intérprete puede y debe prescindir de la norma legislativa cuando no parezca ofrecerse una solución indudable; y cuando adquiera el convencimiento de que el legislador no resolvería actualmente el caso en el sentido de que la ley lo hace.

2. Más tarde, durante el primer tercio del siglo XX apareció la Jurisprudencia de los intereses, siendo sus principales representantes HECK y RÜMELIN (55) para los que el Derecho es esencialmente un complejo de valoraciones de intereses que el legislador expresa coactivamente. De ahí que el juez no deba limitarse a la simple interpretación lógica. El legislador suministra un juicio de valor, pero si la variación de las circunstancias la hace injusta habrá que aplicar la ley sobre la base de los in-

tereses protegidos y repudiados y restablecer el equilibrio querido.

3. En América un punto de vista afin al de la Escuela de Derecho libre en sus manifestaciones menos radicales y, más aún, al de la Jurisprudencia de los intereses, es el de la Jurisprudencia sociológica, representada por POUND (56) a principios del siglo XX y definidora del Derecho como "ingeniería social". La tarea a realizar es estudiar el orden jurídico, pensar en intereses, pretensiones y demandas, en lo que es necesario asegurar o satisfacer. El centro de gravedad se desplaza, pues, al orden jurídico como proceso de realización del Derecho.

4. De todo ello derivó la orientación realista norteamericana, con presupuestos filosóficos y teóricos procedentes, preferentemente del pragmatismo filosófico que proviene de JAMES, y en el campo de la teoría jurídica de HOLMES, ocupando posiciones análogas CARDOZO, LLEWELLYN, FRANK, ARNOLD, GARLAN ... (57), etc. Sus rasgos principales son la creación judicial del Derecho y la consideración del mismo como medio para el logro de determinados fines. El Derecho es lo que realmente hacen los Tribunales -además de los Abogados Profesores ...-, decisiones reales concretas en el pasado y conjeturas con respecto a decisiones reales concretas en el futuro.

Otras directrices fuera de las de carácter socio-lógico, dignas de ser mencionadas son:

1. La Escuela del Derecho natural de los siglos XVII y XVIII iniciada por GROCIO y culminada por PUFFENDORF, THOMASIO y WOLFF (58), sostiene en su sentido más puro que los preceptos del Derecho y entre ellos el de la actuación de la equidad en las decisiones judiciales, se derivan encadenadas lógicamente de la razón, sin que para elaborarlos se necesite el dato empírico del mundo exterior. No contentándose ese Derecho natural en existir como ideal, sino que su meta y horizonte es la de llegar a realizarse como Derecho real, e intentar desplazar a los Derechos positivos. Conclusivamente, la equidad se erige supremamente en el ámbito de las resoluciones litigiosas en relación con el contenido de la norma oficial al constituir un mandato de la justicia natural: el decidir conforme a ella. La corriente que ha imperado en España ha sido en especial la Escolástica, la cual no sostiene un sistema tan rígido y cerrado en guerra con el Derecho positivo, considerando la "aequitas" como un modo de mejor guardar y preservar el Derecho escrito en su intención auténtica (59).

2. La teoría pura del Derecho de KELSEN resulta en este aspecto paradójica: si una norma jurídica vale por haber sido producida de la manera determinada por esa nor-

ma fundante básica, cualquier contenido que sea puede ser Derecho. Ahora bien, la ley no da nunca una decisión acabada para cada caso jurídico singular, sino una especie de disposición en blanco que el juez ha de llenar de contenido concreto. Así la aplicación judicial de la ley se convierte en producción jurídica, desapareciendo o relativizándose mucho la diferencia entre creación y aplicación del Derecho.

3. El sistema del Derecho jurisprudencial ("case law") potenciado por AUSTIN en Inglaterra y por la Escuela de Harvard en E.E.U.U., puede ser introducido dentro de los sistemas de realismo jurídico, con ciertas particularidades referentes a una manera especial de concebir el Derecho, contemplándolo en las especies concretas y en las decisiones judiciales que éstas provocan.

En la actuación jurisprudencial a través de la "Common Law" y de la "Equity", si bien el arbitrio judicial quedó restringido por la doctrina de los precedentes se siguió conservando un Derecho caracterizado por su flexibilidad. E igual podemos decir en cuando a las disposiciones legales ("Statute law"), en las que los jueces se ven obligados con mucha frecuencia a apartarse de la "littera legis" recurriendo a métodos superiores históricos, lógicos y sistemáticos, y tomando en consideración el sentido y los fines de la ley (60).

4. Los sistemas de orientación irracionalista. El método intuitivo: Tienen ciertas conexiones con la Escuela de Derecho libre, aunque en ellos no domina un matiz sociológico, sino psicológico, constituyendo el método intuitivo una representación muy destacada en la concepción jurídica norteamericana del "Free judge" (61). Como figuras más destacadas caben citarse a GURVITCH, HUTCHESON, ISAY y DAHN (62).

Se sostiene que las proposiciones generales no dan la solución de los casos concretos, sino que, por el contrario, la decisión depende de un juicio o de una intuición más sutil que cualquier premisa mayor articulada. La decisión brota del sentimiento jurídico (hacia el valor-justicia) y de la razón práctica (sentido del valor-utilidad), fundiéndose sólo en segundo lugar en las normas.

3.3. Posiciones intermedias

Bajo este rótulo se incluyen todas aquellas posiciones doctrinales que huyen de los postulados extremos y apoyan la necesidad de la ley y de la equidad, entendiendo que más que verdadera oposición y contradicción entre ambos términos hay conexión siempre y exigencia de re-

conciliación.

Estas teorías se plantean si es posible el uso de la equidad totalmente libre, llegando a la conclusión de que un sistema de libertad absoluta puede entronizar un mero capricho. Pero, en contrapartida, un régimen simplista de omnipotencia legal puede imponer soluciones que no sean verdaderamente adecuadas a las exigencias de la justicia.

Es cierto que todo caso es individual, que exige tener muy presente sus factores peculiares; pero no debe abandonarse la idea de que los casos específicos tienen dimensiones típicas y comunes y que no hay otro medio de tratarlos justamente que el aplicarles una medida igual, el juzgador debe poder apreciar las "circunstancias" que acompañan al caso y "graduar" la sanción aplicable. Pero, cuando lo típico predomina sobre lo individual, no hay otro medio posible, ni más seguro de ser justo, que poner en práctica, el criterio igualitario prefijado en el esquema legal. Ahora bien, si aún dentro de una serie típica de casos, lo individual supera a lo genérico, entonces la misma justicia exige la práctica de la equidad, es decir, el no aplicar el esquema lógico y genérico de la norma, sino una medida adecuada a esos elementos concretos, pues lo contrario sería faltar a la justicia, ya que se trataría igualmente lo desigual, y lo desigual ha de tratarse

desigualmente. La igualdad o desigualdad viene aquí definida por el predominio de los elementos típicos o de los individuales, respectivamente. El problema jurídico-práctico se presenta cuando se advierte que el juzgador está vinculado a la ley, la cual puede negarle toda libertad de acción, puede negarle el acceso a la equidad; pero a la larga esto es un imposible, la ley es menos eficiente de lo que ella piensa de sí misma, y el juez posee jurídicamente más poder que el que el mismo se atribuye cuando interpreta demasiado restrictivamente las normas que se lo conceden.

De esta manera se llega a demostrar lo dicho en un principio, es decir, que es indispensable hermanar los imperativos del Derecho normativo positivo y del Derecho libre, las exigencias de la ley y de la vida. Sólo de su síntesis cabe esperar la plena realización de la justicia.

Durante el siglo XIX y el actual han existido y existen numerosos propugnadores de este pensamiento, siendo las corrientes más ejemplificativas de las ideas manifestadas -aparte de aquellas que presentan un sincretismo metodológico, mezcla de los elementos propios de unas y otras técnicas de naturaleza contraria si se estima individualmente- aunque portadores todas ellas de sus propias peculiaridades:

1. El criticismo. La teoría crítica de STAMMLER: A fines del siglo pasado y comienzos del presente, las diversas direcciones del formalismo jurídico comenzaron a marcar ya el ocaso del positivismo, destacando dentro de este movimiento la teoría crítica del Derecho de STAMMLER (63). De acuerdo con la diferencia entre la teoría a la que corresponde elaborar los métodos universalmente válidos del pensamiento jurídico y con la técnica llamada a exponer el contenido de un orden jurídico históricamente dado por medio de reglas de relativa generalidad (64), se llega a la determinación de las tres condiciones necesarias para la posible realización de esta última por el jurista:

a) Una noción exacta de los problemas teóricos de la Filosofía del Derecho.

b) Un dominio técnico del contenido jurídico condicionado que tiene que aplicar y

c) Una pericia práctica en la conclusión jurídica tanto para subsumir el caso en el Derecho formal, como para elegir el principio fundamental justo a que está sometido, cuando la ley lo dispone. En esta misión no es sólo el concepto del Derecho el que puede prestar ayuda, sino que más que el concepto es su idea la que constituye una guía segura, haciendo referencia a la cuestión de la

justicia, para determinar la solución u ordenación justa de la materia, ayudándose con unas máximas denominadas de respeto recíproco y de participación.

2. La teoría de la evolución histórica. La jurisprudencia progresiva: Ciertas inspiraciones de la Escuela histórica y el anhelo de corregir el defecto que se atribuía a la interpretación clásica de dar demasiada rigidez a los textos legales, dieron origen a este método propugnado en Francia por SALEILLES y patrocinado después por muchos civilistas de Francia (CRUET, LAMBERT), Italia (DEGNI, FERRARA...) y Alemania (KOLHER) (65).

La característica general es la de incorporar al concepto de interpretación la labor de adaptar los preceptos positivos a las variaciones históricas de la vida modificándolas en consecuencia. Se sostiene que los preceptos legales debe transformarlos el intérprete dentro de ciertos límites, para ponerlos en armonía con las circunstancias cuando estas cambian. Interpretar es adaptar. Ahora bien, adaptar no es derogar; la teoría supone en las normas positivas una parte rígida (que las diversas direcciones científicas señalan con distinto criterio) y otra mudable; este es la zona elástica y aquella el límite de la elasticidad.

Dentro del cuadro fijado se diferencian:

a) Una teoría subjetiva que se centra en la voluntad del legislador, pero admitiendo que la ley es su evolución, bajo las influencias del medio, adopta estructuras no previstas, en virtud de los elementos depositados en ella al crearse (CIMBALI y GABRA) (66).

b) Una teoría objetiva -la más prototípica- la cual rompe ya por completo el nexo de la ley con el pensamiento del legislador. La ley es no lo que quiere el legislador, sino lo que de modo solemne por la ley se declara como querido (CALDARA, HAHN) (67).

3. El método positivo-teleológico: Este sistema tiene su punto de partida en las teorías de IHERING y fueron desveladas especialmente por VANDER EYCKEN (68) que puso como criterio rector de la interpretación el fin práctico de la norma. El intérprete ha de indagar, no la voluntad o intención del legislador, sino la propia de la relación jurídica regulada en conexión con las necesidades sociales que con ella se han de satisfacer. Si la norma falta ha de buscarse la mejor adaptada al caso, extra-yéndola de la observación objetiva de los hechos, de la ponderación de las exigencias reales y de las utilidades prácticas.

La ley adquiere así, se dice, su máxima flexibi-



lidad, estando el intérprete cierto de no desnaturalizar y de no desbordar los justos límites, cuidando de asegurarse de que cada una de sus soluciones corresponda rigurosamente al fin oculto bajo la fórmula legal.

NOTAS

- (1) Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía del Derecho", Edit. Bosch, Barcelona 1979, p. 355.
- (2) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación judicial del Derecho (Jurisprudencia y arbitrio judicial)", Reus, Madrid 1954, pp. 32 y 33; SUMNER MAINE, H.: "El antiguo derecho y la costumbre primitiva", trad. La España Moderna. Madrid s.a., pp. 142 y ss; DECU-GIS, H.: "Les étapes du Droit des origines a nos jours", Th. Sirey, París 1946, p. 75.
- (3) La evolución histórica nos demuestra cómo en los períodos que coinciden con las épocas y situaciones sociales de confianza en el juzgador, de espontaneidad jurídica y social, existe una entronización de la equidad a la cual se concede una función muy señalada en la práctica del Derecho; y, por el contrario, en las coyunturas de desarrollo normativo y de codificación se restringe y pretende negar la función de la equidad, con lo que ésta contribuye incesantemente a la evolución y progreso del Derecho. (Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación...", cit, pp. 33 y 34; LARENZ, K.: "La Filosofía contemporánea del Derecho y el Estado". Trad. Galán y Truyol, Edit. R.D.P., Madrid 1942, p. 129.
- (4) Si bien gira en torno a una idea muy antigua que responde a algo que es esencial en la teoría y la vida del Derecho, enriqueciéndose con multitud de matices y aplicaciones prácticas. Cfr. BAESTNAGEL: "De aequitate in iure romano", B.I.D.R. XLV, 1938, pp. 367 y ss; RICCOBONO, S.: "Ius est ars boni et aequi". B.I.D.R. IL-L, 1947, pp. 223 y ss; IGLESIAS, I.: "Derecho romano". Ariel, Barcelona 1979, pp. 91 y ss.
- (5) Cfr. CARON, P.G.: "Aequitas romana, misericordia patristica ed epicheia aristotelica nella dottrina dell "aequitas canonica" (dai origini al rinascimento)", Giuffrè, Milano 1971, pp. 15 y ss.; CASTAN TOBEÑAS, J.: "La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea" (Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políti-

cas), Reus, Madrid 1950, p. 26; FIGA FAURA, por su parte, demuestra de manera muy expresiva su teoría de la relación íntima que existe entre la clase de sociedad y el Derecho estricto y el de equidad descrito en "Las equidades. (Con especial consideración de la equidad, mercantil)", en "Homenaje a J. Vallat de Goytisolo", vol. II, Consejo General del Notariado, Madrid 1968, pp. 329 y ss.

- (6) El Derecho para los romanos tenía como fin fundamental el realizar la "aequitas", lo cual significaba genuinamente igualdad. Su cometido consistía en atribuir análogo tratamiento a causas análogas, y en el supuesto de que alguna de sus normas o cualquier imputación de ellas no cumpliera aquella misión, ello no produciría la cesación de su eficacia (V. ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.: "Derecho romano", t. I, Edit. R.D.P., Madrid 1968, p. 32; CICE-RON: "Tópica", IV, 23; "De officiis", l.II.12, 42.
- (7) Cfr. ROBLEDA, O.: "L'equità in Diritto romano", en Atti del Colloquio romanistico-canonistico s.a. Pontificia Università Lateranense, Roma 1979, pp. 18 y ss.
- (8) Cfr. BROGGINI, G.: "Equità. Aspetti, storia e comparativistici", en "L'equità. Giuffrè, Milano 1975, p. 20; CASTAN TOBEÑAS, J.: "La equidad y sus tipos... cit.", pp. 38 y 39; FIGA FAURA, L.: op. cit., p. 3-21; RICCOBONO, S.: Voz "Aequitas", en N.D.I.
- (9) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación... cit.", pp. 45 y 46; LOPEZ ORTIZ, J.: "Derecho musulmán", Labor, Barcelona 1932, pp. 28 y ss.
- (10) Cfr. MARDAM BEY: "L'histoire comparative de la justice", París 1928, pp. 257 y ss. y 260 y ss. Por su parte, AKIL trata de la acción de la razón humana para lograr la esencia de la justicia en el Derecho islámico. Dice que las realidades se encuentran, con anterioridad independientes de la razón, y el principio de la justicia es la primera de esas verdades. La razón humana no puede crear un principio eterno para la justicia, como tampoco es capaz de buscar su esencia misma; el cuadro de las cosas razonables humana está limitado por el ejercicio de la razón que comprende la abstracción y la inducción. De manera que se llega a la conclusión de que existe una necesidad de que la razón actúe para sacar a la justicia

del terreno de la fuerza al de la acción. (Cfr. "Averroes. Su filosofía de la jurisdicción y su teoría de la jurisprudencia". (Tesis), Facultad de Derecho, Universidad Complutense, curso 1970-71, pp. 119 y ss.).

- (11) D'ANGELO, S.: "De aequitate in Codice Iuris Canonici", Periodica de re morali, canonica, liturgica 1927, pp. 210 y ss.; FEDELE, P.: "Generalia juris principia cum aequitate canonica servata", en "Studi Urbinati", 1936, pp. 55 y ss.; WOHLHAUPTER, E.; "Aequitas canonica", Paderborn 1931 y recensión de ROCES, en AHDE 1931, pp. 534 y ss.
- (12) Cfr. GIUDICE, V. del; "Privilegio, dispensa ed epiqueia nell Diritto canonico", AAFGP 1926, pp. 42 y ss.; ROCCA, F. della: "Voz "Equità" (Diritto canonico) Nov. DI.
- (13) Cfr. FIGA FAURA, L.: op. cit. pp. 326 y ss. V. también CARON, P.G.: op. cit.; FEDELE, P.: "Aequitas canonica" en Atti del Colloquio romanistico-canonistico Pontificia Università Lateranense. Roma 1979; SILLI, P.: "Mito e realtà della "aequitas christiana". Contributo alla determinazione del concetto di "aequitas" negli atti degli "scrinia costantiniani". Giuffrè, Milano 1980.
- (14) Cfr. GALLARDO RUEDA, A.: voz "Equity" NEJ Seix.; LEVY-ULLMAN, H.: "Elements d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques", t. 1. Sirey, Paris 1928, p. 431; V. también DAVID, R.: "Les grands systèmes de Droit contemporains", Dalloz, Paris 1978; y "Le Droit Anglais", PUF, Paris 1969; HOLDSWORTH, W.: "A History of English Law". (From the earliest times to the end of the year 1953), Methuen, London 1934.
- (15) Cfr. BARTON, J.L.: "Equity in the Medieval Common Law", en el vol. "Equity in the World's Legal Systems", ed. por R. Newman, Bruselas 1973, pp. 139 y ss.; DAVIES, D.J.: "Equity in English Law" en el vol. "Equity in the World's..." cit., pp. 159 y ss.; DERRET, J.D.M.: "Justice Equity and Good Conscience", en "Changing Law and Developing Countries". Ed. Anderson, London 1963, pp. 114 y ss.
- (16) Cfr. MARIN CASTAN, M.L.: "Alcance y significado de la Equity inglesa", (Tesis), Edit. de la Universidad

Comlutense de Madrid, 1985, pp. 276 y ss.

- (17) Cfr. COSSIO, A.: "La concepción anglosajona del Derecho", RDP 361, 1947, p. 253; DAVIES, D.J.: op. cit., pp. 159 y ss.; GALLARDO RUEDA, A.: voz "Equity" cit., KERLY, D.M.: "An Historical Sketch of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery", Cambridge 1890; SPENCE, G.: "Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery", 2 vols., London 1846-1849. Las reformas posteriores de 1970 y 1971 no han afectado a lo dicho y la Sección 49 de la "Supreme Court Act" de 1981 señala: ... "Todo Tribunal que ejerce jurisdicción en Inglaterra o Gales continuará en cualquier causa o materia civil aplicando "Law" y "Equity", sobre la base de que en caso de conflicto entre las reglas de "Equity" y las de "Common Law" diferentes en la misma materia prevalecerán las primeras... Dichos Tribunales ejercerán su jurisdicción de tal manera que aseguren en la medida de la posible, que todas las materias que sean objeto de conflicto entre las partes (relativas a "states", derechos o títulos tanto legales como "equitable") se resuelvan definitivamente, y que toda multiplicidad de procedimientos sea evitada". Como se desprende del texto, la referida disposición recoge en lo esencial, reemplazándolas, la Sección 24 de la "Supreme Court of Judicature Act" de 1873, y las Secciones 34 a 36 de la de 1925, recogiendo la tradición conservadora que caracteriza a la teoría judicial inglesa aferrada al reconocimiento de una cierta autonomía sistemática de la "Equity", que dista bastante de darse en la práctica. (Cfr. MARIN CASTAN, M.L.: "Los principios generales de la Equity inglesa: Aproximación a un tratamiento sistemático". R.C. 1990, en publicación.
- (18) Cfr. GALLARDO RUEDA, A.: voz "Equity" cit.; V. BROWN, B.F.: "Equity in the Law of United States of America" en el vol. "Equity in the World's ... cit., pp. 205 y ss.; LENAERTS, K.: "Le juge et la Constitution aux Etats-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen". Bruylant, Bruxelles 1988; RABASA, O.: "El Derecho Angloamericano (Estudio expositivo y comparado del Common Law)", Fondo de Cultura Económica, México 1944; SERENI, A.B.: "L'Equity negli Stati Uniti" en R.T.D.P.C. nº 2 y 3, 1952.
- (19) Cfr. HANBURY, H.G. y MAUDSLEY, R.H.: "Modern Equity", Stevens & Sons, London 1989, p. 3; SANTA PINTER, J.: "Sistema de Derecho anglosajón. Análisis esquemático", Depalma, Buenos Aires 1956, p. 1.

- (20) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, T.: "La formulación ..." cit., p. 56; HANBURY, H.G.; op.cit., pp. 3 y ss.
- (21) Cfr. BONET RAMON, F.: "La equidad en los ordenamientos jurídicos privados", R.F.D. (U.C.M.), 1960, pp. 299 y 300; MARIN CASTAN, M.L.: "Alcance y significado ..." cit., pp. 330 y ss.
- (22) Cfr. FERNANDEZ DE VELASCO, R.: "El "standard" de Derecho en la jurisprudencia inglesa y su aplicación", R.D.P., ABRIL 1927, PP. 129 Y SS.
- (23) El "precedente" es considerado como la norma o principio de Derecho objetivo, inducida de la decisión judicial, declaratoria o confirmadora del Derecho vinculante para los Tribunales de Justicia dentro de ciertos límites dados por la razón (Cfr. COSSIO, A.: "La concepción anglosajona del Derecho", R.D.P., abril 1947, pp. 247 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: "La jurisprudencia como fuente del Derecho", Bosch, Barcelona 1953, p. 84; WINFIELD, P.H.: "Province of the Law of Tort", Cambridge University Press 1930, p. 17.
- (24) MARIN CASTAN, M.L.: "Alcance y significado ..." cit., pp. 73 y ss.
- (25) Cfr. HERNANDEZ GIL, A.: "Metodología del Derecho (Ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)", Edit. R.D.P., Madrid 1945, p. 378.
- (26) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación ..." cit., pp. 51 y 52. V. además: ESSER, J.: "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho", trad. Bosch, Barcelona 1961, p. 81; MAZEAUD, H.: "Les notions de "Droit" de "Justice" et d'"Equité", en Aequitas und Bona fides, Festgabe Simonius, Bâsel 1955, pp. 231 y 232; MOZOS, J.L. de los: "Metodología y Ciencia del Derecho privado moderno", Edit. R.D.P., Madrid 1977, pp. 319 y ss.
- (27) Cfr. BONET RAMON, F.: op. cit., pp. 297 y ss.; LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía ..." cit., p. 356.

WOLFFENBUTTEL
UNIVERSITÄT

- (28) V. la exposición que a tal efecto realizan BONET RAMON, F.: op.cit., pp. 297 y ss.; CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación ..." cit., pp. 58 y ss.; y ENTRENA KLETT, C.M.: "La equidad y el arte de juzgar". Aranzadi, Pamplona 1990, pp 113 y ss.
- (29) Cfr. VECCHIO, G. del: "Los principios generales del Derecho", Trad. Ossorio Morales, Bosch, Barcelona 1933.
- (30) Cfr. las opiniones de RUGGIERO, C. y MAROI; F. en: "Istituzioni di Diritto privato", vol. I. Principato, Milano-Messina 1943, p. 55; VECCHIO, G. del: op.cit. edic. de 1978, p. 81.
- (31) Cuya Base 2ª ordenaba: "Dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica la equidad presidirá la aplicación de las normas, pero en ella sólo podrán fundamentar sus resoluciones los Tribunales cuando la ley expresamente lo permita".
- (32) Es importante tener en cuenta, además que este precepto forma parte del capítulo II del Título Preliminar que ostenta como epigrafe el de "Aplicación de las normas jurídicas", mientras que el Capítulo I se rotula con la denominación: "Fuentes del Derecho".
- (33) La Exposición de Motivos del Decreto de 31 de Marzo de 1974 dice: "... esta (la equidad) no aparece invocada como fuente del Derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con los otros. Consiguientemente, una resolución de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse a la resultante de la utilización conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrán recibir la beneficiosa influencia de la equidad ...".
- (34) Cfr. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema de Derecho Civil", vol. I, Tecnos, Madrid 1981, pp. 216 y 217.
- (35) Así, esto ocurría desde antes de la reforma del Título Preliminar, al reconocerse ya el carácter informador de dichos principios; y puede citarse como ejemplo a CASTRO, F. de: "Fuentes del Derecho e interpretación", A.D.C. 1958, p. 235. en el mismo sen-

tido ALBALADEJO afirma que "los principios generales del Derecho no rigen en tercer lugar, sino que se aplican con la ley y con la costumbre, sin perjuicio de que se apliquen, también directamente cuando éstas faltan", (Cfr. "Instituciones de Derecho Civil I, Barcelona 1960, pp. 53 y 54) y GARCIA- VALDECASAS sostiene: "si los principios generales del Derecho, para serlo han tenido que inspirar la legislación y las costumbres jurídicas del país, habrá en rigor, que concluir que los principios generales del Derecho no son una fuente más, que viene después de las otras y que está colocada en tercer lugar, sino que es fuente que está también dentro de las otras. (cit. en "El problema de las fuentes del Derecho". Conferencia en la Universidad de Deusto" 1955, p. 13).

- (36) Ver art. 1.4 del C.C.: "Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".
- (37) La principal diferencia radica en que la equidad no tiene un contenido específico preestablecido, al contrario que los principios generales del Derecho.
- (38) Ver en el ámbito privado entre otros, los arts. 1154 y 1690 del C.C.; el art. 14.2 de la LAU; el art. 16.3 de la LPH y el art. 4.1. de la LA.
- (39) Ver arts. 3.1, 12.3, 44.1, 189, 398.3, 1103, 24.3, 1128, 1255, 1316, 1555 del C.C. También pueden incluirse dentro de estos casos la remisión de la norma jurídica a la discrecionalidad, ya que la equidad es un elemento jurídico de ésta.
- (40) Cfr. MOZOS, J.L. de los: "Metodología ..." cit., pp. 334 y ss.; VILAR BADIA, R.: "La equidad factor de creación judicial del Derecho". P. enero-marzo 1977, p. 79. En relación con una postura que únicamente acepta la equidad interpretativa en el C.C. español se encuentra RUIZ VADILLO, que sostiene que la equidad, dentro del capítulo de elementos intervinientes en la aplicación del Derecho, tiene, "más bien un valor puramente simbólico, puesto que todo lo que la equidad representa tiene perfecto acomodo dentro de los restantes instrumentos colaboradores en general en la tarea interpretativa" (cit. en "La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo Título Pre-

liminar del Código Civil español". D.J. octubre-diciembre 1974, p. 118). Y LOPEZ ALARCON considera que "cuanto más numerosas son las reglas de interpretación, mayor importancia adquiere la equidad, pues todas aquéllas tienen que estar presididas por el equilibrio, la proporción y organicidad que la equidad infunde en todos aquellos inconexos elementos de interpretación en el momento de la aplicación de la norma" (cit. en "La equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil" en D.J., octubre-diciembre 1974, p. 129).

- (41) Donde se establecen las normas relativas a la eficacia y requisitos de las leyes y de otras normas jurídicas, y la propia disciplina del sistema de fuentes del Derecho.
- (42) Cfr. MOZOS, J.L. de los: "Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno", Edit. R.D.P., Madrid 1977, p. 345, a la vez que establece lo dicho a continuación sobre las demás ramas del Derecho.
- (43) Ver arts. 2, 50, y 943 del C. Co.
- (44) Así, el art. 2.2 del C.P. como su máximo exponente; el margen judicial para la fijación de las penas; las indemnizaciones derivadas del delito o falta; y la atenuante genérica establecida en art. 9.10.
- (45) La Exégesis tiene antecedentes en la Glosa que fueron superados por los comentaristas, y aun, más lejanos en su positivismo, en determinadas Escuelas romanas y griegas, que no llegaron a prevalecer. V. los comentarios de algunos de sus principales representantes en LEGAZ LACAMBRA: "Filosofía ..." cit., pp. 96 y ss.
- (46) BONECASSE cita como características de la Escuela de la Exégesis: a) el culto al texto de la ley, b) el predominio de la intención del legislador sobre el alcance literal del texto; c) la doctrina estatista consistente en la proclamación de la omnipotencia de legislador y en la creencia de su infalibilidad; d) el espíritu metafísico; y e) el respeto a las autoridades y precedentes. (Cfr. "L'Ecole de l'exègese en Droit civil", París 1924, pp. 126 y ss.).

- (47) Cfr. HUGO, G.: "Lehrbuch des heutigen römischen Rechts von Geheimen Justizrath Hugo in Göttingen", Berlín 1826; SAVIGNY, F.C. Von: "Sistema de Derecho romano actual", trad. Madrid 1879; id.: "Metodología jurídica" Depalma. Buenos Aires 1979; PUCHTA, J.F.: "Lehrbuch der Pandekten", 1838. Y ver STAMMLER, R.: "El romanticismo en el Derecho" R.D.P. X, 1923, pp. 164 y ss.
- (48) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en el Derecho privado", Reus, Madrid 1947, pp. 84 y ss.; HERNANDEZ GIL, A.: op. cit., pp. 84 y ss.; LARENZ, K.: "Metodología de la Ciencia del Derecho", trad. de E. Gimbernat, Ariel, Barcelona 1966, p. 35.
- (49) Cfr. WINDSCHEID, B.: "Lehrbuch des Pandektenrechts" I, Frankfurt 1882; y en general V. CASTAN TOBEÑAS, J.: "Teoría de la aplicación ..." cit., pp. 89 y ss.
- (50) V. BENTHAM, J.: "Tratados de legislación civil y penal", Madrid 1822; y sobre el tema en concreto V. VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico", Montecorvo, Madrid 1982, pp. 226 y 227.
- (51) Cfr. OLLERO, A.: "Interpretación del Derecho y positivismo legalista". Edersa, Madrid 1982, pp. 16 y ss.
- (52) Cfr. por ejemplo, IHERING, R. von: "La voluntad en la posesión. Con la crítica del método jurídico reinante", trad. de Posada, Madrid 1896, pp. 11 y ss.
- (53) Cfr. EHRLICH, E.: "Lücken in Recht" 1888; id "Freie Rechtsfindung und frage Rechtswissenschaft" 1903. Esta Escuela tiene sus antecedentes en Alemania en algunos pasajes de IHERING, STAMMLER y otros, habiéndose mencionado particularmente a BÜLOW. Además se entiende que tuvo gran influencia la corriente desarrollada en Francia de la libre investigación científica del Derecho, debida a GENY a partir de 1899 (con la publicación de la obra: "Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif", quien sostuvo que el juez que estatuye en vista de casos particulares y respecto de problemas absolutamente concretos debe desprenderse cuando sea posible de toda influencia personal o proveniente de

la situación particular que se le ofrece, fundando su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva (Cfr. GENY: "Méthode ..." cit., pp. 524 y 525). Sin embargo, como es evidente esta teoría no puede ser integrada dentro del apartado que tratamos, sino que se integraría en las posiciones que no admiten la equidad.

- (54) KANTOROWICZ, H.: "Der Kampf um die Rechtswissenschaft", Heidelberg 1906.
- (55) V. HECK, P.: "Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner" 1936; RÜMELIN, M. "Erlebte Wandlungen in Wissenschaft und Leben", Tübingen 1930.
- (56) V. POUND, R.: "Justice according to Law", 1913; id.: "Outlines of Lectures on Jurisprudence", 1914; id.: "The Call for a Realistic Jurisprudence".
- (57) V. JAMES, W.: (Cit. por LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía ..." cit., p. 226); HOLMES, W.O.: "The Path of the Law", 1897. (Sus escritos y opiniones como juez se recogen en el volumen editado por LERNER, M.: "The Mind and Faith of Justice Holmes", New York 1948); CARDOZO, B.N.: "The Nature of the Judicial Process", 1921; LLEWELLYN, K.N.: "Some Realism about Realism", H.L.R.T. 44, 1930, pp. 122 y ss. ; FRANK, J.: "Law and the Modern Mind", 1949; ARNOLD, T.W.: "The Symbols of Government", 1935; GARLAN, E.N.: "Legal Realism and Justice", 1941.
- (58) GROCIO, H.: "De iure belli ac pacis", París 1625; PUFENDORF, S.: "De iure naturae ac gentium", 1672; THOMASIO, C.: "Fundamenta iuris naturae et gentium", 1705; WOLFF, C.: "Ius gentium methodo scientifica pertractatum", 1764.
- (59) Cfr. GALAN, E.: "La Filosofía del Derecho de Emil Lask en relación con el pensamiento contemporáneo y con el clásico", Reus, Madrid 1944, pp. 77 y ss.
- (60) WASSERTROM, R.A.: "The Judicial Decision (Towards a Theory of Legal Justification)", Stanford University Press, 1961.
- (61) El cual llega a reducir el Derecho a la discreción

del juez y surge como forma propia la Escuela del Derecho libre, adaptada a una forma específica, con sus propias raíces, en la naturaleza del Derecho angloamericano y en la literatura jurídica indígena (Cfr. KOKOUREK, A.: "Libre recherche en Amérique" en *Recueil Gény*. t. II, pp. 449 y ss.

- (62) GURVITCH, G.: "L'idée du Droit social". Paris 1932; id. "Théorie pluraliste des sources du Droit positif", A.I.I.P.D. 1934; HUTCHESON, F.: "The Judgment Intuitive; the Function of the "hunch" in Judicial Decision" en *Recueil Geny*, t. II, pp. 531 y ss.; ISAY, H.: "Rechtsnorm und Entscheidung", 1929; DAHN: "Des methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft" en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*", 1937, pp. 217 y ss.
- (63) Este nombre se debe al método crítico utilizado, al proceder por introspección crítica hasta llegar a aquellos conceptos y principios que son inexcusables para someter a unidad y ordenación todas las cuestiones del Derecho concebibles (Cfr. STAMMLER, R.: "Tratado de Filosofía del Derecho", trad. Rocer, Edit. Nacional, Méjico 1980, pp. 12 y ss.
- (64) Esta diferencia corresponde a la de los conceptos puros del Derecho y los condicionados.
- (65) Cfr. SALEILLES, R.: "Etude sur la theorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand". L.G.D.J., Paris 1914. En Francia V. CRUET, J.: "La vie du Droit et l'impuissance des lois", 1908; LAMBERT, E.: "La fonction du Droit civil comparé", 1903; MORNET: "Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civil". En Italia V. DEGNI, F.: "L'interpretazioni della legge", 1909; FERRARA, F.: "Trattato di Diritto civile italiano", t. I, 1921. En Alemania V. KOLHER, J.: "Lehrbuch des bürgerlichen Rechts", t. I, Heymans-Verl., Berlín, 1904.
- (66) CIMBALI, E.: "La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas", trad., Madrid 1893. GABBA: "Prolusione al Corso di Diritto civile", A.G. 1887.
- (67) Cfr. CALDARA, E.: "Interpretazione delle leggi", EGI; HAHN: "Kommentar zum Handelsgesetzbuch"; DUALDE introduce además otra teoría, la finalista que sos-

tiene que "texto" y "fin social" son los dos factores a tener en consideración para la interpretación de las leyes. Es, pues, el fin jurídico del precepto mismo el elemento regulador y determinante de los cambios que experimente acordes con los de la vida (caso de BONNECASE). Nosotros, sin embargo, estudiaremos esta teoría como autónoma, dentro del método positivo-teleológico (Cfr.: op.cit. p. 150).

- (68) Cfr. IHERING, R. principalmente en: "Estudios jurídicos: la lucha por el Derecho. El interés en los contratos. La posesión", Heliasta, Buenos Aires 1974; id.: "El fin en el Derecho", Heliasta, Buenos Aires 1978; V. VANDER EYCKEN: "Méthode positive de l'interprétation juridique".

SEGUNDA PARTE: TIPOLOGIA DE SOLUCIONES
POSIBLES Y CRITERIOS FUNDAMENTADORES DE
DISCRECIONALIDAD Y EQUIDAD
EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE
OBLIGACIONES BILATERALES

CAPITULO V. ASPECTOS GENERALES DE LAS OBLIGACIONES CON
ESPECIAL REFERENCIA A LAS BILATERALES

1. CONCEPTO DE OBLIGACION

1.1. Origen y evolución

Etimológicamente el término obligación proviene de la palabra latina "obligatio" y ésta, a su vez, de "obligare" ("ob" "a causa de", y "ligare" "ligar" o "atar"). Significa, por lo tanto, ligadura, sujeción física, lazo de unión, vínculo por causa de algo (1).

La expresión enunciada constituye como el "substratum" del orden jurídico y, en general, de todas las ciencias sociales; por lo cual se hace precisa la delimitación de la obligación jurídico-privada, que es la que verdaderamente nos interesa, de las demás acepciones existentes.

Sin duda, desde el punto de vista doctrinal el concepto de obligación en el Derecho romano ha servido, como en tantas instituciones jurídicas, de modelo esencial para su elaboración en los autores modernos, siendo inelu-

dible en toda investigación que se precie, el tratamiento de las dos definiciones de "obligatio" legadas por las fuentes romanas:

La primera aparece en las Instituciones de Justiniano en lo relativo a ella existe una gran disputa en torno a su atribución, ya que unos lo hacen a FLORENTINO, los más (2), y otros a JUSTINIANO (3): "Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura" (4), que traducido al castellano significaría: "la obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad". La expresión "solvendae rei" hay que entenderla en el amplio sentido de cualquier prestación. Las palabras "cura nostrae civitatis" aluden al "ius civile", o al "ius populi romani", en contraposición al "ius gentium" (5).

El segundo concepto que se encuentra en el Digesto es debido a PAULO, se trata sobre todo, de una formulación de las características diferenciales de las obligaciones con el derecho real, que describe, con más precisión que el anterior, el contenido y el objeto del vínculo obligatorio, a cuyo tenor se preceptúa: "Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum" (6),

es decir, "la substancia de las obligaciones no consiste en que se haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en que se constriñe a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos alguna cosa".

Con ambas definiciones, al suprimir la última parte inserta en las Instituciones, por tener en cuenta las aportaciones de los juristas del Derecho intermedio, cuidadosos de perfilar los términos mediante la eliminación de la alusión al Derecho civil de los romanos, y gracias a la mejor conformación del contenido de la prestación, se formó una definición más racional que a través de los tiempos se ha ido conservando y aceptando: "Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum", que significa: "la obligación es un vínculo de Derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de dar, hacer o prestar alguna cosa" (7).

1.2. Concepto moderno

Las corrientes doctrinales modernas, se han acogido en este sentido, fundamentalmente, al pensamiento romano, lo cual no quiere decir que no se haya pretendido introducir ninguna innovación con el fin de otorgar a la figura una consideración lo más perfecta posible (8). Ta-

les cambios han sido principalmente tres, a saber.

1. Sustitución de la palabra "vínculo" por la de "relación" en la casi generalidad de los casos, de manera que se entiende la obligación como una relación jurídica (obligatoria) que es un cauce para que las personas puedan realizar actividades de cooperación social y, en concreto, para que les sea posible intercambiar bienes y servicios. Sin embargo, no todas las posturas se desenvuelven de forma uniforme, sino que se han de realizar ciertas matizaciones:

En primer lugar, destaca una postura amplia, comprensiva de la relación jurídica total, en la que se incluyen, entre otros, ALBALADEJO, DIEZ-PICAZO, GULLON, DIAZ PAIRO, GEORGIANNI y RUGGIERO (9).

En segundo lugar aparece la postura que se centra sólo en el lado positivo de la relación obligatoria, o sea la necesidad en que se encuentra constituido el deudor como consecuencia de ella. En este grupo destacan, por ejemplo: SANCHEZ ROMAN, COLIN y CAPITANT y VON TUHR (10).

Y el tercer sentido que se da es el que se refiere, dentro de una visión parcial, a su carácter activo, como es el caso de CLEMENTE DE DIEGO o de ENNECCERUS (11).

2. Se pone en primer término el contenido objetivo o patrimonial de la relación obligatoria, en lugar del subjetivo o personal, proveniente de las Instituciones justinianeanas. Se considera el derecho del acreedor más como una facultad de exigir del deudor una determinada actividad. Como un poderío de adentrarse en el patrimonio del deudor para obtener su satisfacción si es que la otra parte incumple. Esta es la idea que sostienen BRINZ, DEMOGUE, KÖPEN, POLACCO, ROCCO... (12).

Mas algunos autores, como ARIAS RAMOS, RUGGIERO ... (13), no quieren desprenderse del criterio clásico y adoptan una postura mixta: la obligación se compone, según ellos, de un elemento personalista y de otro objetivo.

3. Se resalta el carácter jurídico-privado de la obligación propiamente dicha, pues no toda prestación de cualquier orden integra el objeto propio de la relación obligatoria. Se han de excluir los deberes que se desprendan de un orden general de relaciones de Derecho preestablecidas, línea en la que se pronuncian DERNBURG, DIAZ PAIRO y SANCHEZ ROMAN (14), quien determina como caracteres propios de las relaciones más eventuales y transitorias, denominadas voluntarias o contractuales y, con más exactitud, patrimoniales: representar un interés privado; constituir vínculos de naturaleza transitoria; y poder hacerse efectivos en caso de incumplimiento por un equiva-

lente económico obtenido del patrimonio del deudor.

En conclusión, si recogemos todas las aportaciones innovadoras de las Escuelas modernas atinentes a la obligación, de acuerdo con una posición intermedia entre el objetivismo y el subjetivismo, podemos conceptuar ésta como: "la relación jurídica que permite a una persona, denominada acreedor, el exigir a otra, llamada deudor, para satisfacer un interés privado digno de protección, determinada prestación garantizada con todo el activo patrimonial del obligado para el caso de incumplimiento".

2. CONTENIDO DE LAS OBLIGACIONES: DEUDA Y RESPONSABILIDAD

2.1. Teorías disociadoras

Hasta este momento nos hemos referido al hablar de la obligación como si se tratara de un concepto unitario en el cual la deuda y la responsabilidad se muestran como dos momentos de la misma. Sin embargo, este planteamiento no ha sido igual en todos los períodos de la Historia, señalándose con SCHUPFER las siguientes etapas (15):

1. La responsabilidad nace exclusivamente del delito: los contratos en esta época primitiva o no existían como tales, o no eran origen de responsabilidad, que cual

no quiere decir que la palabra dada no tuviese ningún significado. Como dice CORNIL (16) desde el momento en que se daba un deber incumbía al que había prometido. Toda promesa era débito según el postulado de la "fides", pero su compromiso se constituía como una obligación natural desprovista de toda acción.

2. La responsabilidad nace de la garantía añadida al débito mediante un acto especial: para asegurar el pago que tenía que hacer la persona del deudor, desde antiguo se solía añadir una especial garantía al débito, estableciendo una responsabilidad que por sí sola el débito no podía dar (17).

Esta responsabilidad se asumía por un acto jurídico formal. En Roma nos encontramos con el "nexum", la "fiducia" y la garantía de los terceros, en su forma antigua del "vas" o "praes" y más tarde en la de "sponsor".

3. La responsabilidad nace directamente del "débito". La sustitución de la garantía de terceros por la asumida por el propio deudor que se ha encontrado en el Derecho babilónico, en el griego y en el romano (18), es un fenómeno general que en un principio aparece fugazmente sólo en el caso de que no se encuentre un garante extraño.

Desde el momento que nos ocupa es a partir de cuando se reconoce un débito, que al mismo tiempo se constituye como una obligación, y sólo persiste la necesidad de la garantía como mera forma. Más tarde, se prescindiría, también de la forma quedando la obligación unida al débito directamente, iniciándose, la comprensión de los términos con sus caracteres actuales.

Sin embargo, no todo ha quedado en las variaciones coyunturales descritas, sino que también, en una relación sumamente estrecha con el tema de la naturaleza de las obligaciones, se encuentra la teoría doctrinal correspondiente a la distinción deuda-responsabilidad.

Fue BRINZ (19) quien en 1874 investigando los datos históricos ofrecidos por el Derecho primitivo romano, primero admitió que en aquél se encuentran ambos aspectos diferenciados y contrapuestos. Afirmó que la esencia de la obligación radica tan sólo en la sujeción del patrimonio del deudor al poder del acreedor para la satisfacción de su crédito. El derecho del acreedor no recae sobre un acto del deudor: la prestación, sino sobre su patrimonio. Por lo que la noción que se destaca es la de responsabilidad.

El camino iniciado por los romanistas fué continuado posteriormente por los historiadores del Derecho germánico como es el caso de AMIRA y GIERKE (20) que ba-

sándose en el citado Derecho antiguo sostienen que el hecho de que una persona esté en situación de débito, no quiere decir obligatoriamente que ésta responde por él. Ni porque una persona responda se deduce necesariamente que deba. Es posible que haya una deuda sin responsabilidad una deuda con responsabilidad limitada y una responsabilidad sin deuda.

Estas investigaciones fueron seguidas por otras para demostrar que tal descomposición se encuentra también en el Derecho franco, inglés, griego, asirio-babilónico... GIERKE (21) mantiene que se trata de un fenómeno universal, al ser el débito una relación bilateral, consistente en un deber de prestar y en un deber de recibir.

Por lo que respecta al Derecho español, se advierte la falta de estudios históricos realizados, sólo existe alguna excepción, como es el caso de MAYER (22), quien dice que en el Derecho medieval en un principio ningún vínculo obligatorio se desprendía del mero convenio, originándose sólomente cuando la promesa se reforzaba por la garantía personal, representada por el "obstadium" similar al "nexum", o por la garantía real encarnada en la "wadiation" consistente en una especie de prenda o fianza comprometedora de los bienes del deudor.

En base al Derecho moderno español la distinción

que tratamos ha tenido poca repercusión. Los autores más representativos dentro de esta directriz son PEREZ y ALGUER (23), los cuales intentan explicar la diferenciación entre deuda y responsabilidad a base de la distinción procedente de la teoría pura de KELSEN, de las normas primarias y secundarias: la responsabilidad se encarnaría en una norma primaria que impone la consecuencia coactiva de que el acreedor se satisfaga sobre el patrimonio del deudor utilizando la ejecución forzosa; y el deber del acreedor vendría a plasmarse en una norma secundaria, de tal modo que cumpliendo voluntariamente o realizando la prestación se evitaría el efecto que conlleva la norma primaria.

ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU (24) sostienen la distinción en el sentido de considerar la responsabilidad del deudor y el poder del acreedor como una situación jurídica independiente, de naturaleza instrumental respecto de la relación obligatoria.

Siguiendo a HERNANDEZ GIL (25), las consideraciones críticas que se pueden hacer en su conjunto a esta teoría son:

- Que no puede rechazarse la certeza histórica de la distinción y el esfuerzo realizado para el estudio del concepto de obligación, pero carece de un valor general y

actual para explicar la esencia de la relación obligatoria.

- Que no se ha llegado a conformar como doctrina dominante, y

- Que la posible diferenciación entre deuda y responsabilidad no debe llevar aparejada la necesaria disociación del concepto de obligación. En caso contrario nos encontramos con las posturas que estudiaremos a continuación con sus consiguientes problemas.

2.2. Teorías reduccionistas

2.2.1. La obligación como deber

Los autores que explican la obligación y se atienen en esencia al concepto de deber son los que se centran en el Derecho germánico, extienden sus resultados de forma genérica y elaboran sus ideas sobre una base ética (destacan la persona y la conducta). Al margen de la coacción se centran en los efectos psicológicos recaentes sobre el deudor, puesto que esta tesis parece elaborada en consideración a la persona del obligado y al cumplimiento voluntario.

La construcción que sirve de punto de partida es la que fija el deber de la obligación en el ámbito jurídico -al quedar claro que no tiene un carácter moral, aún cuando el Código los llame obligaciones, siendo una de sus notas principales la de la exigibilidad, aspecto que es desconocido en el deber moral- cuyo contenido es el siguiente: La idea de deber jurídico es mucho más amplia que la de la obligación, existen deberes jurídicos como consecuencia de la simple convivencia social, y siempre que hay un derecho subjetivo, frente a él se configuran una serie de deberes que vienen a determinar el contenido de aquel derecho.

La obligación que es objeto de estudio es algo más que un deber jurídico porque todas las obligaciones son deberes jurídicos, pero no todos los deberes jurídicos son obligaciones en sentido específico. Cuando nos referimos a dicha voz estamos expresando el directo sometimiento a las normas, mientras que a través de aquellos, ese sometimiento se traduce en un concreto deber de conducta -por parte del deudor- hacia el acreedor. Esto significa que una persona (sujeto activo de la relación) puede exigir a otra (sujeto pasivo) una determinada prestación, relación que ha de nacer por hechos o por actos aislados, dependientes de una voluntad libre o de una atribución especial de responsabilidad y cuya finalidad se extingue cuando el deudor lleva a cabo la prestación contenida en el "debi-

tum" (26). De lo que se desprende:

a) Que el deber jurídico contenido en una relación obligatoria se configura como "deuda".

b) Que tal deuda se encuentra unida al derecho subjetivo que corresponde al deber en concreto, el cual se constituye en "crédito".

c) Que el deber que se trata se configura como un "deber de prestación", por lo que el deber se contrae en un comportamiento determinado del sujeto.

d) Que explica por sí sola la relación que existe entre dos personas, sin que sea consecuencia del "status" o de la relación personal (27).

e) Que de manera preponderante es resultado de la libertad humana o de la imposición correctiva de la responsabilidad civil.

f) Que la prestación a la que se refiere el deber ha de ser susceptible de una valoración económica (28).

Se puede afirmar que no puede prescindirse del "debitum", ni minimizarse su significado. La obligación es siempre deber y la posibilidad de que en determinados ca-

sos no se cumpla el deber de prestación no trae consigo su irrelevancia, lo que importa es su existencia misma. Y en la obligación es, precisamente, donde se muestra más acusadamente que en otras figuras jurídicas, porque no se determina sólo en el sentido de deber observar la norma, sino en el más específico que, bajo la vigencia de ésta, un sujeto lleva a cabo un comportamiento en interés de otro.

De esta forma se mantiene que el deber, en cuanto comportamiento, se desdobra en dos aspectos: el primero de ellos consiste en su contenido estricto, es decir, en una conducta concreta; y el segundo significa que ha de realizarse de acuerdo a unas normas generales de conducta, representadas principalmente por la diligencia (art. 1104) y la buena fe (art. 1258) (29).

2.2.1. La obligación como responsabilidad

La teoría que sustenta la obligación como responsabilidad es la que en sentido contrario de la anterior enfoca su atención en el Derecho romano y aplica igualmente sus conclusiones a los ordenamientos modernos. Se caracteriza por la naturaleza eminentemente económica, en la que destaca el patrimonio y el resultado, acomodando el concepto de obligación a los efectos jurídicos que son producto de la coacción. Su elaboración se fija en la per-

sona del acreedor y en los poderes de actuación que le corresponden.

Esta posición se sintetiza diciendo que el hecho de que la obligación sea sobre todo deber, no quiere decir que lo sea únicamente. Su concepto fundamental gira en torno al sometimiento del patrimonio del deudor al poder del acreedor basado, este último, a su vez, en la puesta en marcha de la coacción. La posición del deudor queda relegada a tolerar que el acreedor satisfaga su interés realizándolo su derecho de crédito.

Tal responsabilidad se halla constituida por las consecuencias jurídicas a las que está sometido el deudor en base al deber que tiene con respecto al acreedor. Este requiere una cooperación que puede faltar, pues la posibilidad material tanto de no cumplir como de realizar cualquier acto contrario a Derecho, no puede servir para que se considere como jurídicamente no debida la prestación de la que se trate.

Por lo tanto, la responsabilidad no tiene solamente un contenido económico, ello produciría una simplificación de lo que realmente es. Responsabilidad y ejecución forzosa en gran parte coinciden, pero en cierto modo la primera sobrepasa a la segunda, ya que la ejecución forzosa requiere el incumplimiento del deber, la interven-

ción judicial y la imposición coactiva de la obligación. Sin embargo, la responsabilidad puede tener una proyección judicial que no consista en el mantenimiento de la obligación, sino en su resolución (30).

La crítica que podemos hacer tanto a la teoría que contempla sólo el deber como a la que se ocupa únicamente de la responsabilidad es que ambas resultan insuficientes, parten de una visión incompleta de la realidad jurídica, y no tienen cabida en la estructuración del Derecho actual aunque lo pudieran tener en el Derecho histórico.

Actualmente, por el contrario, la coacción incide más intensamente sobre el deudor, ya que es exigible y realizable la misma prestación debida, resultando muy debilitado el ámbito del deber -en el que rige la voluntad- y el de la responsabilidad -en el que impera la fuerza judicial- (31).

2.3. Teoría integradora

La dirección que concibe la deuda y la responsabilidad como dos elementos propios de la obligación es la teoría mayoritaria en la actualidad, con lo que se salvan los inconvenientes vistos anteriormente, al entender ambos

como dos ingredientes institucionales de aquella, que no constituyen relaciones jurídicas, autónomas y distintas, puesto que si se parte de la base de que la obligación es siempre por un deber, la posibilidad de que en determinados casos no se cumpla el "debitum" de prestación no trae consigo la irrelevancia del mismo, lo que importa es su existencia. Pero el que la obligación sea esencialmente deber no quiere decir que lo sea únicamente, la reponsabilidad sólo encuentra su justificación a través de la idea previa de deber jurídico, se es responsable porque se debe o se ha debido hacer algo.

No existe responsabilidad sin previo deber, y un deber que quiera ser calificado como jurídico constituye bajo una u otra forma un supuesto de reponsabilidad (32). Las dos nociones son inseparables al ser esenciales al concepto de vínculo jurídico, y al disociar aquellas se destruye éste; si bien se exponen casos de:

- Responsabilidad sin débito actual: como es la fianza y la prenda por deudas condicionales o futuras (arts. 1825 y 1865 del C.C.).

- Responsabilidad de cosa sin débito del propietario de ella: cuando la prenda o hipoteca se constituyen por tercera persona extraña a la obligación principal (art. 1857.2).

- Débitos de responsabilidad limitada: en este grupo se han ofrecido ejemplos que pueden clasificarse por la limitación a la afección de bienes del deudor, originándose una responsabilidad que no abarca la totalidad del débito, como ocurre con la limitación de la deuda "in complexu", y la extinción de una obligación en cierto sentido real mediante el llamado "abandono liberatorio".

- Débitos sin responsabilidad: en el que se incluyen las obligaciones naturales, las modales, o aquellas que no manifiestan su eficacia jurídica más que por determinados efectos, como la irrevocabilidad del pago voluntario.

Lo cierto es que todo ello es insuficiente. En el primer apartado lo que hay realmente es un estadio precedente de la responsabilidad, no ésta estrictamente; en el segundo se ha de negar que pueda hablarse de responsabilidad de cosa sin débito personal, a la vez que no pueden existir supuestos de responsabilidad personal sin propio débito; en el tercero ninguno de las hipótesis supone limitación de la responsabilidad en relación de la cuantía del débito, no modificándose el concepto clásico de obligación, pues no deja de haber una relación jurídica provista de sanción; y en el cuarto en relación a las obligaciones naturales, es cierto que no existe responsabilidad,

pero tampoco hay débito, y la admisión de las obligaciones modales descansa sobre una visión muy restringida de la responsabilidad.

Por lo cual, sin la comprensión de la responsabilidad en su significación rigurosa de necesidad jurídica de que el incumplimiento del sujeto pasivo no quede sin sanción, habiendo de consistir en la satisfacción del acreedor a cosa del deudor, el vínculo no sería jurídico, sino social o de otra naturaleza.

En definitiva, las exclusiones o limitaciones legales o convencionales no suponen ninguna excepción a la inseparabilidad de los dos elementos tratados, sino simple alteración o modalización cuantitativa, cualitativa o de titularidad de los bienes afectos (33).

Como bien dice PUIG BRUTAU (34), la normal relación obligatoria no puede quedar reducida a una situación de responsabilidad patrimonial sin obligación personal y tampoco cabe señalar verdaderas obligaciones en las que exista una deuda personal sin responsabilidad patrimonial.

En síntesis, deuda y responsabilidad son dos aspectos de un mismo fenómeno, su distinción puede enriquecernos aportándonos ideas fecundas sobre el tema pero no debe ser sacada de sus límites racionales y lógicos (35).

3. EXAMEN DE LAS OBLIGACIONES BILATERALES

3.1. Delimitación conceptual

3.1.1. Antecedentes

El concepto de la bilateralidad tiene una larga evolución. El origen de la distinción entre obligaciones bilaterales y unilaterales se encuentra en el período clásico del Derecho romano, en el sistema de contratar en general, y en el seno de los contratos consensuales en particular, que daban lugar por el simple consentimiento a obligaciones recíprocas, como significado de simetría y contraposición, no interdependencia o causalidad mutua. Posteriormente, los compiladores justinianos harían que la expresión griega "synalagma" pasara a ser un atributo de los contratos innominados que eran de suyo bilaterales, para asentar en la interdependencia de las obligaciones su fuerza vinculante (36).

Este diferente modo de entender es el que se impondría y desarrollaría en el Derecho intermedio, sobre todo por los decretalistas medievales, concibiéndose la bilateralidad como un cambio de prestaciones asentadas en la buena fe ("fides non servanda est ei qui frangit fi-

dem") (37). Sostuvieron, por tanto, que la esencia de los contratos innominados residía en el "synalagma", consistente en el principio de interdependencia entre las prestaciones; y aplicada esta doctrina a los contratos consensuales por su asimilación a los innominados, desaparecería la vieja idea romana de la consensualidad productora de obligaciones y acciones autónomas (38).

A finales de s. XVII las ideas que desde el XIII al XVI elaboró el Derecho canónico se erigirían como principios dogmáticos. DOMAT confundió los términos reciprocidad, interdependencia y "synalagma" (39) siendo esta concepción la predominante tanto en la pandectística como en la codificación.

El "Code Civil" francés (art. 1102) entiende que la bilateralidad consiste en engendrar obligaciones recíprocas e interdependientes que se sirven mutuamente de causa (40); y el "Codice Civile" italiano de 1865 derogado (art. 1099) afirmó que una obligación está en función de la otra, que los cumplimientos han de ser simultáneos y que el incumplimiento de una parte justifica la paralización del cumplimiento de la otra (41):

3.1.2. Posición de la doctrina en relación con el ordenamiento jurídico español vigente

El tema examinado se complica enormemente en el C.C. patrio al no llevarse a cabo la substanciación de las obligaciones bilaterales de manera orgánica y sistemática y no utilizar un lenguaje ni riguroso ni preciso, careciendo de unidad terminológica: el último párrafo del art. 1100, a propósito de la mora, se refiere a las obligaciones recíprocas; el art. 1120 al diferenciar las obligaciones unilaterales de las bilaterales dice que éstas imponen "recíprocas prestaciones" a los interesados; el art. 1124 habla de la facultad de resolver las obligaciones, que está "implícita en las recíprocas"; el art. 1274 dictamina que en "los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte"; el art. 1289 prescribe la mayor reciprocidad de intereses que en la duda hade procurarse en los contratos onerosos.

A pesar de ello podemos realizar una conceptualización por medio de un esfuerzo de abstracción de las construcciones doctrinales llevadas a cabo, obteniendo a tal efecto que se trata de un sistema de alteridad y reciprocidad dado sobre la pluralidad de vínculos en el que cada uno de los sujetos de la relación se hace prometer una prestación, y promete otra a título de contrapartida de aquella (42). De lo que acabamos de decir se desprende que los requisitos esenciales que han de reunir las obligacio-

nes bilaterales, para que sean entendidas como tales, según la corriente más extendida son:

1. Que las pertenecientes a ambas partes deriven de un título unitario y común. No quedan ligados, así, por una obligación específicamente bilateral quienes sean acreedores y deudores entre sí por coincidir en ellos derechos de crédito provenientes de figuras jurídicas independientes como es el caso, dice PUIG PEÑA (43), de que "A puede ser acreedor de B en 1000 pesetas a razón de un préstamo, y después el primero resulta ser deudor del segundo por daños causados en su propiedad".

2. La existencia de una pluralidad de vínculos, ya que en caso contrario nos encontraríamos con una obligación unilateral, o relación establecida entre dos personas, de las cuales una de ellas ostenta sólo derechos y la otra los deberes correlativos a tales derechos, es decir, que al existir únicamente un vínculo jurídico obligatorio una persona se obliga respecto de otra, sin que esta asuma obligación alguna (44).

3. Que todas las obligaciones sean las unas causas de las otras, y se hallen los vínculos entrelazados de tal manera que no sólo se establezcan prestaciones a cargo de una de las partes, sino que las prestaciones de cada una de ellas estén condicionadas (45).

4. Que se establezcan las obligaciones a cargo de ambas partes produciéndose la reciprocidad en el cumplimiento, de modo que se constituyan cada una de aquellas en acreedora y deudora a la vez de la contraria.

5. Que cada una de las prestaciones haya sido querida como equivalente de la otra, lo cual se relaciona con la idea de la causa. Esta figura ha ido especializándose como un medio de delimitar la esfera de la autonomía de la voluntad y evitar que la protección jurídica se ponga al servicio de algo que repugna a la conciencia social (46).

Lo manifestado expresa que nos encontramos ante una concepción estrecha e inexacta de la bilateralidad desde el punto de vista histórico equiparadora de la reciprocidad y el "synalagma". Por cuanto, además de la existencia dual de las obligaciones, considera que la nota de interdependencia de las mismas es un elemento esencial de su estructura típica.

Según lo expuesto queda excluida la bilateralidad en sentido propio en los siguientes supuestos:

a) Las obligaciones bilaterales imperfectas o "ex facto", que son aquellas que aparecen en un principio como

unilaterales, y en virtud de un hecho posterior a su creación y anterior a acaecer su extinción, el acreedor puede quedar obligado frente al deudor y éste, por tanto, adquirir la cualidad accesoria del acreedor en razón de las prestaciones secundarias nacias a su favor. La causa de la exclusión dicha se encuentra en que la obligación nueva tiene distinto origen que la antigua, y es de esencia en la bilateralidad que las obligaciones procedan de un sólo acto. Este es el caso del mandato, el depósito gratuito y el comodato (47)

b) Las obligaciones nacidas del contrato de sociedad, debido a que las pertenecientes a las diversas partes no se encuentran condicionadas propiamente entre sí. No aparecen como valores independientes ni equivalentes, sino que actúan de forma convergente hacia una finalidad común (48).

c) Ciertas obligaciones en las que las prestaciones que aparecen frente a frente no miran a su realización por las dos partes. El "alea" es la verdadera causa y se dirigen a la ganancia de una parte a costa de la otra. Así, que la producción del mismo resultado significa de un lado una "existens conditio" y, de otra, una "deficiens conditio", como ocurre con el juego, o la apuesta (49).

3.2. Clases

Existen pocas clasificaciones destinadas a realizar una sistematización de las obligaciones bilaterales, y las que poseemos difieren unas de otras en ciertos puntos en los que la doctrina no ha sido unánime (50). Por lo que para simplificar y aclarar la situación nos centraremos en un triple criterio:

1. Según el origen, y conforme a las fuentes formales de las obligaciones en general (51) aparecen:

- Las legales o involuntarias, cuya fuerza deriva directamente de los hechos y actos de los que el ordenamiento positivo deduce cierta eficacia obligatoria (52). Estas se dividen, a su vez, de acuerdo con el tipo de relación regulativa en la que se integran, en civiles y mercantiles.

- Las precontractuales, contractuales o voluntarias, nacidas de la voluntad particular de los sujetos activos y pasivos (53).

2. Según el contenido objetivo se distinguen entre:

- Obligaciones en las que cada una de las par-

tes han de entregarse una cosa, sin que intervenga la entrega de dinero por ninguna de ellas. El único ejemplo aducible en este sentido es el de las obligaciones que emanan del contrato de permuta (54).

- Obligaciones con prestación de dinero por una de las partes, la cual puede constituirse funcionalmente como precio (la compra-venta es el caso más típico) o renta (el arrendamiento, subarrendamiento ...), en contrapartida de la entrega de una cosa.

- Obligaciones en las que las prestaciones de ambas partes consisten en dinero; supuesto que sólo tiene sentido en el caso de que haya un intercambio de monedas nacionales (dinero conforme a su significado estricto) por extranjeras (significado amplio) y viceversa (55)

- Obligaciones garantizadas o no accesoriamen-
te por medio de fianza, hipoteca, prenda, anticresis, u otro tipo de fórmula derivada de la voluntad de los sujetos activo y pasivo que otorguen una especial confianza en el supuesto concreto de que se trate, asegurando su cumplimiento al acreedor si es que se establece su existencia.

3. Según el tiempo del cumplimiento, aunque este debe ser simultáneo en las obligaciones bilaterales, salvo

ciertas excepciones, podemos diferenciar:

- Las obligaciones fijas, en las que el momento (fecha o período) del cumplimiento se constituye como esencial o imperioso, pues en caso de haber retraso no se podrá ya satisfacer los intereses de la parte contraria (56).

- Las obligaciones puras, exigibles desde luego, que no están sujetas a circunstancia alguna que limite sus efectos; las condicionales, cuya eficacia depende de que se cumpla o no la condición, según sea suspensiva o resolutoria; y los que son a plazo (o a término) dependiente su virtualidad, para que comiencen o cesen sus efectos, de la llegada o del vencimiento del plazo o término (57).

- Las obligaciones de tracto único en las que la prestación se agota en sólo un acto o en varios aislados; y las de tracto sucesivo, que imponen al deudor la prestación de una conducta permanente (de tracto continuo), o bien la realización de actos reiterados durante cierto tiempo (de tracto periódico) (58), considerándose la obligación sólo cumplida con la de todas y cada una de las prestaciones parciales.

3.3. Ideas estructuradoras de la bilateralidad "stricto sensu"

Para dar una visión más clarificadora y completa de la delimitación conceptual analizada es conveniente distinguir en la estructura de la bilateralidad una serie de nociones conformadoras de la misma, de otras que están muy próximas, pero que permanecen ajenas a ella, aunque hayan sido mal interpretadas y valoradas en algunas ocasiones como parte constitutiva de tal sistema estructural. A estos efectos podemos distinguir, siguiendo a ALONSO PEREZ, a SANCHEZ DE LA TORRE y a VATTIER (59), entre:

1. Bilateralidad formal (o actual) y material (o potencial): El primer aspecto surge explícitamente a través de los actos declarativos; el segundo se manifiesta implícitamente a través de los intereses afectados (60).

En efecto, la bilateralidad formal se muestra referida al número de declaraciones de voluntad, que han concurrido a su formación y perfeccionamiento, y desde un punto de vista causal, lo puede ser cuando son dos las declaraciones que concurren a su formación, por lo que se suele designar como bilateralidad subjetiva, genérica, terminológica o genética, de índole cuantitativa. En cambio, la material se refiere al contenido obligatorio del mismo, y tiene carácter efectual siempre que genere obli-

gaciones bilaterales a cargo de cada una de las partes obligadas. Su designación suele ser la de objetiva, específica, sustantiva o ejecutiva de naturaleza cualitativa (61).

Por consiguiente, es claro que la bilateralidad que nos interesa es la material, al ser la única que alude al fenómeno de dualidad de obligaciones (62).

2. Bilateralidad genética y funcional: Como sabemos la distinción entre "synalagma genético" y "funcional" se presenta imbricada con la teoría de la causa, y presenta todos los antecedentes remotos que ella implica. Pero, sería la doctrina alemana de mediados de siglo pasado la que diera la distinción entre "genestische Abhängigkeit" y "funktionale Abhängigkeit" su configuración actual a propósito del contrato de compra-venta (63).

La idea de "synalagma genético" significa que en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación (64). Por su parte, el "synalagma funcional" entiende que ambos deberes de prestación funcionalmente enlazados deben cumplirse simultáneamente. La regla de la prestación simultánea aparece, así, como una consecuencia inmediata de la interdependencia funcional

(65).

Ambas categorías son predicables, en principio del concepto de bilateralidad (66), pues no hay ningún motivo para que la correlación de las obligaciones se limite al momento inicial o causal, sino que sus efectos típicos se extienden también al momento efectual, posterior de ejecución y cumplimiento del programa obligatorio (67).

3. La causa de la bilateralidad: Dos corrientes fundamentales se han destacado para establecer la causa de las relaciones jurídicas bilaterales, la tradicional que indaga la "ratio" o justificación causal de las obligaciones que engendra (la causa de la obligación), y la más moderna que sitúa la causa en el momento que tiene lugar el desplazamiento patrimonial a que el precepto legal o el acuerdo de las partes se encamina como última finalidad (causa de la atribución), teniendo de común la ausencia de una idea nítida de la bilateralidad en la que se engloban elementos de la onerosidad (68).

Mas la causa de la bilateralidad debe integrar una noción de carácter unitario y permanente. Para ello es necesario tener en cuenta que estas relaciones jurídicas suponen obligaciones correlativas y que la obligación es un vínculo que liga a un comportamiento (prestación), sustanciándose dicho comportamiento en un contenido patrimo-

nial: dar alguna cosa o prestar algún servicio. De esta manera la causa analizada se agota en la idea de correlación a título de contrapartida en que las obligaciones se encuentran residiendo en la finalidad económica que da razón de ser e impulsa, la vinculación de las partes, para llevar a cabo correlativamente el desplazamiento de bienes o las prestaciones de servicios (69).

4. Bilateralidad y onerosidad: En realidad la tendencia a su equiparación carece de raigambre histórica -es en la segunda mitad del siglo pasado cuando hace su aparición en Alemania- y presenta un carácter esporádico, ya que aunque están relacionados por un nexo de género a especie, el género es la onerosidad y la especie la bilateralidad, siendo los criterios que rigen una y otra muy diversos entre sí. Coexisten en muchas figuras, pero no se confunden jamás al informar su naturaleza. La onerosidad juega con las ideas de proporcionalidad entre atribuciones patrimoniales, compensación de sacrificios y ventajas, equilibrio en los desplazamientos patrimoniales. La bilateralidad nada tiene que ver con estos caracteres y se sustancia en las ideas de correlación de obligaciones, contrapartida de vínculos obligatorios, y armonía recíproca en el comportamiento de los obligados. La característica esencial de la bilateralidad es la armonía en la génesis y funcionamiento de las obligaciones, mientras que la onerosidad procura el simple cambio de atribuciones en si-

tuación de equilibrio y su actuación cobra especial relieve no a la hora de obligarse, sino cuando tiene lugar el cambio de bienes y servicios (70).

5. Bilateralidad y "corrispettività" del Derecho italiano. Este vocablo no puede ser traducido al castellano como reciprocidad de la onerosidad que no coincide con la estructura de la bilateralidad, entendida en el sentido amplio como simple correlatividad, ni se corresponde tampoco con la figura típica que nuestro Derecho positivo conoce como obligaciones recíprocas.

Se ha discutido si en el nuevo "Código" de 1942 la "corrispettività" ha instituido la bilateralidad o no, siendo la postura que mantiene la coexistencia de las dos la que parece prevalecer, diferenciándose en que la correspectividad implica un elemento sin el cual no existe la nota de interdependencia y presenta un cuadro de prestaciones mutuamente condicionadas; mientras que la bilateralidad, en cambio, se agota, en la simple dualidad correlativa de las obligaciones (71).

Por lo que se sostiene una concepción extensa de la última que es perfectamente aplicable al Derecho español.

6. Reciprocidad y correlatividad: En nuestro De-

recho positivo tanto un término como el otro son sinónimos e intercambiables, radicando en ellos el único elemento esencial de la bilateralidad. La reciprocidad de las obligaciones bilaterales supone correlación entre las mismas, no mutua causalidad e interdependencia. Aquella nace de la necesidad de satisfacer intereses opuestos o, al menos diferentes, que obedecen a distinta finalidad y a un paralelismo que desaparece cuando se opera el cambio.

Esta estructura se presenta cuando cada contratante busca un interés con independencia del otro. No es que una obligación esté en función de la otra, dependiente mutuamente en situación indisoluble, sino que simplemente representan intereses heterogéneos y se trata de satisfacerlos mediante el cambio: cada parte presta una "aliquid" distinto del que recibe.

En consecuencia, la expresión "reciprocidad" explícita en el art. 1124 del C.C. es válida sólomente si con ella se hace referencia a "correlación", entendida como lazo que se establece en perfecta simetría y a modo de contrapartida entre las obligaciones (72).

3.4. Efectos

Las obligaciones bilaterales por la peculiaridad

de su estructura y de su naturaleza, derivadas del vínculo de reciprocidad que liga a las respectivas prestaciones de las partes, producen efectos singulares en relación con las demás obligaciones, éstas son:

1. El denominado principio de cumplimiento simultáneo: conforme a que la prestación de una de las partes está condicionada por la actividad de la otra, se plantea la cuestión de determinar quién es la que primero debe cumplir con su obligación para que la otra tenga que realizar la suya. Pues bien, si no se establece otra cosa en la ley, o en el contrato, ni se deduce de los usos sociales o comerciales, se ha de mantener que ambas prestaciones deberán realizarse simultáneamente.

Así, si una de las partes que no ha cumplido reclama de la otra su cumplimiento respectivo, ésta puede alegar la excepción de contrato incumplido ("exceptio non adimpleti contractus") en virtud de la cual puede resistirse mientras la otra no materialice su obligación. Esta idea aún sin estar preceptuada normativamente se desprende de los arts. 1100, último párrafo, 1124, 1138 y 1466 del C.C. (73).

Junto a la citada excepción le asiste al demandado la "exceptio non rite adimpleti contractus" cuando el acreedor sólo ha cumplido, en parte o de modo defectuo-

so, su prestación, lo que se infiere en deducción de los arts. 1100 último párrafo, 1101, 1154 y 1157 (74).

De este modo, el demandado no tendrá que probar ninguna de las dos excepciones, pues surgen de la misma esencia de la obligación bilateral y al negar el cumplimiento del demandante, o afirmar el parcial o defectuoso, tendrá que contraponer el cumplimiento de su propia obligación, según se desprende del art. 1214 del C.C. (75).

2. La "compensatio mora": surge como consecuencia de la regla de simultaneidad indicada, y en su virtud "en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurrir en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe" (art. 1100 del C.C.).

De acuerdo con que el demandado tiene a su favor la excepción de contrato incumplido, falta el requisito de la exigibilidad y, por ello, no nacerá la mora hasta que el reclamante cumpla con su obligación, con arreglo al art. 1100 último apartado, que dispone: "... desde que uno de los obligados cumple su obligación empieza la mora para el otro".

La doctrina durante mucho tiempo dio por suelta la innecesidad de intimación en las obligaciones

recíprocas, manifestándose en los años sesenta algunas opiniones dubitativas o contrarias. Sin embargo, ALBALADEJO ha defendido la opinión, posteriormente secundada por numerosos autores de que lo expuesto no significa que en las obligaciones tratadas no haga falta requerimiento, pues se debe poner en relación el último párrafo con los dos precedentes, sino que llegado el momento del cumplimiento para incurrir en mora su deudor, no basta el requerimiento (que prevé la primera parte del artículo en cuestión) o la simple llegada del momento de cumplir (según la segunda parte), además es necesario que el acreedor cumpla o se allane a cumplir, y si todavía no lo ha hecho cuando lo haga comenzará la mora para aquél (76).

3. La resolución en caso de incumplimiento de una de las partes: este efecto, tras una larga evolución histórica, hoy es reconocido universalmente y está consagrado en nuestro C.C., a modo de facultad prevista en el art. 1124, que será estudiada a la hora de ocuparnos del contenido de este precepto.

4. La especial teoría de los riesgos: en las obligaciones unilaterales, si la cosa perece sin culpa del deudor, sufre el riesgo el acreedor. Por el contrario, en las bilaterales rige una regla establecida por la doctrina científica en el sentido de que cuando una de las partes por caso fortuito o fuerza mayor está en la imposibilidad

de cumplir, la otra se encuentra liberada de su prestación.

Esta regla se reconoce en el Código alemán, pero tiene importantes excepciones en las legislaciones que siguen las huellas del Derecho romano, el cual estableció en la compra-venta y en los demás contratos de enajenación que el riesgo lo sufría el comprador, quien tenía que pagar el precio aún cuando el vendedor, por imposibilidad fortuita, se liberase de su deber de entregar la cosa.

Tal noción en España se intenta fundamentar en el art. 1124 del C.C., en los principios sobre el enriquecimiento sin causa y en el concepto de causa en los contratos onerosos. Pero, ésto ha sido duramente criticado por algunos sectores, y ha de ser entendido en nuestro Derecho sin perjuicio de los preceptos especiales que regulan determinadas obligaciones y, particularmente, las relativas a la compra-venta (77).

NOTAS

- (1) Cfr. CASTAN TOBENAS, J.: "Derecho civil español común y foral", t. III. Reus, Madrid 1986, p. 42, el cual traduce "ob" por "alrededor"; y PUIG PEÑA, F.: "Tratado de Derecho civil español", t. IV, vol. I, Edit. R.D.P., Madrid 1958, p. 25.
- (2) Cfr. FERRINI, C.: "Opere" 2, Milano 1929-1930, p. 385.
- (3) Cfr. ALBERTARIO, E.: "Studi di Diritto romano" 3, Milano 1933, pp. 1 y ss.; SCHULZ, F.: "Prinzipien des Römischen Rechts". Dunker et Humblot, Berlin 1954, p. 32.
- (4) Cfr. Inst. 3, 13, pr.
- (5) V. CUGIA, S.: "Acceptitatio solutioni comparatur", Napoli 1924, p. 27. También ALBERTARIO: op.cit. 3, p. 7.
- (6) D. 44, 7, 3.
- (7) V. ALBERTARIO: op.cit. 3, pp. 1 y ss.
- (8) V. ALBALADEJO, M.: "Derecho civil", t. II, vol. 1, Bosch, Barcelona 1983; BARASSI, L.: "Teoria generale delle obbligazioni", Milano 1946; BAUDRY-LACANTINERIE, y BARDE: "Des Obligations" en el "Traité théorique et pratique de Droit Civil"; BETTI, E.: "Teoría general de las obligaciones, vol. II, trad. J.L. de los Mozos, Edit. R.D.P., Madrid 1969; BUEN, D. de: "Introducción al Estado del Derecho civil", Madrid 1932; CASTRO y BRAVO, F. de: "Derecho civil de España", Civitas, Madrid 1984; CLEMENTE DE DIEGO, F.: "Instituciones de Derecho civil Español", t. II, Madrid 1959; COLIN, A. y CAPITANT; H.: "Curso elemental de Derecho Civil", t. III, trad., notas de De Buen y Batlle, Reus, Madrid 1960; CASTAN TOBENAS, J.: "Derecho Civil español común y foral", t. III, Reus, Madrid 1986; CRISTOBAL MONTES, A.: "Estudios

de Derecho de Obligaciones", Librería General, Zaragoza 1985; COSSIO, A.: "Instituciones de Derecho Civil", t. I, Civitas, Madrid 1986; DIEZ-PICAZO, L.: "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Tecnos, Madrid 1986; id. y GULLON BALLESTEROS, A.: "Sistema de Derecho Civil", vol. II, Tecnos, Madrid 1982; ENNECCERUS, L-LEHMANN, H.: "Derecho de obligaciones", trad., notas de Pérez González y Alguer, t. II, vol. 1, Barcelona 1954; ESPIN, D.: "Manual de Derecho Civil español", t. III, Edit. R.P.D., Madrid 1983; GIORGI, J.: "Teoría de las Obligaciones en el Derecho moderno", trad. Reus, Madrid 1909, GIORGIANNI; M.: "La Obligación", trad., Barcelona 1958; HERNANDEZ GIL, A.: "Derecho de Obligaciones", t. III de sus Obras Completas, España Calpe, Madrid 1988; LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Elementos de Derecho Civil", t. II, vol. 1, Bosch, Barcelona 1985; LARENZ, K.: "Derecho de Obligaciones", trad. Santos Briz, t. I, Edit. R.D.P., Madrid 1958; MARTY, G.: "Teoría general de las Obligaciones", trad., 2 vols., Puebla (Méjico) 1952; MAZEAUD, J. y JUGLART, M.: "Obligations. Théorie générale", en "Leçons de Droit Civil", Montchrestein, París 1978, MESSINEO, F.: "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", vol. III, Giuffrè, Milano 1959, NICOLO, R.: "Istituzioni di Diritto privato", vol. I, Giuffrè, Milano 1962; OSSORIO MORALES, J.: "Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos. Parte general", Granada 1956; PLANIOL, M.: "Traité élémentaire de Droit Civil", t. II, L.G.D.J., París 1957, POLACCO, V.: "Le obbligazioni Nel Diritto Civile italiano". Athenaeum, Roma 1914; PUIG BRUTAU, J.: "Fundamentos de Derecho Civil", t. I, vol. 2, Bosch, Barcelona 1978; PUIG PEÑA, F.: "Tratado de Derecho Civil español", t. IV, vol. 1, Edit. R.D.P., Madrid 1958, RIPERT, G-BOULANGER, J.: "Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol", t. II, L.G.D.J., París 1958; ROCA SASTRE, R.: "Estudios de Derecho privado", t. I, vol. 1, Edit. R.D.P., Madrid 1958; RODRIGUEZ-ARIAS, L.: "Derecho de Obligaciones", Edit. R.D.P., Madrid 1965; RUGGIERO, C.: "Instituciones de Derecho Civil", trad. t. II, Reus, Madrid 1929; RUIZ VADILLO, E.: "Derecho Civil", Edit. Ochoa, Logroño 1988-1989; SANCHEZ ROMAN, F.: "Estudios de Derecho Civil e Historia General de la legislación española", Madrid 1899; SANTOS BRIZ, J.: "Derecho Civil. Teoría y práctica", t. III, Edit. R.D.P., Madrid 1975; STOLFI, G.: "Delle obbligazioni", Napoli 1949; TUHR A. von: "Tratado de las Obligaciones", trad. Roces, t. I, Reus, Madrid 1934; VALVERDE, C.: "Tratado de Derecho Civil español", t. III, Valladolid 1935-1939, VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Estudios varios sobre Obligaciones, Contratos, Empresas y Sociedades", Montecorvo, Madrid 1980.

- (9) Cfr. ALBALADEJO, M.: "Derecho Civil ..." cit. t. II, vol. 1, p. 13; DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema ..." cit., vol. II, p. 131, DIAZ PAIRÓ, A.: "Teoría general de las Obligaciones", La Habana 1948, p. 12, GIORGIANNI, M.: op. cit., p. 135; RUGGIERO, C.: op. cit., t. I, p. 1.
- (10) Cfr. SANCHEZ ROMAN, F.: op. cit., t. IV, p. 5; COLIN, A. y CAPITANT, H.: op. cit., t. III, p. 5; TUHR, A. von: op. cit., t. I, p. 1.
- (11) Cfr. CLEMENTE DE DIEGO, F.: op. cit., t. II, p. 8; ENNECCERUS, L.-LEHMANN, H.: op. cit., t. II, vol. 1, p. 1. Terminado el estudio de la catalogación descrita, la valoración final que cabe hacer de la terminología utilizada es negativa por su falta de adecuación; ya que si "vínculo" destaca en primer plano el aspecto de sujeción o deuda, no debería modificarse porque tampoco es absolutamente correcta la palabra "relación" más que para las que siguen la primera directriz, omitiéndose por algunos autores que siguen la tercera posición, como es el caso de ENNECCERUS (Cfr. ESPIN CANOVAS, D.: op. cit., vol. III, p. 10).
- (12) Cfr. BRINZ: "Pandektenrecht", parágrafo 207, DEMOGUE: "Les notions fondamentales du Droit privé", vol. 5, París 1911, p. 6; KÖPEN: "Die Erbschaft" 1856; POLACCO, V: op. cit., t. I, p. 15; ROCCO, A.: "Studi sulla teoria generale del fallimento", R.D.Co. VIII, 1910, pp. 669 y ss.
- (13) ARIAS RAMOS, J.: Cit. en PUIG PEÑA, F.: op. cit., t. IV, vol. 1, 26; RUGGIERO, C.: op. cit., t. II, p. 7.
- (14) Los dos primeros autores se citan en PUIG PEÑA: id. pp. 26 y 27. V. SANCHEZ ROMAN, F.: op. cit., p. 3. Igualmente desde esta perspectiva también llevan a cabo aportaciones valiosas: BUEN, D. de: "Obligaciones especiales o institucionales", R.C.D., julio-septiembre 1943, pp. 626 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L.: op. cit., t. II, vol. 1, p. 10, PEREZ GONZALEZ, B. y ALGUER, J.: "Notas" a Enneccerus-Lehmann, t. II, vol. 1, p. 7.
- (15) Cfr. SCHUPFER, F.: "El débito y la responsabilidad",

RISG, 1 diciembre 1915. V. extracto de su exposición en CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho civil ..." cit., t. III, pp. 53 y ss.

- (16) Cit. en RODRIGUEZ ARIAS, L.: op. cit., p. 20.
- (17) Esta garantía podía tener diversos contenidos, pudiendo consistir en la persona del deudor o la de un tercero; una cosa material especial o todo un conjunto de bienes, pero siempre tenía que estar particularmente ligado al deudor.
- (18) Según CASTAN TOBEÑAS, J.: op. cit., t. III, p. 55; KOSCHAKER lo ha encontrado en el Derecho babilónico: PARTSCH en el griego; y MITTEIS en el de Roma.
- (19) Cfr. BRINZ: "Der Begriff obligatio", 1874 y "Obligatio und Haftung" 1886.
- (20) Cfr. AMIRA, K. von: "Nordgermanische Obligationenrecht" 1882; GIERKE, O. von: "Schuld und Haftung in älteren alentschen Recht" 1910.
- (21) Cfr. GIERKE, O. von: "Deutsches Privatrecht" III, 1917, paragraf. 174, pp. 8 y ss.
- (22) Cfr. MAYER, E.: "El antiguo Derecho de Obligaciones español según sus rasgos fundamentales", Barcelona 1926 passim.
- (23) Cfr. PEREZ GONZALEZ, B. y ALGUER, J.: "Ensayo sobre varios temas fundamentales de Derecho Civil", R.J.C. 1931.
- (24) V. ROCA SASTRE, R. y PUIG BRUTAU, J. en "Concepto del Derecho de crédito" inserto en el vol. "Estudios ..." cit., t. I, p. 167.
- (25) Cit. HERNANDEZ GIL, A.: op. cit., pp. 26 y ss.
- (26) Cfr. MOZOS, J.L. de los, en voz "Obligación". NEJ, Seix.

- (27) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Panorama del Derecho Civil", Bosch, Barcelona 1973, pp. 184 y ss. Sin embargo, dice HERNANDEZ GIL que puede expresar la relación entre dos o más personas consecuencia del "status" creado, caso por ejemplo del matrimonio, la filiación (v. op. cit., p. 24).
- (28) GIORGIANN: distingue entre "deber", "obbligo" y "obbligazione". Se trata en los tres casos de una conducta debida en conformidad con una norma. Se diferencian en que en el deber jurídico falta la determinación del sujeto; la "obbligo" coincide con la obligación institucional, existiendo la determinación de los sujetos en cuyo interés se impone; y la "obbligazione", en la que aparece además la característica de que la conducta debida es de contenido patrimonial, se refiere a la obligación especial o de derecho de crédito (Cfr. op. cit. pp. 77 y ss).
- (29) V. HERNANDEZ GIL, A.: op.cit., pp. 31 y ss.
- (30) En este tema Cfr. la exposición id. pp. 31 y 32.
- (31) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L.; op. cit., t. II, vol. I, p. 30; LARENZ, K.: op. cit., p. 34.
- (32) Cfr. DIEZ PICAZO, A. y GULLON, A.: "Sistema ..." cit., vol. II, p. 132.
- (33) Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L.: op. cit., t. I, vol. II, pp. 31 y 32 (en la 33); MESSINEO, F.: "Manuale ...", cit. vol. II, p. 150.
- (34) Cit. PUIG BRUTAU, J.; op.cit., t. I, vol. II, pp. 18 y ss. V. también LEHMANN, H.: "Recht der Schuldverhältnisse", Tübinga 1958, p. 13
- (35) En realidad la distinción deber-responsabilidad no consiste en un "prius" lógico, sino en la diferente actitud jurídica de quien pretende definir el contenido de una obligación, refiriéndose a alguno de sus aspectos parciales: señalamiento de la persona, obligada determinación del interés vinculado o del patrimonio afectado e, incluso, el tipo de acción (civil, penal, ...) de que dispone el acreedor en

una reclamación jurídica.

- (36) Conforme a la idea clásica de LABEON o de ULPIANO que aludían sólo a la reciprocidad de las obligaciones nacidas de los contratos consensuales, el pasaje contenido en el D. 50, 16, 19 se modificaría por los compiladores en el sentido de identificar "contractus" con "synalagma". Y en otro texto recogido en D. 2, 14, 7, 2, los compiladores ponen dos veces en boca de ARISTON el vocablo griego, para designar el "contractus". La primera para calificar un supuesto de contrato innominado "do ut des"; la segunda todavía más claramente, el "synalagma" se identifica con el contrato. (Cfr. ALONSO PEREZ, M.: "Sobre la esencia del contrato bilateral, Universidad de Salamanca 1967, pp. 12 y ss. En contra BIONDI, B. en "Contratto e stipulatio", Giuffrè, Milano 1953, p. 253); y PINO, A. en "Il contratto con prestazioni corrispettive. Bilateralità, onerosità e corrispettività nella teoria del contratto", Padova 1963, p. 501.
- (37) La primera formulación aparece en el s. XIII y fué debida a HUGO DE PISA y al HOSTIENSE o a VICENTE DE ESPAÑA (V. CAPITANT, H.: "De la cause des obligations", París 1924, p. 146). Se encuentra recogida en las Decretales de Inocencio III y Gregorio IX y es objeto de muchos comentarios por parte de los más famosos canonistas medievales. Encuentra su expresión en el canon "Frustra", publicado en 1298 (Cfr. ALONSO PEREZ, M.: op. cit., pp. 17 y 18).
- (38) Cfr. VATTIER FUENZALIDA, C.: "Apuntes en tema de bilateralidad de las obligaciones" en el vol. "Sobre la estructura de la obligación", Universidad de Palma de Mallorca 1980, pp. 241 y ss.
- (39) De la fórmula de POTHIER "chacun des contractans s'engage envers l'autre" arrancan las discusiones de la doctrina posterior en torno a la bilateralidad; distinción entre sinalagma genético y funcional, simultaneidad en el nacimiento de las obligaciones recíprocas, confusión de la reciprocidad con la interdependencia, una obligación causa de la otra y viceversa (Cfr. "Trattato delle obbligazioni" I, trad. it Venezia 1833, p. 17. Cit. por ALONSO PEREZ, M.: op. cit., p. 20).
- (40) Cfr. AUBRY, C. y RAU, G.: "Droit civil français", Librairies Techniques, París 1942, p. 416; BAUDRY-

- LACANTINERIE, G.: "Droit Civil" I, París 1906, pp. 6 y ss; CARBONNIER, I.: "Droit Civil", t. IV, PUF, París 1976, pp. 32 y 33 y ss.; COLIN, A. y CAPITANT, H.: op. cit., t. III, p. 537; JOSSERAND, L.: "Derecho Civil", trad. t. II, vol. 1, Buenos Aires 1950, pp. 21 y 22; MARTY-RAYNAUD, P.: "Droit Civil", t. II, vol. 1, Sirey, París 1962, p. 49.
- (41) Cfr. AULETTA, G.G.: "La risoluzione per inadempimento", Giuffrè, Milano 1942, p. 175; FERRARA, F.: "Teoría dei contratti", Napoli 1940, p. 339; GIORGI, F.: op. cit., t. III, p. 37; PACCHIONI, G.: "Dei contratti in generale", Torino 1933, p. 25.
- (42) Según el conjunto de los autores expuestos en la nota n^o 8 de este Capítulo a propósito del concepto moderno de obligación.
- (43) Cfr. PUIG PEÑA, F.: op. cit., t. IV, p. 115.
- (44) Cfr. COSSIO, A.: op. cit., t. I, p. 293.
- (45) Ver S. de 10 de marzo de 1950.
- (46) Cfr. CASTRO, F. de: "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1967, p. 186.
- (47) Cfr. ENNECERUS, L. - LEHMANN, N.H.: op. cit., t. II, vol. 1, pp. 163 y 164 que en relación con los contratos, diferencia entre los rigurosamente unilaterales y los no rigurosamente unilaterales que coinciden con la terminología de bilateralidad imperfecta.
- (48) Cfr. KUNTZE: "Theoria und Casuistik des gemeinen Civilrecht de Holzschaner" III, pp. 38 y ss: cit. por TRAVIESAS, en "Obligaciones recíprocas", R.D.P., septiembre 1929, p. 280.
- (49) id. En sentido contrario se expresa VATTIER, C.: Voz "Obligaciones bilaterales", NEJ Seix.
- (50) V. por ejemplo VATTIER, en voz cit.

- (51) Con exclusión de los cuasi contratos, pues no resulta técnicamente convincente la alusión a la posible reciprocidad de las obligaciones nacidas de esta fuente. Según GULLON, A.: "no generan una obligación recíproca entre los interesados en el sentido del art. 1124 del C.C. Si se observan las reglas de los arts. 1895 al 1901 sobre el cobro de lo indebido, se advertirá que está ausente de ellas toda idea de reciprocidad; el "tradens" deviene acreedor unilateral del "accipiens" que ha cobrado lo que no se le debía". Y lo mismo se advierte en la regulación del cuasi contrato de gestión de negocios: el gestor y el "dominus" están obligados entre sí, pero sin que entre estas obligaciones medie el vínculo de reciprocidad". (Cfr. "Curso de Derecho Civil", Tecnos, Madrid 1972, p. 452). De modo similar, tampoco son incluíbles los actos u omisiones ilícitos, ya que en atención a su naturaleza generan únicamente obligaciones unilaterales.
- (52) La ley como fuente de obligaciones ha de ser entendida en un sentido amplio.
- (53) La jurisprudencia admite las obligaciones bilaterales que deriven de precontrato (Ver SS. de 23 de febrero de 1953 y 2 de febrero de 1973). Y todas las que estudiaremos en los Capítulos posteriores referidas al contrato como fuente).
- (54) El art. 1538 del C.C. dice: "La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra".
- (55) Se comprende respecto al dinero una acepción amplia en cuanto conjunto de aquellas cosas que en el tráfico corriente se usan como medida o signo de valor; y, en una acepción estricta, sólo aquellas cosas que el Derecho reconoce como signo de valor y que, por consiguiente, han de ser admitidas en las transacciones en tal concepto.
- (56) Son utilizadas expresiones como "precisamente", "exactamente", "lo más tarde". A la vez que se admite la forma tácita y el sentido de que "la prestación no sea posible en absoluto en otro momento". (V. FERNANDEZ CANTOS, J.L.: "La resolución de los contratos por causa de incumplimiento", R.G.L.I., julio-agosto 1960, p. 61). V. también: CARDENAL FER-

NANDEZ, J.: "El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones", Madrid 1979.

- (57) V. los arts. 1113.1, 1114 y 1115 del C.C.
- (58) Por ejemplo constituyen obligaciones bilaterales de tracto único la entrega de la cosa vendida, o el pago del precio. Se incluyen dentro de los de tracto continuo el mantener el arrendor al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, y en general las de no hacer. Y dentro de las de tracto sucesivo o periódico el pagar cada mes la renta al arrendatario.
- (59) Según el esquema y las ideas presentadas por ALONSO PEREZ, M.: op. cit., pp. 27 y 55; SANCHEZ DE LA TORRE, A.: Explicaciones de clase (inéditas); VATTIER FUENZALIDA, C.: voz "Obligaciones bilaterales", cit.
- (60) Cit. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: id.
- (61) V. CALLEGARI, D.: "Istituzioni di Diritto privato", Torino 1960, p. 519; ENNECCERUS, L - LEHMANN, H.: op. cit., t. II, vol. 1, p. 163; PEREZ GONZALEZ, B. y ALGUER, J.: "Anotaciones ...", cits. t. II, vol. 1, p. 66.
- (62) Ver SS. de 26 de mayo de 1964 y 30 de noviembre de 1965.
- (63) Sus antecedentes remotos se encuentran en las construcciones de los canonistas medievales y en las polémicas de los postglosadores entre la "causa impulsiva" y la "causa finalis" (V. COLIN, A. y CAPITANT, H.: "Curso ..." cit., t. II, p. 537.
- (64) En ello tiene su fundamento el fenómeno de la resolución por incumplimiento.
- (65) Esta regla aparece en los arts. 1466 y 1500 del C.C. en relación con el contrato de compra-venta. La regla de la prestación simultánea encuentra no obstante, algunas excepciones: el contrato, los usos del tráfico o la naturaleza del negocio- pueden imponer un distanciamiento entre las prestaciones (p.ej.

venta al fiado, entrega previa del precio por el comprador, trabajo, obra...). Cuando las obligaciones se distancian, el que cumple primero concede crédito a la otra parte (Cfr. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema ..." cit., vol. II, pp. 180 y 181.

(66) Cfr. DISTASO: en "Causa e simultaneità del sinalagma funzionale nell'esecuzione dei contratti con prestazioni corrispettive", en "Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione, sez. civile, serie II, vol. XXVII, 1948, 2º cuatrimestre, Roma 1948, pp. 120 y ss, hace una relación de la doctrina clásica que se inclinó por una u otra especie de "sinalagma".

(67) Sin embargo, esta distinción de un sinalagma genético y otro funcional merece un juicio negativo a muchos autores que mantienen que si bien puede ser adecuada en los sistemas jurídicos que otorgan al contrato efectos reales al poner el acento de la bilateralidad en el intercambio recíproco y concausado de atribuciones patrimoniales, no es adecuado para los sistemas, como el nuestro, que dan al contrato efectos puramente obligaciones.

En realidad, se ha dicho, la diferenciación entre uno y otro se basa en la creencia de que la bilateralidad y la interdependencia son una misma cosa (V. ALONSO PEREZ, M.: op. cit., p. 29; y VATTIER FUENTALIDA, C.: voz cit., p. 36).

(68) Cfr. ALONSO PEREZ, M.: op. cit., p. 36.

(69) El art. 1274 del C.C. constituye el argumento más importante a favor de la interdependencia y concausalidad, al afirmarse que en los contratos onerosos la prestación desempeña la función tanto de objeto como de causa, pues tal funcionalidad radica precisamente en la interdependencia de cada prestación o promesa respecto de la otra.

Pero lo cierto es que nuestro C.C. en el art. 1274 ni señala la causa de los contratos onerosos, ni la de los bilaterales, sino únicamente las obligaciones derivadas de los contratos sinalagmáticos, más bien en un sentido funcional que genético, pero siempre dentro de la tesis de la mutua causalidad. Ver DUALDE, J.: "Concepto de la causa de los contratos", Bosch, Barcelona 1949, p. 89; SANCHO REBULLIDA, F.:

"Notas sobre la causa de la obligación en el C.C." en R.G.L.J., noviembre 1971, pp. 665 y 666.

- (70) V. GAVAZZI: "L'onere tra la libertà e l'obbligo", Giappichelli, Torino 1985.
- (71) Cfr. PINO, A.: op. cit.; SCALFI, G.: "Osservazioni sui contratti e prestazioni corrispettive", R.D.Co., noviembre-diciembre 1958, pp. 452 y ss; id. "Corrispettività e alea nei contratti con prestazioni corrispettive", R.D.Co., CXI, 1963, p. 424; SIMONE, M. de: "Il contratto con prestazioni corrispettive" en R.T.D.P.C., marzo 1948, pp. 23 y ss.
- (72) Cfr. GOULDNER, A.W.: "The Norm of Reciprocity", A.R.S.P., XXV, 1960, pp. 161 y ss.; LEVI-STRAUSS, C.: "The Principle of Reciprocity" en "Sociological Theory" I, MacMillan, New York 1957.
- (73) No se podrá paralizar la excepción cuando aún no habiéndose cumplido se afiance para cumplir, pues al demandado no se le puede pedir que realice su prestación más que a cambio de recibir exactamente la prometida. Aunque el art. 1502 del C.C. pueda interpretarse en el sentido de admitir la tesis contraria.
- (74) La doctrina es unánime en estas ideas. Asimismo, ocurre con la jurisprudencia en las siguientes sentencias: SS de 6 de noviembre de 1923; 1 de abril y 3 de diciembre de 1955; 4 de noviembre de 1963; 12 de marzo de 1965; 31 de diciembre de 1971; 3 y 14 de marzo de 1973; 9 y 17 de abril de 1976; 26 de octubre de 1987; 10 de febrero de 1987; 27 de marzo de 1987 y otras muchas.
- (75) Cfr. PEREZ GONZALEZ, B. y ALGUER, F.: "Anotaciones" ... cits., t. II, vol. 1, pp. 166 y ss.
- (76) Cfr. ALBALADEJO, M.: "La mora en las obligaciones recíprocas", R.C.D.I. 464, 1968, pp. 9 y ss. Entre los autores que le siguen v. O'CALLAGHAM, X.: "Compendio de Derecho Civil", t. II, Edersa, Madrid 1987, p. 85; y OGAYAR, T.: "Efectos que produce la obligación bilateral (Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1124 y 1504 del C.C.)", Aranzadi, Pamplona 1983, pp. 23 y ss.

Por su parte, con una visión más moderna y renovadora CRISTOBAL MONTES sostiene que el art. 1100 del C.C. consta de dos partes perfectamente diferenciadas y autónomas (que podrían haber constituido el contenido de dos artículos distintos). La primera dedicada a los vínculos obligatorios sencillos y la segunda relativa a los vínculos obligatorios dobles. Así, frente a la mora mediante "interpellatio" y la mora "ex re" pertenecientes al ámbito de las obligaciones unilaterales, existe otra modalidad denominada "mora mediante cumplimiento" restringida a la esfera de las obligaciones recíprocas (Cfr. CRISTOBAL MONTES, A.: "La mora del deudor en los contratos bilaterales", Civitas, Madrid 1984).

La jurisprudencia es vacilante: se inclinan por la postura tradicional las SS de 1 de febrero de 1905; 10 de enero de 1920; 24 de octubre de 1941; 22 de marzo de 1950; 17 de marzo de 1956; 30 de abril de 1981; 29 de noviembre de 1982; 29 de marzo de 1985. Exigen interpelación: las de 17 de octubre de 1924; 13 de abril de 1931; 15 de marzo de 1934; 22 de febrero de 1950; 20 de febrero de 1970; 22 de octubre de 1971; 26 de marzo de 1974; 28 de noviembre de 1978.

- (77) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho ..." cit., t. III, p. 139; V. también las obras citadas por CASTAN, id.: PEREZ GONZALEZ, B. y ALGUER, J.: "Anotaciones" cits., t. II, vol. I, p. 243 en la postura fundamentadora de los riesgos en el Derecho español; OGAYAR, T.: op. cit., pp. 169 y ss, con respecto a la teoría crítica.

CAPITULO VI. CONFLICTOS PLANTEADOS POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES BILATERALES EN RELACION CON EL ART. 1124 DEL C.C.: SOLUCIONES Y CRITERIOS FUNDAMENTADORES.

1. SOLUCIONES CONTENIDAS EN EL ART. 1124 DEL C.C.

1.1. Antecedentes

El art. 1124 del C.C. tiene una serie de antecedentes normativos que se remontan al Derecho romano diferenciándose la regulación dada para:

a) Los contratos de compra-venta, en los que el acreedor sólo tenía derecho a exigir su ejecución en caso de incumplimiento (1); aunque en los de pago aplazado del precio la práctica introdujo, como medio de salvaguardar los derechos del vendedor, el pacto de "lex commissoria", que únicamente permitía, cuando se hubiese pactado expresamente, que aquél, ante el incumplimiento del comprador, optara entre exigir el cumplimiento del contrato o que se tuviera la cosa como no vendida.

b) Con respecto a los contratos innominados el

único derecho que se les reconocía era el de recuperar lo que había suministrado sin causa mediante una "condictio", siendo durante la etapa de Derecho justiciano cuando se aceptara el ejercicio, por un lado, de la "actio praescriptis verbis" concedida al acreedor para obtener de la otra parte la contraprestación correlativa. Siempre que existiera en el incumplimiento culpa, caso fortuito o fuerza mayor. Y, por otro, la "condictio ex poenitentia" por medio de la que el cumplidor podía resolver el contrato si lo quería independientemente de que concurriera culpa en el deudor, con lo que obtendría la devolución de lo que él había pagado, bien en natura, bien en equivalente pecuniario (2)

c) En los contratos de arrendamiento y enfiteusis la falta de pago de la renta durante dos años, o del canon durante dos o tres respectivamente, daba lugar a la caducidad de la relación, la cual significaba la disolución del contrato para el tiempo futuro sin efectos retroactivos (3).

Posteriormente, en el Derecho histórico castellano el Fuero Juzgo siguió la doctrina romana, de manera que faltando el pago de parte del precio de una compra-venta ello daba lugar a la exigencia del pago de intereses indemnizatorios por la parte del precio no pagada. Se exceptuaba el supuesto de la "lex commissoria" consistente en

que cuando las partes hubieran incluido en el contrato el llamado pacto comisorio era posible la resolución del mismo. Al qual que en esencia regulaba el Fuero Real (4).

Por su parte, las Partidas dispusieron ampliamente los pactos añadidos al contrato de compra-venta y, en primer lugar, el de la "lex commissoria" (5). En cuanto a los contratos innominados se recogió el régimen perteneciente al Derecho justinianeo, con la típica facultad del acreedor que cumplió entre exigir el cumplimiento de la otra parte u obtener la resolución. La misma opción se estableció a favor del que novó un contrato ante el incumplimiento del deudor al poder elegir entre pedir el cumplimiento del segundo o bien darlo por resuelto y solicitar la ejecución del primero.

En contrapartida, ni el Ordenamiento de Alcalá en el s. XIV ni el de Montalvo en el XV, ni la Nueva Recopilación en el XVI, ni la Novísima Recopilación en el XIX se ocuparían de la resolución por incumplimiento (6). Habrían de ser los canonistas y la influencia de la Iglesia, extendiendo sus normas morales en la esfera civil, los que la mantuvieran como principio de alcance general, con la consideración de sanción a la mala fe para el que no hubiera actuado de conformidad a la palabra dada, gracias a una formulación normativa atribuida a HUGGUCIO y vigente desde finales del siglo XII (7).

Así, pronto fué reconocido y proclamado ampliamente el derecho para la parte diligente de obtener la resolución del contrato sinalagmático indistintamente, tanto en los antiguos consensuales del Derecho romano, como en los innominados y en los simples pactos, con tal de que hubiera habido acuerdo de voluntades, aparte de poder exigir su incumplimiento cuando el deudor se negaba a ejecutar sus obligaciones. Era preciso acudir ante el Juez eclesiástico para ser desligado por este de su propia obligación. En el caso de que se concediera al demandante la resolución, el demandado incurría en las penas eclesiásticas por violación de la fe prometida, y si se había pactado era condenado a abonar el importe de la cláusula penal (8).

Esta doctrina tuvo gran influencia en la civilística francesa de los siglos XVII y XVIII para la elaboración de una teoría general de la resolución por incumplimiento, y ello unido a que se hizo muy frecuente el consignar en los contratos el pacto de "lex commissoria" hizo que se llegase a constituir como una cláusula de estilo y que la jurisprudencia anterior al C.C. español acabara por sobreentenderla existente en todos los contratos bilaterales, aunque no se hubiese pactado expresamente (9).

Paulatinamente, se comenzaron a utilizar los con-

ceptos de "synalagma", equidad, permutación...., como aplicables tanto a los contratos nominados como a los innominados. Y serían autores como DOMAT y POTHIER, entre otros, los que crearan la base para que después los redactores del "Code" francés en el art. 1184 abandonaran toda la carga conceptual que se venía aplicando a la resolución, para adoptar la regla más sencilla de la condición tácita, con la introducción de la resolución por incumplimiento en los contratos bilaterales, optativamente con respecto a la petición de su cumplimiento.

Nuestro art. 1124 del C.C. está influenciado directamente por el "Code" francés, y presenta como novedades, la no utilización del término condición, sino el de facultad, al mismo tiempo no se refiere a los contratos sinalagmáticos, sino a las obligaciones recíprocas. No obstante, el precepto se colocó en el Capítulo perteneciente a las obligaciones condicionales y puras (10). Ello de acuerdo con su precedente español inmediato del Proyecto de 1851 que en su art. 1042 decía: "La condición resolutoria va siempre implícita a los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no satisfaga su cumplimiento. En este caso, el contrato no está resuelto de pleno derecho. La parte frente a la cual el cumplimiento no ha podido ser ejecutado tiene la posibilidad o de forzar a la otra a la ejecución de la convención cuanto ello fuera posible, o de pedir la resolución de daños e

intereses. La resolución debe ser pedida en justicia y se debe acordar al demandado un plazo según las circunstancias" (11).

1.2. Contenido actual

El art. 1124 del C.C. contiene normas generales en relación con el incumplimiento de las obligaciones recíprocas. Pues, si bien hay también otros preceptos especiales que decretan una forma particular de solución, es el art. 1124 el que establece de manera genérica la materia referida (12). Lo que hace que por su contenido transcendental tenga una constante aplicación práctica, habiendo sido completado por un cuerpo jurisprudencial que reiteradamente, aunque con alguna contradicción, ha dado una solución unitaria a las contiendas.

A continuación nos ocuparemos de este precepto mediante la investigación de su estructura interna dividida en cuatro partes para una mejor y más exacta comprensión del mismo.

1.2.1. Estudio del párrafo primero: Facultad implícita de resolución de la relación obligatoria

El primer párrafo del art. 1124 del C.C. establece que "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de las obligados no cumpliera lo que le incumbe". Con lo que se mantiene un derecho de resolución concedido a la parte cumplidora para resolver y dejar sin efecto una relación jurídica productora de obligaciones recíprocas ante el incumplimiento del otro obligado de forma sobreentendida que no tiene nada que ver con el pacto comisorio, ni con la condición resolutoria expresa, pues en el contenido descrito del art. 1124 la voluntad de las partes no interviene para su admisión, es la ley la que fija las condiciones necesarias para su ejercicio (13).

Junto a tal catalogación se establecen los requisitos necesarios para la posible utilización de la acción citada muy escuetamente: referirse a obligaciones recíprocas y provocarse por el incumplimiento de una de las partes. Pero esta aparente claridad se complica al contenerse innumerables omisiones al respecto, razón por la que la jurisprudencia, según dijimos, ha tenido que suplir y completar esta norma como sigue (14):

1) Legitimación activa: La resolución la puede pedir sólo el que cumplió con su obligación (15) o haya incurrido en incumplimiento de extremos circunstanciales e intrascendentes (16). Igualmente ocurre con el que ha-

biendo empezado a cumplir o teniendo intención de hacerlo, cesa o no comienza porque la otra parte no cumple (17).

Por lo tanto, no tiene derecho a pedir la resolución el obligado que incumple sus obligaciones aunque también haya incumplido la otra parte (18), ni quien recibió sin formular reclamación la prestación que después alega que no fue cumplida debidamente (19).

2. Legitimación pasiva: La resolución ha de pedirse contra quien incumplió, o basta que se haya intentado incumplir (20).

3. Clases de obligaciones: Las obligaciones han de ser recíprocas estrictamente hablando, no basta que se den las de ambas partes frente a frente, cuando no son contrapartida las unas de las otras (21). Además, estas han de existir válidamente, configuradas con la reunión de todos los requisitos necesarios no sólo para su existencia física, sino también para su admisibilidad en la vida jurídica, exigibles como consecuencia directa de la obligatoriedad, sin que se hayan consumado todavía; y principales, nunca accesorias o complementarias, al no fundamentar estas la verdadera reciprocidad (22). Siempre que las obligaciones no estén regidas por disposiciones especiales o se haya pactado otra cosa (23).

3. Tipo de incumplimiento: Ha de haber un verdadero y propio incumplimiento, no un mero retraso (24), por uno de los obligados (25). No es posible la resolución en todos aquellos supuestos en los que no se patentice de modo indubitado una voluntad deliberadamente rebelde (26); o, según una opinión más moderna y objetiva, un hecho obstaculativo que de un modo definitivo e irreformable lo impida. Cuestión que viene a admitir la procedencia de la acción por imposibilidad sobrevenida, aunque no exista ninguna culpa, lo que importa es la frustración del derecho del acreedor (27).

De acuerdo con estas exigencias el cumplimiento parcial o/y el defectuoso para que opere la resolución han de ser de tal relevancia, que adquiera carácter de grave y esencial, y afecte a la finalidad perseguida por las partes (28).

4. Prueba del incumplimiento: Si el deudor se opone a la demanda de resolución, alegando que ha cumplido su obligación, la prueba de ello recaerá sobre el mismo deudor. Ahora bien, cuando se trate de alegar el incumplimiento de las obligaciones negativas, la carga de la prueba ha de recaer sobre el acreedor que deberá probar el que se han realizado actos que contravinieron el tenor de la obligación (29).

La determinación de si existe o no incumplimiento es cuestión de hecho, respecto a la cual habrá de estarse en casación a lo declarado por el Juez de Instancia, siempre que tal declaración no se impugne eficazmente por el cauce legal del n° 4 del art. 1692 de la L.E.C. (30)

5. Vías de la actuación resolutoria: El ejercicio de la resolución puede llevarse a cabo judicial o extrajudicialmente, con producción de todos sus efectos en ambos casos. Pero si, el deudor, no se aviene (niega haber incumplido o rechaza la procedencia de la resolución) habrá que instar al correspondiente juicio ordinario para que se declare que la resolución practicada mediante la manifestación de voluntad está bien hecha y que podía hacerse. La sentencia, si es que se falla favorablemente será simplemente declarativa, y nunca constitutiva (31).

6. Tiempo para ejercitar la resolución: Si se trata de obligaciones de cumplimiento simultáneo el momento desde el que se podrá pedir la resolución es desde que se produce el incumplimiento expresado en los terminos ya vistos. Y si no son prestaciones simultáneas y una de ellas vence antes y no es cumplida, la otra parte puede pedir la resolución sin esperar el vencimiento de la suya (32).

El plazo de prescripción para la interposición de

la acción reconocida en el art. 1124 del C.C. es el de 15 años conforme al art. 1964 del mismo texto legal (33).

7. Efectos de la resolución. Estos se producirán previa comunicación o/y petición jurisdiccional, y una vez se haya avenido el deudor o dictado la sentencia pertinente (34) sin que sean definitivos hasta que el fallo no haya pasado a autoridad de cosa juzgada (35). De esta forma se supone siempre la extinción de la relación existente para el futuro y con carácter retroactivo, con la consecuencia del reintegro a cada parte de las cosas y el valor de las prestaciones que aportaron (36), junto con los frutos e intereses que hayan producido o podido producir (37). Sin que se pueda obligar a ninguna de ellas a la devolución hasta que no le sea devuelta su parte (38), para evitar un enriquecimiento injusto (39).

1.2.2. Estudio del párrafo segundo: Vías de acción en el caso de incumplimiento.

El art. 1124 del C.C. en su párrafo 2º prescribe: "El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".

Con lo cual se hace hincapié en la índole opcional de la acción de resolución, se faculta para que si la obligación se incumple, al producirse una situación plenamente antijurídica, verificadora de un ataque al orden del Derecho, encarnado directamente en la norma o proyectado de manera convencional, pueda pedir el perjudicado, como mecanismos para que la situación sea modificada, el cumplimiento de la obligación o su resolución (40).

Las acciones mencionadas son absolutamente diferentes, puesto que en el supuesto de pedir el cumplimiento éste se entiende como la prestación o realización de lo debido y, por lo tanto, el fin natural de la obligación, lo que responde plenamente a su razón de ser y la principal causa de extinción de la misma. Tal cumplimiento puede ser voluntario o normal (41) y recibe la denominación de pago; o forzoso o anormal, que es, precisamente, al que se refiere el art. 1124.2, siempre que el cumplimiento sea posible en términos de restablecimiento del equilibrio de intereses entre las partes. La naturaleza jurídica que le corresponde es la de un acto jurídico forzoso, nunca la de un negocio, debido a que no interviene la voluntad del deudor, sino que tal actividad es impuesta (42).

En lo que respecta a la resolución este derecho se configura, según ya dijimos, como un derecho de extin-

ción consecuencia del incumplimiento de una obligación bilateral, extendido esta como una ineficacia sobrevenida en sentido amplio (43), para dejar sin efecto una determinada relación jurídica. Se diferencia de la renuncia en que esta sólo extingue la relación jurídica para el futuro; de la revocación en que la misma sólo se refiere por regla general a declaraciones de voluntad que no han llegado a confirmar la conclusión del negocio y que rompen, si es admitida la atadura de la parte que revoca; de la declaración, en que se rechaza la prestación y se exige la indemnización por incumplimiento, pues sólo subsiste la relación en cuestión, ya que exige en su virtud el interés del cumplimiento; de la impugnación por anulabilidad, pues por ella se hace valer un vicio que estaba afecto de antemano; y de la rescisión en que se trata de un supuesto de invalidez, cuyos casos a los que les son aplicables están taxativamente enumerados en el C.C. y tiene carácter de acción subsidiaria (44).

Pero la facultad de elegir entre el cumplimiento o la resolución del vínculo no puede actuarse simultáneamente (45): su explicación se halla en que ambas son incompatibles por el mismo contenido que encierran, generándose, si se pidieran conjuntamente, una contradicción en la petición. Si bien esto no impide que su ejercicio se lleve a cabo de forma alternativa o subsidiaria (46), incluso, si sólo se ha pedido el cumplimiento y este resulta

imposible se puede pedir más tarde la resolución - si no se prefiere el valor de la prestación hecha imposible -, pues lo esencial es que el cumplidor no se perjudique (47).

Por su parte, como el incumplimiento puede originar daños y perjuicios al acreedor es posible que ambos se indemnicen a tenor del art. 1124 (48). Las expresiones utilizadas de resarcimiento de daños y abono de intereses son equivalentes a las que acabamos de señalar, porque en caso contrario, resultaría una diferencia inexplicable entre los preceptos citados (49), estando claro que los intereses no son más que la indemnización de perjuicios por el retraso en el pago de una obligación dineraria (art. 1108).

En aplicación de la doctrina general la indemnización pertinente no va ineludiblemente ligado al incumplimiento (50), sino que es necesario haber sufrido efectivamente y probar por el acreedor los daños "damnum emergens" y los perjuicios "lucrum cesans" surgidos, de cualquier naturaleza que sean, tanto materiales como morales, además de tener que mediar una relación causa-efecto con la culpa o negligencia de la parte deudora (51). El juez deberá fijar la cuantía correspondiente en la sentencia, o al menos establecer las bases con arreglo a las que se haya que hacer la liquidación, según su libre convicción,

y cuando no sea posible ninguna de las dos cosas se determinará en fase de ejecución (art. 360 y ss. L.E.C.) (52).

1.2.3. Estudio del párrafo tercero: El cumplimiento aplazado y sus efectos en el ejercicio de la facultad resolutoria

Acto seguido, en el análisis del art. 1124 del C.C. su párrafo tercero dictamina que "el Tribunal decretará la resolución que se reclama, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo".

Así, llegado el tiempo fijado para la ejecución de la obligación, puede suceder que la parte que cumplió solicite la resolución o el cumplimiento ante el incumplimiento de la otra parte que ya es deudora. Aunque, también puede ocurrir, como acabamos de ver, que aparecido el momento establecido del cumplimiento, una de las partes no cumpla pero solicite al juzgador que decrete un nuevo plazo de prórroga, en base al art. 1128 del C.C. que dice: "Si la obligación no señalare plazo pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél".

Tal regulación está en consonancia con la búsqueda del equilibrio y la equidad que deben presidir las

obligaciones bilaterales; con la facultad que tienen los Tribunales, de moderar las responsabilidades dimanantes de una obligación (arts. 1103 y 1154); y con el favorecimiento de la subsistencia del vínculo obligatorio mediante el respeto a las obligaciones nacidas válidamente, impidiendo que se produzca su resolución en aquellos casos en los que no se patentice una voluntad rebelde al cumplimiento, ni exista un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo, e irreformable lo impida (53).

El Tribunal que entiende del caso planteado deberá decidir conforme a su buen criterio de forma discrecional y no condicionada, siempre que existan causas razonables que lo justifiquen sin que parezca posible ni conveniente formular una regla general, sino que cada supuesto deberá ser analizado individualmente en atención a la buena fe, a la imposibilidad de cumplir en aquél tiempo, a la grave dificultad de la prestación sin su culpa.....; en dependencia de la importancia de la incidencia que ese retraso en el cumplimiento produzca en el desarrollo de la relación obligatoria (54).

1.2.4. Estudio del párrafo cuarto: La resolución y la protección de los terceros de buena fé.

Por último, el párrafo cuarto del precepto que se

examina sostiene: "Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes con arreglo a los arts. 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria".

En consecuencia, la extinción de la relación sobrevenida como consecuencia de la resolución - a la que se refiere el término "esto" - produce sus efectos retroactivamente en cuya virtud se ha de volver a un estado jurídico preexistente. Lo que implica que tal resultado no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido, pues ello equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto.

Esta irretroactividad se adapta por disposición legal a la mecánica de las acciones rescisorias, que institucionalmente no perjudican a los terceros que hubieran procedido de mala fe, aunque ambas figuras no sean la misma cosa y respondan a diferentes exigencias (55). Por buena fe se entiende en este campo de acción a la cualificada por consistir en una creencia en la que objetivamente aparece o se manifiesta; y, correlativamente, en un desconocimiento de lo que tras dicha apariencia se oculta, todo ello conjugado con el siempre exigible deber de diligencia. Sólo la objetividad de la situación aparente impide la descalificación de tercero por negligencia (56).

Sin embargo, la norma general dicha tiene diver-

sas exclusiones al señalar el párrafo 2 del art. 37 de la L.H. que cuando las acciones rescisorias y resolutorias deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro, se deberá exceptuar la regla de que no afectará a los terceros de buena fe. Tales acciones resolutorias son las señaladas en los arts. 10 y 11 de la L.H.:

"En la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico se hará constar el que resulte del título así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago" (art. 10). Y "la expresión de aplazamiento del pago, conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de terceros a menos que se garantice aquel con hipoteca o se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita..." (art. 11) (57).

De lo que se desprende que es precisamente en el art. 11 de la L.H. en donde se encuentra la causa jurídica de esta excepción. Si los arts. 58 y 59 del R.H. exigen que se inscriba en el Registro, el título relativo al pacto resolutorio convencional mediante el cual se efectúa el aplazamiento del pago de la compra-venta de inmuebles, es evidente que el tercero no podrá alegar después que desconocía esa realidad, ya que la función principal del Registro es la publicidad (58).

2. CRITERIOS FUNDAMENTADORES DE DISCRECIONALIDAD Y EQUIDAD EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

2.1. Ideas generales

En este apartado examinaremos conjuntamente, sobre la base de las posturas doctrinales que consideramos más estimables y de una serie de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo hasta el año 1989 la aportación de diversas soluciones para solventar los conflictos planteados por incumplimiento de obligaciones bilaterales, consistentes en su cumplimiento o resolución (más resarcimiento de daños y abono de intereses, si procede).

Obviamente, la elección de las declaraciones de los autores y de las decisiones en las que nos apoyamos no tienen un valor absoluto ni exhaustivo, sino meramente indicativo y representativo, ya que ha sido realizada teniendo en cuenta, respecto a la doctrina científica, su coherencia y adecuación a la realidad de la práctica jurídica. Y en relación a la jurisprudencia el interés de los considerandos o atención principal a la transcendencia del caso juzgado.

Por su parte, los criterios que expondremos re-

sultan estar integrados, dentro de alguno de los denominados "tria iuris praecepta" que son:

- "Honeste vivere", referido a la vida individual de las personas, apuntado en aquella dirección que sea capaz de inspirar "fides" y consiguientemente, de estimular conductas tendientes a promover la convivencia.

- "Alterum non laedere" que define el mínimo de condiciones en que una actividad puede llegar a establecer relaciones con otros individuos de modo ocasional o permanente, para que ninguno de ellos resulte perjudicado, y

- "Suum cuique tribuere" dirigido a advertir la necesidad de un arbitrio dotado de suficiente capacidad de conocimiento y poder para solucionar los conflictos que hayan mediado entre los particulares, además de otras facultades, asegurando la existencia y la paz del grupo.

Dichos "preceptos", con referencia a la estructura del Derecho e interpretados, en términos de "ius praecipivum" son principios axiológicos de las normas jurídicas; y en tanto "ius dominativum" son las estructuras formalizadoras de las posibilidades de relación interhumana potencialmente jurídicas (59).

Ello se debe a que todas las modalidades de re-

lación jurídica admiten ser enmarcadas correctamente en alguna de las categorías citadas, aunque puede afirmarse que, en realidad, todo dictamen de cumplimiento o resolución de la obligación que ha sido incumplida viene regido "globalmente" por consideraciones más o menos intensas de justicia, de modo que alguno de los postulados es aplicado "directamente", al mismo tiempo que los demás lo son de modo "indirecto", con una fuerza que actúa para designar, orientar o limitar la extensión de la vigencia directa del primero. Lo que se corresponde con el sostenimiento armónico y conjunto de los "tria iuris praecepta", que no pueden ser interpretados aisladamente en cuanto a los elementos que lo componen, ni tampoco ser considerados singularmente sin referencia a los demás.

Entre todos ellos constituyen el arquetipo conceptual y fundamental del Derecho, cuya tarea consiste en definir aquellos principios básicos cuyo cumplimiento ha de alejar los riesgos de la injusticia, reaccionando contra ella, en caso de producirse, gracias al esquema operativo de la libertad social fijada (60).

2.2. Comentario de cada uno de los criterios fundamentados

2.2.1. El amparo y ejercicio del derecho subjetivo del cumplidor

Para el tratamiento del criterio que nos ocupa es menester, conforme a su diferente contenido y fundamentación, mantener la distinción entre el amparo de un derecho subjetivo y su ejercicio.

En lo relativo al primer punto, es claro que si tenemos en cuenta que en la existencia de una relación jurídica aparecen dos posiciones básicas de poder y de deber: la primera activa y comprensiva de lo que en la relación hay de atribución a un sujeto e influencia sobre otro; la segunda pasiva y abarcante de lo que en aquella hay como predicado del otro sujeto, cuyo ser influenciado se sostiene en estado de sujeción. Y que si consideramos que las obligaciones bilaterales revisten la particularidad de que cada una de las partes ostentan las posiciones activa y pasiva, el derecho subjetivo se entiende en el sentido de la teoría de IHERING, al ponerse de relieve la importancia que tiene la idea del interés. Según se afirma, los derechos no constituyen una simple actuación de la voluntad, sino que han de concebirse como instrumentos puestos al servicio de fines e intereses de las partes que son jurídicamente protegidos (61).

Ahora bien, la línea seguida por el T.S. va más

allá, al evidenciarse que puede existir un interés jurídicamente protegido pero no un derecho, siendo lo decisivo para la existencia de éste el que la protección y tutela jurídica del interés sean puestas a disposición del sujeto. De lo que se deduce que toda vez que la protección que el legislador asigna a un determinado tipo de interés consiste en el establecimiento de una norma jurídica, el derecho subjetivo que se ampara es la misma norma en cuanto que se pone a disposición del individuo (62).

Consiguientemente, cuando un sujeto tiene un derecho subjetivo respecto a otro, de algún modo alcanza una posición superior a la de su deudor, porque en fuerza de su derecho se asocia la necesidad de respetarlo y de pagarlo debido (63). El hecho de que tal traslado de intereses se haya de efectuar simultáneamente nada añaden a su reciprocidad y a la integridad de la libertad de cada uno, sólo que el acreedor viene asegurado en los intereses que aún se hallan "bajo el poder" del deudor, equivalentes, subjetivamente hablando, a los que él ha "entregado" ya, o está dispuesto a hacerlo mediante una estructura jurídica que vincula la obligación del deudor a tal efecto (64).

Lo expuesto se mantiene con arreglo al "suum cuique tribuere", por reconocerse y protegerse lo "suyo" a cada uno coincidiendo con la indicación de que algo es imputado a un sujeto dentro de las coordenadas de la justí-

cia, y que el deber ha de reconocer y respetar ilesos los derechos del titular de la "suidad" (65).

Sin embargo, no todo queda en la mera protección del derecho subjetivo del acreedor, sino que éste, tiene la posibilidad jurídicamente reconocida de usar del mismo actuando su contenido de forma facultativa, no obligatoria, al exigir cualquiera de las consecuencias previstas en el art. 1124 del C.C. a causa del incumplimiento (derecho subjetivo privado (66), para lo cual puede poner en marcha y reclamar una decisión determinada a la cuestión litigiosa suscitada (derecho subjetivo público relativo a la tutela judicial) (67).

La idea anterior concuerda con la existencia de un momento previo consistente en el equilibrio o indiferencia respecto a los términos afectados por el derecho constituido por una facultad, como doble modalidad del mismo, para pedir como opción el cumplimiento o la resolución de la obligación (más el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos). Pero, una vez que se ha producido la no actividad del deudor en un cumplimiento que precisa ser simultáneo al de la otra parte, el acreedor, en virtud de la facultad citada puede utilizar la libertad que tiene en su mano para transformar la posibilidad inicial de su influencia en una influencia actualizada (68).

El mecanismo del ejercicio del derecho subjetivo tiene la función de obtener el interés que el acreedor no ha recibido (en el supuesto del cumplimiento de la obligación incumplida) en unión con el respeto que deben merecer la ley y los contratos válidamente celebrados (69). O el de dejar sin efecto la obligación como si nunca hubiera nacido, lo cual se deriva también de un interés, aunque de carácter contrario, derogatorio del principio "pacta sunt servando" al ser el incumplimiento susceptible de generar la pérdida para la parte cumplidora, que ha dado o se ha obligado a dar a cambio de la prestación no ejecutada (en el supuesto de resolución (70) produciendo una coactividad hasta el límite que alcance la vigencia actual del derecho, sin poder traspasar los límites naturales que le son immanentes, ni los que provienen de la buena fe, ni de la prohibición de un ejercicio abusivo del mismo (71).

Nunca el deber jurídico exigido por la práctica del derecho subjetivo ha de ser más gravoso que la utilidad recibida. De la delimitación del derecho exigible surge la delimitación del deber jurídico del deudor con referencia al valor de la prestación realizada por el acreedor, según los términos establecidos por la norma jurídica o por el uso de la propia libertad sin invadir el ámbito jurídicamente asignado (72).

La fundamentación jurisprudencial del ejercicio

del derecho subjetivo del acreedor se encuentra en la estricta realización de lo justo expresado en términos de poder hacer conforme a la libertad, al ser necesario devolver a cada uno lo que le pertenece por ser "suyo", "suum cuique tribuere" (73).

2.2.2. La salvaguarda de la equidad

La equidad es utilizada, en atención a la proyección de la justicia extralegal, como poder discrecional para juzgar en determinados supuestos (74). Se estima que el art. 1124 del C.C. tiene su raíz sustantiva en aquélla, dada la particularidad de que al acreedor le compete la opción para exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación. Es pues un interés posible, no pactado, de la parte fiel a lo establecido, lo que la norma tiene en cuenta para hacer factible que se decrete cualquiera de las soluciones apuntada. Además la misma capacidad atribuida al Juez para dictar, por causa justificada, un plazo para el cumplimiento no es pertinente sino porque se valora como equitativo (75).

La función de la equidad actúa en la moderación o reforma de los efectos previstos en la norma jurídica por estimar extremadamente dura o inmerecidamente favorable para alguien, el precepto en algunas ocasiones. Se ejerci-

ta una facultad puesta a disposición del juzgador, puesto que sus soluciones son casi inagotables. La actuación judicial es unánimemente la expresión de un instrumento de perfección del desarrollo jurídico en la interpretación del artículo en cuestión, a causa, especialmente, de la gran vaguedad de sus términos y del silencio que guarda sobre multitud de aspectos que de hecho surgen en la práctica, para lograr una justa y armónica distribución de los resultados útiles de la obligación y evitar que el patrimonio del acreedor, ya perjudicado por el incumplimiento del deudor, se desequilibre, intentando colmar de la manera más igualitaria posible su interés según una recta ponderación.

Por lo que la actuación de la equidad se relaciona con la protección de la equivalencia de las prestaciones, y con la prohibición del enriquecimiento injusto de los que nos ocuparemos más adelante (76). En los casos dudosos la máxima "aequitas in dubio praevalet" se invoca como un elemento interpretativo y mediatizador de la prueba (77).

Es patente que el que juzga considera que los intereses requieren acomodación y que la norma no debe ser mecánicamente aplicada sin mirar al caso concreto que hay que solventar. Repetidamente se mantiene una forma jurídica *como forma continua y elástica, que reduce aquella al*

supuesto que conoce. Supuesto que en lo que tiene de vivo e irrepentible es lo que se considera como formalmente jurídico al calificarlo en sí, al margen de cualquier operación posible de comparación o referencia (78). La índole misma de la obligación bilateral se opone a una concepción estrecha del vínculo, sin que para determinar la responsabilidad se pueda hacer abstracción de las circunstancias que influyen lo mismo sobre ella que sobre el alcance y efectos de la relación jurídica estipulada.

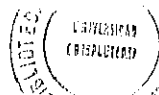
El contenido de la obligación no está constituido solamente por sus manifestaciones inmediatas, y es indudable que los conflictos planteados sólo pueden solucionarse sin perder de vista el papel que a cada parte corresponde, junto con el concepto económico de la relación que originen las obligaciones, determinantes de la responsabilidad de aquéllas (79).

Cuando se decide el cumplimiento de la obligación, se reafirma la creencia de que el acreedor tiene derecho, ante todo, a que se satisfaga su interés de esta forma a través de la mencionada actividad del deudor; o de que de hecho se satisfacerá mejor que con la resolución cuando aquél la pide subsidiaria o alternativamente y es otorgada con la idea de que para que se produzca una satisfacción real la prestación tiene que ser cumplida exactamente, no permitiéndose una alteración posterior de

la misma, de modo que reúna los caracteres de identidad, integridad propiamente dicha, e indivisibilidad. Ahora bien, si es que no es posible tal cumplimiento se falla la entrega del equivalente cuando no se ha pedido también la resolución, pues, en este caso, por regla general se aplica la última (80).

Por otro lado, la decisión de la resolución se mantiene porque, dada la reciprocidad de las obligaciones bilaterales, es equitativo liberar a cualquiera de las partes intervinientes de las que privativamente les incumben cuando la contraria deje incumplidas las suyas. Se estima contrario a la equidad que la obligación fuera ejecutada por uno de los sujetos cuando la reciprocidad dicha haya sido rota y desequilibrada por el incumplimiento del deudor (81). Cuando se establece firmemente la nota de independencia de las dos obligaciones, no hay más que sacar una consecuencia lógica: que la relación jurídica de la que emanan estas debe desaparecer si su ejecución ha creado una injusticia consiguiendo liberar al acreedor para que pueda celebrar otra convención con lo cual quedar satisfecho (82).

Y, en lo que se refiere al resarcimiento de daños y abono de intereses, también es afirmable el mismo fundamento de equidad en su fijación final, moderada según las circunstancias y elementos concurrentes (83), cuando hayan



sido pedidos facultativamente y probada su producción, siempre que se reúnan todos los requisitos pertinentes.

La equidad funciona en los supuestos enumerados en correlación a la no legitimación del deudor a perjudicar al prójimo "alterum non laedere", debido a la confianza que en él ha sido depositada "honeste vivere" (84).

Su expresión judicial más destacada aparece en los casos de cumplimiento retrasado, defectuoso o parcial, donde el acreedor no podrá rechazar el pago o cumplimiento, siempre que no revistan gravedad, ni impidan obtener la finalidad perseguida según las pruebas aportadas, para amparar al deudor de buena fe (85). Igual que ocurre con la "exceptio non adimpleti contractus" y la "exceptio non site adimpleti contractus" (86).

2.2.3. La bilateralidad con equilibrio de las prestaciones

En una primera aproximación la relación objeto-prestación y, por tanto, objeto-equivalencia aparecen como obvias (87). Pero el carácter racional de la idea de equivalencia escapa del tratamiento aislado que de cada prestación hace el ordenamiento, tratamiento que se realiza en términos de viabilidad de lo que las partes proponen como objeto. Viabilidad que es medida por los baremos de ido-

neidad y aptitud (88), y que en la mayoría de las ocasiones hace entender el elemento de la causa en la fase de formación del contrato para proyectar sobre la etapa del cumplimiento la idea de la equivalente realización de las obligaciones (89).

La noción que analizamos no es de orden público y, salvo en la restricción normativa y en el fraude, es libremente fijada, ya que por la índole propia del Derecho privado la norma civil es la directa y específicamente acordada por los sujetos (90).

Conforme a lo expuesto se entiende que la fuente convencional por la que se originan las obligaciones tratadas siempre es onerosa, puesto que en ellas cada parte se obliga en consideración a una contraprestación que recibe o espera recibir y, por consiguiente, ambas pretenden obtener un provecho o ventaja (91). El equilibrio del acto jurídico oneroso no sólo es objetivo, apegado a la valoración económica de las contraprestaciones e invocador de la igualdad de las ventajas y sacrificios, sino que también es relativo, existiendo junto al experimentado por cualquier persona, otro de tipo convencional en un momento determinado según la apreciación de los sujetos; escudado en la actuación de la autonomía privada, dejando al libre albedrío de los estímulos individuales el logro de la justicia que late en la equivalencia anterior de corte abso-

luto (92).

La estructura bilateral de la obligación garantiza una paridad formal, la cual por razón de su positivización no alcanza a tutelar la equivalencia económica material, pero no la excluye. Se puede considerar un efecto normal, obediente al hecho de que la protección del equilibrio contractual, como principio general aplicado, termina por imponerse cuando se ha incumplido la obligación; haciendo necesario averiguar cuál es el que las partes han establecido entre los objetos. Cada uno de los sujetos mira su propia ventaja y trata de aprovecharse de la posición menos favorable del otro. Constituyen la tarea del juez en esta línea la realización de una "communis aestimatio" para impedir que alguien salga perjudicado en virtud del "alterum non laedere", materializado cuando se haya dictaminado el cumplimiento en la cristalización práctica de los intereses consensuados (93); y en el supuesto de sentenciarse la resolución, en la extinción de la relación obligatoria tendente como objetivo inmediato a la recuperación de la cosa transmitida, si es que se ha llegado a transmitir (94).

Este cuadro de actuaciones se completa con lo que se refiere al resarcimiento de daños y abono de intereses, en los que entra en juego una valoración dirigida a la posibilidad de sustraer el desequilibrio producido por los

daños y perjuicios que el incumplimiento del deudor haya podido engendrar, manteniendo las estimaciones personales del acreedor (95).

Así, no es exigible un equivalente exacto, con apoyo en el art. 1255 del C.C. (96) y derivado de que el precio no ha de ser forzosamente justo (97), junto con el modo restringido con el que el mismo texto legal concede la rescisión por lesión (art. 1294) (98). Se impone, esencialmente, la fidelidad a lo pactado "pacta sunt servanda", y se legitiman los desequilibrios de valor conforme a lo convenido según el consentimiento de los sujetos intervinientes, salvo cuando se produce la revisión o resolución de los contratos por excesiva onerosidad, más sin llegar a imponer su requerimiento fuera del equilibrio inicialmente concertado (99).

Se considera que la medida establecida es la matemáticamente justa en el caso concreto, ya que ante conductas en apariencia contradictorias, aquél que quiere recibir lo más posible, tropieza con el querer del que trata de dar lo menos, gracias a lo cual los dos sujetos adquieren su derecho, sin pérdida para ninguna de ellos: Todo lo que se puede hacer es exigir que las prestaciones sean consideradas como equivalente efectivo con el mantenimiento de una apreciación subjetiva compatible (100).

Por eso la equivalencia estricta y objetiva está llamada a disolverse en la plenitud de la vinculación recíproca y frente al planteamiento de la categoría cuántica del esquema negocial, se muestra el valor argumental que en la actividad hermeneútica, aporta el criterio de la mayor reciprocidad de intereses en caso de duda (art. 1289 del C.C.), indicativo del alcance concreto de la onerosidad como razón desprendida del desarrollo mismo del supuesto de que se trate (101). Tal reciprocidad según indicamos y haremos hincapié en el tema que se refiere a la bilateralidad entendida desde este punto de vista, expresa una correspondencia mutua ajustada a los intereses de las dos partes. El juzgador sitúa con específico sentido los diversos intereses dentro de una totalidad global compuesta por el conjunto de elementos que tiene relevancia jurídica (102).

2.2.4. La bilateralidad como reciprocidad

La reciprocidad de las obligaciones se considera no como un requisito para que sea dictado el cumplimiento o la resolución, sino el presupuesto necesario para el ejercicio de la opción contenida en el art. 1124 del C.C. que justifica la atribución de tales facultades al perjudicado. Se exige una acusada reciprocidad de manera que esté tan perfectamente caracterizada que no se conciban

unas obligaciones sin las otras, al darse de obligación a obligación y de derecho a derecho (103).

Pero, ¿cuál es el sentido que tiene lo dicho?, ¿cuál es su contenido cierto?. No hay duda de que la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente sostienen una postura clásica consistente en la creencia de que las obligaciones nacidas entre los sujetos funcionan a tenor de varios intereses que se entrecruzan de todas las formas posibles: sumándose, restándose, acrecentando su efecto singular, disminuyéndolo, destruyéndolo..., recíprocamente. Aparece una heterogénea pluralidad que se mueve en el mundo de la realidad social y que parte de la interdependencia que existe entre ellos para llegar a la fundamentación de la armonía producida por el cumplimiento voluntario, al comportarse los sujetos de acuerdo al "honeste vivere", de modo fiel y leal a lo pactado, según la confianza que en ellos se tiene; o que se sitúa en el conflicto originado por el incumplimiento derivado de una conducta desleal (104). Por lo que la reciprocidad dicha se entiende como interconexión de las obligaciones correspondientes significada en el mutuo condicionamiento, esto es, en que la prestación de cada parte es, al mismo tiempo, condición implícita o constructiva de la otra.

Se da una unión tan indisoluble que cada prestación no pueda existir sin la otra, formando cada una la

mitad de la única relación jurídica, donde cada sujeto se obliga con el fin de obtener el cumplimiento que cristalizará en el objeto perseguido.

Cada obligación tiene su causa en la otra, prolongada más allá de su momento formativo que lo generó, en la relación de cambio efectivo entre las prestaciones correspondientes, que proceden del mismo título (105).

Todo esto produce que las dos partes sean coetánea y recíprocamente acreedoras y deudoras con sus poderes y deberes jurídicos respectivos; si bien cada una de un objeto distinto, pero con obligaciones conexas, de tal modo que cada una existe, individualmente estimada, en virtud de la otra. El vendedor que se obliga a entregar la cosa vendida, es sólo por recibir el precio correspondiente, y el comprador paga el precio estipulado sólo por adquirir la cosa objeto de la obligación (106).

De aquí la explicación de que, si una parte no cumple, la de la contraparte deviene sin causa, y el contrato del que derivan las obligaciones bilaterales se halla en una situación que no puede ser regularmente concluido. El carácter estático de la bilateralidad se supone al considerarla como un obligarse en función de algo, para una finalidad. No basta recabar el porqué comprometerse, la razón de ello, sino que es preciso ir más allá, e in-

quirir: "¿para qué obligarse a título de contrapartida?. El predominio de la causa en la bilateralidad-fin, hace que se coloque en la reciprocidad de prestaciones (107) derivada de la onerosidad del contrato del cual nacen, al buscarse por ambas partes una mutua equivalencia o ventaja dentro de un equilibrio determinado en función del interés vital que satisfacen las prestaciones. Se asevera que la onerosidad procede necesariamente de un acuerdo en base al cual establecen entre las prestaciones recíprocas un nexo teleológico o vínculo de fin, de tal forma que cada una de las prestaciones es querida como condición para que la parte contraria quiera la prestación recíproca (108). Brevemente, se requiere que una de las atribuciones se quiera, como contravalor de la otra; entre las dos habrá de existir una relación de interdependencia y tal onerosidad consistirá en una reciprocidad de causas (109).

En definitiva, según el criterio expuesto, el Tribunal determina que el deudor ha de cumplir con su obligación para producir una reposición causal, conforme con la idea de rehacer el curso de las causas para mantener la garantía constitutiva de la relación jurídica, fuente de las obligaciones o, lo que es lo mismo, para que se consiga el estado final previsto queriendo sostener la "res integra" en la dirección de proseguir hacia la consumación (110).

El proceder a la resolución se debe a que la causa de la obligación es la prestación y no la obligación de prestar. Es obvio que en el caso de sobrevenir un incumplimiento no hay prestación, y no hay causa; lo que se trata de evitar es que el acreedor se halle obligado sin causa al no cumplir el deudor (111).

2.2.5. La prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa

Tal figura jurídica ha sido elaborada, sobre todo, por la jurisprudencia, puesto que carece de una regulación normativa directa. A pesar de ello son muy pocas las resoluciones que hacen una mención literal a este criterio en el ámbito estudiado, y la mayoría realizan una referencia tácita. El enriquecimiento injusto aparece en las sentencias que corresponden al período anterior a la Guerra Civil, basado en una valoración ético-jurídica de los caminos a través de los que el enriquecimiento se produjo y de cuál fué su resultado con una consideración de principio general del Derecho. Y el conocido como "sin causa", prevalece a partir de 1943 (112), según una identificación de madurez dogmática de la institución y la expresión de la necesidad de que toda atribución y todo desplazamiento entre patrimonios se justifique merced a una situación previa que el Ordenamiento jurídico considera

bastante para llevarlo a cabo (113).

Sin embargo, la noción de causa y la más simplista de justicia tienen una íntima unión. La primera idea se fundamenta en la segunda, gracia a ella se obtiene la concepción de un desequilibrio creado entre dos patrimonios, que no se estima como justo según el orden positivo, cumpliendo una función de equidad. Correlativamente cuando existe un fundamento jurídico, como son la ley o el contrato, se sostiene que los efectos entre los obligados son acordes con la justicia.

De lo declarado se deduce el impedimento de admitir el enriquecimiento a costa de otro, y se establecen como requisitos pertinentes para su producción (114):

a) La existencia de un incremento patrimonial ligado siempre a un valor económico, lo mismo consista en obtención de lucro, que en estimación de gastos y daños experimentados por el incumplidor. Su contabilización se realiza valorando la diferencia entre el estado actual del patrimonio y el que tendría si el cumplimiento del que ahora es acreedor no se hubiera dado. Al igual que en los daños y perjuicios, se distingue la disminución del patrimonio del cumplidor, aún cuando sólo esté dispuesto a serlo, "damnum emergens" y el lucro no logrado "lucrum cessans".

b) Que tal incremento sea injusto, o que no tenga razón jurídica legítima que lo fundamente.

c) Que provoque un correlativo empobrecimiento del acreedor, poque el que no lo sufre no tiene interés cuantificable. El empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable, que puede consistir en un valor salido del patrimonio del reclamante, en una prestación de servicios, en la pérdida de un lucro cierto y positivo, etc.

En consecuencia, en último término lo que se prohíbe es el hacer daño a otro, según el segundo de los "tria iuris praecepta": "alterum non laedere", como supuesto fáctico. La "lesión" o "perjuicio" nace de la objetivización del daño, causado por la falta de una conducta honesta. Siempre que se produzca un incumplimiento la parte que ha cumplido con su obligación ve frustrado su fin práctico que consiste en obtener la prestación incumplida de la otra, la cual se encuentra enriquecida al incrementarse su patrimonio sin haberse desprendido de nada. La equidad no puede tolerar esto, habiéndose de restablecer el equilibrio roto por la inactividad del obligado (115).

Contrariamente, deducimos de lo dicho al estudiar el criterio de la equivalencia de las prestaciones que el enriquecimiento derivado de un contrato no es injusto y está justificado aún cuando no existe un equivalente eco-

nómico entre las prestaciones, enriqueciéndose una de las partes, sin que sea a costa de pérdida en la otra, al considerarse la autonomía privada como más importante. En este sentido no procede hablar de una rigurosa conmutabilidad, entendida como principio de equivalencia, ni tampoco como principio de intercambio.

De modo que de acuerdo con las sentencias analizadas vemos como el origen del tema en cuestión se circunscribe únicamente en la esfera del cumplimiento. Se entiende en los casos en los que se dictó el cumplimiento, que se lleve a cabo para que por medio de su realización, aunque no sea voluntario, previsto según la obligación contraída en un primer momento, se "entregue" lo debido no perteneciente al deudor y termine todo tipo de enriquecimiento injusto o sin causa (116).

Por lo que se refiere a la resolución, al extinguir la obligación para el futuro y con efectos retroactivos, hace que se produzca una restitución recíproca de las cosas que han constituido su materia, con la finalidad de conseguir nuevamente que las partes se sitúen en la misma situación que tenían antes de nacer la obligación bilateral, cesando igualmente mediante las restituciones pertinentes el enriquecimiento que es objeto de prohibición. Mas comprendido lo expuesto desde el punto de vista de la causa, la acción resolutoria del art. 1124 del C.C.

es una especie de "condictio causa data causa non secuta" lo cual se aviene perfectamente con la naturaleza personal de aquella facultad que se concedía cuando alguien había disminuído su propio patrimonio en favor de otro, en contemplación de una prestación que ella había de recibir de un hecho futuro "causa futura honestas" que luego no se realizaría (117).

Asimismo, la indemnización de daños y abono de intereses también se tiene en cuenta en el enriquecimiento pues en él entran a formar parte el "damnum emergens" y el "lucrum cesans" (118).

2.2.6. El postulado "pacta sunt servanda"

En todas las resoluciones estudiadas se contempla cómo el principio "qui iure suo utitur neminem laedit", el brocardo de "pacta sunt servanda" aparece conformando la otra faceta de una misma realidad: El respeto a lo jurídico, mucho más que a lo ya constituído previamente y "preparado" para su ejercicio. Se requiere a cada uno de los sujetos intervinientes una necesidad de mantenerse fieles a sus promesas, como consecuencia de la exigencia de una actitud honrada, leal, limpia, recta, justa, sincera, íntegra; procedente de la misma dignidad humana; apoyada en la confianza respectiva de su cumplimiento para dar y re-

cibir cada parte lo que le corresponde. Se trata de una actitud individual de calidad personal valorada como capacidad de libertad y de responsabilidad frente a la contraparte, en el seno de la convivencia colectiva debidamente organizada, estimada como la comprensión de la conducta correspondiente a la verdad y a la prudencia, como posibilidad de comportarse frente a las responsabilidades que provienen de las obligaciones nacidas del pacto concertado (119).

A su vez, percibimos que tal idea de que los pactos deben ser respetados se aplica como una consecuencia del reconocimiento de la autonomía de la voluntad con ciertos límites, conceptuada como libertad del hombre para crear relaciones jurídicas y regular su contenido, de acuerdo con lo previsto en el art. 1255 del C.C. que dice: "Los contratantes puede establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público".

Por tanto, la relación de hombre a hombre con fines de satisfacción de necesidades y conveniencias tiene fuerza vinculante al surgir una frontera de la libertad que se funda en la libertad misma para poder conseguir un equilibrio y conciliación de los principios de personalidad y libre autonomía de los contratantes, derivado de la

solidaridad que ha de mantenerse mutuamente entre el deudor y el acreedor; entre éste como deudor con respecto al primero como acreedor, según la naturaleza de las obligaciones bilaterales (120). Y, yendo mas lejos, con respecto a la sociedad en su conjunto, pues es imposible organizarla si se puede querer y hacer lo contrario de lo convenido, sin herir los derechos de los terceros que han tenido en cuenta una determinada conducta para ajustar a ella la suya (121).

Si bien la obligatoriedad de lo pactado encuentra su razón de ser en la misma idea de la persona expresada en la autonomía privada con los límites y conexiones apuntadas, circunscribirla sólo a estos términos significa poseer una visión incompleta, al no hacer ostensible que también se apoya en la necesidad de la seguridad jurídica.

De esta última manera podrá conseguirse una confianza en que el deudor pagará, y en que el Derecho actuará si hiciera falta, habiendo de prevalecer la justicia (122), manifestándose la prolongación de la "securitas" en el reconocimiento que el ordenamiento hace que los propios intereses y de su implicación en los ajenos, hasta el punto de que será posible prever las consecuencias que haya de tener la situación actual de los intereses aceptados y regulados positivamente (123).

En todas las ocasiones, se llega a reconocer que la obligación es siempre deber de fidelidad (124). La falta de una coacción plena para imponer al deudor la figurada observancia del deber que se traduce en la posibilidad de no cumplirlo, no es argumento bastante para negar significado jurídico a aquel. Esto se confirma puesto que la coacción entendida de un modo literal y directo, no es nota rigurosamente consustancial con la idea del Derecho. La legitimidad de las normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre con las que gobiernan el mundo de la naturaleza no descansa en cuanto a que se observan, sino a que deben observarse. Por lo tanto, la posibilidad de que en determinados casos concretos no se cumple el deber de prestación, no trae consigo su irrelevancia. Lo que importa es la existencia misma del deber. Y en la figura de la obligación se da, incluso, más acusadamente, porque no se manifiesta sólo en el amplio sentido del deber observar la norma, sino en el más específico de que, bajo su imperio, una persona observa una conducta en interés de otro. Cuando nos encontramos ante obligaciones bilaterales, la materialización del interés ha de ser recíproca, según corresponda con las posiciones del acreedor y deudor de cada uno de los intervinientes (125).

No obstante, la base normativa dentro del C.C. barajada a la hora de mantener la máxima "pacta sunt servanda" se estructura en un sentido general indistinto como

sigue (126):

a) Los contratos son obligatorios, y las obligaciones nacidas de los mismos tienen fuerza de ley entre las partes (arts. 1091 y 1278).

b) Su obligatoriedad se deriva de la voluntad de las partes, sancionada y amparada por la ley, nunca del juramento (art. 1260).

c) Esta obligatoriedad se hace extensiva a todas las consecuencias que, aún no expresadas, se deriven de la naturaleza del contrato, conforme a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258).

d) En razón de la obligatoriedad del contrato, no pueden dejarse la validez y el cumplimiento del mismo al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256).

2.2.7. La exigencia de la buena fe

Según se pone de manifiesto en todas las opiniones doctrinales y jurisprudenciales la buena fe es entendida desde la perspectiva de que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar ni abusar de la confianza que se tiene en él. Guarda una estrecha relación con la conservación del postulado "pacta sunt servanda", pues tal máxima es esgrimida por cada una de las partes en su actuación de acreedor contra el deudor que ha de respe-

tarla y encarnarse en aquélla. Resulta que sin la creencia de fidelidad no es posible otorgar confianza, ni mantener crédito alguno, vinculado en su significado más usual a las prestaciones que se han de cumplir en el futuro en la cual confían mutuamente las partes, valiéndose de la reputación o buena fama que el deudor merece al acreedor y la esperanza que en él se deposita de que cumplirá la obligación que contrae. Ello implica una unión entre la voluntad propia y la ajena, que está por encima de las palabras declaradas: la existencia de una cuestión de medida, que se relaciona con la realización de la seguridad jurídica como permanencia de la posibilidad de justicia (127)

Aunque el tema de la buena fe no tiene unos contornos unívocos en el tema de las obligaciones bilaterales, y su operatividad actúa sobre situaciones muy distintas y con efectos muy diferentes. Su exigencia se entiende en un sentido objetivo basado en el art. 1258 del C.C., situándose como comportamiento en el mismo plano que el uso o la ley, con la consiguiente adquisición de una función de norma dispositiva (128).

Pero este carácter no se entiende nunca absolutamente y a lo que se aspira es a obtener un justo equilibrio entre los intereses de las partes, llevándose a cabo una precisión distinta en cada supuesto, según el contenido de la relación jurídica a que respondan y la posición

que ocupen con referencia al ordenamiento, de acuerdo con los usos del tráfico y el término medio cultural de la sociedad ajustado a los mandatos generalmente vigentes de justicia, en cuanto no sea contrario al contenido de los valores discutidos en las voces "fidelidad" y "crédito". Lo que equivale a no utilizarlo mediante un arbitrio inmoderado, sino "secundum speciem rationis" (129).

Se manifiesta que la buena fe se muestra como una restricción a la autonomía de la voluntad, y se le reconoce una naturaleza principal de acuerdo con su actuación, lo que supone una caracterización técnica determinada que tiene en cuenta los comportamientos de los sujetos considerando en su totalidad el propósito de cooperación (130). Ello representa, desde un punto de vista positivo, que los obligados han de actuar siempre según la buena fe, prestando todo lo que exige una fraterna convivencia; y desde un punto de vista negativo, que han de omitir todo lo que le contradiga como veto a un comportamiento deshonesto, ya se refiera a la malicia, a la violencia, o al fraude con los otros (131).

El criterio analizado se identifica con lo bueno y lo equitativo; contiene alguna influencia eticista, si bien el problema moral en el que se encuentra circunscrita se resuelve en una cuestión jurídica inspiradora de soluciones que hacen asumir la índole de una particular com-

prensión del "alterum non laedere" al que se halla indiscutiblemente unido (132). Y lo que en realidad interesa es su función normativa atribuida en cuanto suministra una pauta de reciprocidad cristalizada por una "conducta tipo", al erigirse como una idea que debe ser observada entre las partes conforme a lo debido y lo esperado, explicativa de la solidaridad que liga al uno y al otro, pues ambas sustentan las categorías de acreedor y deudor al mismo tiempo (133).

La equidad juega respecto a la buena fe en dos momentos: el de la determinación de su contenido, estimada aquélla como una forma más del valor justicia; y el de la dinámica de la normatividad jurídica, pues el contenido dicho no está en relación sólo con las particulares circunstancias de un caso concreto, sino principalmente con todas las condiciones que determinan características de la vida en una comunidad dada en un tiempo y lugar concretos. Esto indica que la equidad jugará su función propia respecto a la norma, reputándola surgida o encarnada por la buena fe (134).

En conclusión, el principio de buena fe actúa con respecto a las dos partes de una relación obligatoria bilateral, sin exclusión de la siguiente manera (135):

a) Se dirige a cada uno de los sujetos en la fun-

ción de deudores con el mandato de cumplir su obligación, no sólo respecto a la letra, sino también en relación a su espíritu, y en la forma que el acreedor puede razonablemente esperar de él.

b) Se dirige a cada uno de los sujetos en la función de acreedores con el mandato de ejercitar el derecho que les corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte y la consideración que ésta puede pretender por la vinculación existente.

c) Se dirige a todos los intervinientes en su conjunto con la orden de conducirse como corresponde al sentido y finalidad de esta especial vinculación y a una conciencia honesta.

Su consideración más patente radica en los casos en los que interviene la salvaguarda de la equidad, enumerados páginas atrás. Es decir, cuando nos hallamos ante un cumplimiento retrasado, defectuoso o parcial, o cuando se ampara la "exceptio non adimpleti contractus" o la "exceptio non rite adimpleti contractus".

2.2.8. La reparación del perjudicado y la imposición de sanción

En este punto resulta que los fallos que deciden, el cumplimiento de la obligación tienen como finalidad práctica, en la mayoría de los casos, el logro de una reparación; y los que mantienen la resolución se fundamentan, sobre todo, en la consecución de una sanción, aunque en algunos supuestos aspiren a lograr una reparación o, incluso, otras pretendan alcanzar ambas a la vez.

Sin embargo, ninguna de las dos, reparación o sanción, pertenecen a campos absolutamente independientes, sino que se mantienen en conexión con la responsabilidad, como consecuencia jurídica derivada del hecho de un incumplimiento de obligaciones bilaterales. La materialización del "suum cuique tribuere" es obtenida en ambos criterios tanto en el tema del "cuánto" "del suum" y del "hacia quién" del mismo, como en el de las expresiones del "quién", del "qué" y del "cómo" de la justicia enfocado de forma actual y singular. Lo que sucede es que la reparación centra la atención primordialmente en el acreedor para resarcirle, y la sanción en el deudor para castigarle (136).

La función de reparación intenta en su desenvolvimiento reparar el perjuicio producido al acreedor por la inejecución de la obligación que estaba llamado a cumplir el deudor al no satisfacerse sus intereses, por no alcanzar la consumación de la finalidad perseguida en la medida en que el sujeto es considerado en sus propias aspiracio-

nes. Se basa en la existencia de la relación causa-efecto, ya que se entiende el incumplimiento como el simple hecho de no cumplir (137).

De forma que se obtiene por medio de la petición del cumplimiento forzoso la obtención de la prestación querida, realizadora de la entrega de la perteneciente al acreedor, si es que no se había llevado a cabo anteriormente por causa del incumplimiento de la otra parte, quedando la situación en los términos pactados (138).

El cumplimiento exacto, aunque sea involuntario, permite el ejercicio del derecho de crédito componente del deber-derecho que cada sujeto tiene hacia el otro y suprime la posibilidad de celebrar otro contrato con el cual obtener una prestación idéntica o similar a la que le faltaba. La parte perjudicada ha logrado ser reparada por aquél, y si es que no lo consiguió del todo, la indemnización de daños y perjuicios dictados son los llamados a completarla conforme a equidad como reposición causal "post contractum" (139), pues lo cierto es que el incumplimiento genera, casi siempre "per se" un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la otra parte, al desviarse del plan fijado y producirse en ciertas modificaciones en el curso causal previsto.,

En cuanto a la reparación en la esfera de la re-

solución, ésta parte de la observancia de que ni la ejecución forzosa ni la indemnización de años y perjuicios amparan y tutelan al acreedor de forma total porque no le aseguran contra la insolvencia en que puede encontrarse el deudor al tiempo de finalizar el dilatado procedimiento ejecutivo. Y porque, además, se expone a una serie de molestias de las que no podría resarcirse absolutamente; siendo posible que como consecuencia del incumplimiento haya perdido todo interés de que se ejecute la contraprestación. Así, se dispensa al acreedor de ejecutar su propia obligación, o se le permite recobrar la prestación que ha realizado, haciendo desaparecer el perjuicio que resultaba para él cumplir sin contrapartida su prestación, además de facultársele para la petición de la reparación por el resarcimiento de daños y abono de intereses, cuando la conducta del deudor haya originado otros perjuicios, lo mismo que sucede en el caso de la petición del cumplimiento (140).

Respecto a la imposición de una sanción se entiende que se suministra la elección de la resolución precisamente para castigar a aquel que no hace honor a su palabra, que no es fiel a lo convenido, derivado de la calificación del acto u omisión como reprobable, contrario a la buena fe; permitiendo defenderse a la otra parte del acto ilícito cometido que lesiona su derecho subjetivo, consistente en un interés merecedor de tutela, al servir

de protección eficaz por la fuerza, presión y amenaza que conlleva en un estadio anterior, y por su aplicación correspondiente en un momento posterior (141).

Lo expuesto se explica, porque la resolución es entendida como la consecuencia jurídica desfavorable para el sujeto que se impone en caso de infracción, conformadora del contenido y objeto final de la coactividad existente para el cumplimiento de obligaciones bilaterales. La conducta del deudor ha de ser entendida como parte de una relación intersubjetiva y se desarrolla en un proceso de conexiones entre lo querido y lo hecho y entre lo hecho, y lo conseguido. En todo caso, la resolución como noción de sanción afecta, de un lado, al precepto previsto en el art. 1124 del C.C., en cuanto que resulta incorporado a la inviolabilidad y permanencia del ordenamiento jurídico; y, por otro, a la fijación de una de las estrictas consecuencias previstas para la realización del incumplimiento en razón de los efectos buscados y obtenidos (142).

Correlativamente, aparece, como exigencia esencial de esta postura, la opinión de que el incumplimiento ha de proceder de culpa del incumplidor, careciendo de sentido en los casos de que responda a un caso fortuito o fuerza mayor. No cumplir en este plano significa no mantener la garantía debida, no es tan sólo la omisión, en un tiempo determinado de una prestación específica, sino que

se trata de un total comportamiento culpable que transgrede el límite de la garantía prestada, dándose lugar en su caso, también, a la indemnización de daños y perjuicios, causante de resultados comunes: la resolución y el resarcimiento, se consideraran como dos tipos de sanciones que tienen la misma base (143).

Finalmente, como ya dijimos, en algunas ocasiones se sostiene, desde una perspectiva sincrética, que la resolución produce una reparación al acreedor y una sanción para el deudor al mismo tiempo (144) según lo que acabamos de exponer en la parte atinente a la facultad resolutoria y su aceptación.

2.2.9. La seguridad y la certeza jurídico-legales

Ambos conceptos integran un mismo criterio, y se combinan hasta llegar a confundirse en lenguaje usual, como demuestra la realidad. No obstante, en el ámbito en el que nos movemos el razonamiento diferenciador que se sigue es el siguiente, partiendo del reconocimiento de que el postulado jurídico de la conservación social cristaliza en el logro de la paz, esta ha de ser definida como aquel principio que explica la persecución por una sociedad de su propio mantenimiento, expresada en dos dimensiones: una subjetiva y otra ojetiva.

Subjetivamente, se liga a la idea de paz con la quietud o reposo de los miembros sociales en un estado en el que se goza de tranquilidad para saberse que se hallan eliminados eficazmente todos aquellos factores que sean susceptibles de perturbación. La "seguridad jurídica" se constituye en cuanto que tal noción hace referencia a la esfera del Derecho. Por su parte, se puede describir su contemplación "sub especie" desde la perspectiva objetiva, mediante el empleo del término "certeza jurídica", pues el sistema de indicaciones y de contraindicaciones que constituyen las instituciones y demás figuras jurídicas vistas a la luz de su tendencia a la realización, tienen un valor intrínseco que depende de la extensión e intensidad con que se persigan y logren los efectos equilibradores buscados (145).

El juzgador es consciente de que ambos conceptos: seguridad y certeza, se complementan. Un mundo jurídico simplemente seguro dejaría la duda de si se trata de un mundo fundado sólo en la apariencia; similarmente a lo que ocurriría con un mundo únicamente cierto, pues se viviría al margen de un sosiego que carecería de virtud aquietadora por su misma alienación subjetiva (146).

La noción de seguridad surge como un correlato social e individual de la vigencia sancionadora del Dere-

cho. La situación del individuo en la sociedad está determinada concretamente y resulta posible en su desarrollo por la certeza que al sujeto se le confiere (147). Pero esta relación evidentemente es de acción-conocimiento; toda persona se coloca en posición de continua decisión frente a los demás y de individualidad garantizada en su desarrollo por una estructura permanente y objetiva que dé a conocer con anterioridad cómo será calificada la acción y qué resultado llevará aparejada la misma (148). No obstante, la indeterminación previa habrá de recaer sobre las prestaciones puesto que se circunscribe en el sentido de una facultad dictaminada por la norma jurídica: el cumplimiento, o la resolución, de la obligación.

El orden regulador de las obligaciones bilaterales ofrece conforme a las ideas generales expresadas, una opción que abre y asegura posibilidades de cumplimiento del derecho subjetivo del que actuó conforme a lo convenido. Por lo tanto, aunque no se pueda conocer de antemano el contenido que se habrá de dar en su ejercicio y aceptación a las prestaciones, el conocimiento incierto, sirve de instrumento aseguratorio del interés protegido jurídicamente por el derecho del cumplidor, al ejecutar o sustituir el objeto de la obligación de la parte incumplidora (149).

En suma, se desprende, que la "fides" es la causa

de la "securitas" infiltrada en la contextura del ordenamiento jurídico conforme a las exigencias normativas propias de la "societas iuris" (150). Y que el dar a cada uno lo suyo, de acuerdo con la norma aplicable, es la fórmula básica tenida en cuenta al decidir supuestos de este tipo a propósito del contenido de dicho precepto (151).

La confianza se actúa por medio de la norma manifestada en una continuidad temporal. Para un sujeto el valor de la seguridad-certeza es equivalente, estrictamente hablando, al de su libertad. Se trata sólo de una diferencia prospectiva. Libertad es la seguridad que cada individuo tiene de poder dominar, empleando los medios lícitos que la legalidad le ofrece, los elementos y recursos que pueden alcanzar poniéndolos al servicio de su propio interés. Y seguridad-certeza jurídica es la proyección en el futuro y en las eventuales circunstancias que pueden derivarse de la libertad presente, en su consideración subjetiva u objetiva, respectivamente (152).

La seguridad del tráfico jurídico (153), y en concreto en el que tiene por objeto las obligaciones bilaterales, se plasma en el sentido que acabamos de ver, y también es dable con respecto a la situación producida posteriormente a haberse pronunciado el juzgador en la idea de acceder a la petición del cumplimiento o de la resolución. En el primer supuesto se deriva de que al

exigirse el cumplimiento y producirse él, las relaciones de las partes entre sí, al igual que la de éstas con terceras personas dejan de ser inciertas en un doble sentido:

a) El deudor se libera al ejecutarse la obligación y ser ya imposible exigibilidad de prestación alguna por el acreedor que quedó satisfecho.

b) Los terceros pueden establecer cualquier relación jurídica nueva con quienes quieran de los sujetos de la obligación anterior por desaparecer la situación de dependencia en la relación jurídica preexistente (154).

En cuanto al otorgamiento de la resolución, el logro del criterio examinado se alcanza en razón de sus efectos propios tanto en el campo de las relaciones entre las partes como en el de éstas con terceros. Como sabemos, se produce una extinción de la relación jurídica para el futuro y con carácter retroactivo, como resultado del reintegro en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron los sujetos (155) aunque según COSSIO, no puede decirse que la obligación que se haya declarado resuelta carezca de toda eficacia, pues el art. 1124 del C.C. autoriza a reclamar indemnización de daños y perjuicios, lo que nos lleva a admitir el interés negativo y el positivo (156).

2.2.10. La congruencia en las decisiones judiciales

La eficacia jurídica intersubjetiva del principio lógico de no-contradicción se traduce en este sentido a través de la compatibilización llevada a cabo por las sentencias, o laudos, congruentes, en cualquiera de las formas posibles a modo de adecuación entre lo que pide la parte cumplidora y lo establecido en la norma jurídica.

Es el criterio más utilizado en la solución de litigios que emanan de la causa estudiada. Se mantiene en todas las decisiones, tanto en las que dictan el cumplimiento, como en las que sostienen la resolución de la obligación.

Su defensa arranca, en el ámbito jurisdiccional, de lo previsto en el art. 359 de la L.E.C., y con respecto al arbitraje de la causa 4^a. art. 45 de la L.A. regulador de la anulación del laudo (157). Por lo que se configura constantemente como el criterio dirigido a delimitar las facultades decisorias judiciales que requiere conformidad entre lo resuelto y lo controvertido oportunamente por los litigantes, en relación con los poderes atribuidos en cada caso al juez por el ordenamiento jurídico (158), sin que exista ninguna especialidad con respecto al tratamiento dado en las demás resoluciones ajenas al incumplimiento de

obligaciones bilaterales (159).

El fundamento en el que se apoya la congruencia de las sentencias, extensible a los laudos, aunque por su propia naturaleza no descansa en ninguno estrictamente determinado, sino en todos aquellos que informan el proceso, es principalmente el dispositivo: las partes son libres para defender su derecho, para dejarlo insatisfecho o bien para sustraerlo del conocimiento de los órganos jurisdiccionales y encomendar su decisión. Si así lo prefieren, a los árbitros. Se entiende que la disposición consiste propiamente en la posesión del dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio en el sentido de que son libres de ejercitalos o no. Por esto, es incuestionable la estrecha conexión con el respeto a la congruencia, pues ni la actividad procesal puede versar sobre otra cosa, ni la sentencia ir más allá de las pretensiones deducidas.

Otros principios que sirven de soporte son los de audiencia y contradicción reconocidos en nuestro ordenamiento, porque nadie en sus últimos términos debe ser condenado sin haber sido oído, otorgándose la posibilidad de contradecir lo contenido por la otra parte y defender su posición alegando y probando los hechos que le interesan. Cosa que de ninguna manera se podrá llevar a cabo si no existe una identidad con los sujetos, la causa o razón de

pedir, y la pretensión en sí misma considerada.

El de impedir un exceso por parte del juzgador como derivado, por un lado, de la potestad de disposición de las partes el cual le sirve de límite e instrumento al objeto de componer la litis y garantizar la efectividad, la observancia y la reintegración del Derecho sustancial, adaptándose a la particular naturaleza del propio objeto. Por otro lado, se desprende de la exigencia del actuar imparcialmente, imparcialidad sin la que no puede existir un legítimo proceso, ni un juicio justo, y que mantiene una situación de "equidistancia" con respecto a los sujetos intervinientes.

El del reconocimiento y protección del derecho subjetivo que en el proceso se hace valer al entenderse la acción como tal derecho público del particular contra el Estado para que le proteja mediante la actividad de los Tribunales respecto de una relación jurídica determinada, constitutiva de un derecho a la tutela judicial existente en todos los supuestos en que se da un derecho subjetivo privado accionable, si bien estos no coinciden plenamente: el primero se dirige contra el Estado, el segundo contra el deudor; el primero exige protección por medio de la actividad cognitiva y ejecutiva de los Tribunales; el segundo una prestación particular, consistente en un hacer o en un no hacer.

Y, por último, la necesidad de congruencia encuentra su base en el concepto del proceso y de la sentencia, ya que el proceso es el instrumento jurídico destinado a la satisfacción de pretensiones, de lo que se concluye que toda pretensión dirigida al órgano jurisdiccional da lugar a un proceso y, a la inversa, que no es concebible un proceso sin la existencia de una pretensión. Ahora bien, por ser la sentencia el acto de determinación normal de un proceso de cognición, se comprende que en ella deberán reflejarse los dos requerimientos señalados: toda pretensión dirigida al Juez debe ser resuelta en la sentencia y, no es concebible una sentencia sin que su contenido se refiera a una pretensión (160).

Consiguientemente, el fallo, que tiene como finalidad el dar a cada uno lo suyo con el respeto que se debe al principio del "alterum non laedere", ha de contraerse al mismo actor o recurrente, al mismo demandado o recurrido y a su calidad. Si el pronunciamiento se dirigiera a personas no actoras o no recurrentes en el momento de la sentencia, o perjudicara a sujetos no demandados o recurridos en dicho instante, padecería de incongruencia.

Iniciado el proceso, el conocimiento judicial se encuentra vinculado a la "causa petendi" o conjunto de acontecimientos de la vida real que son tenidos en cuenta

por la norma correspondiente para establecer una determinada consecuencia jurídica, que es la que se pretende, la cual se desdobra en los aspectos de hecho y de Derecho. Con arreglo al primero de ellos se reconoce a las partes la determinación del elemento fáctico de la sentencia, esto es, de los hechos. De suerte que sólo se podrá decidir según lo alegado y probado por aquéllas respecto a los hechos que no están fijados en el proceso como dados, en virtud de la admisión de la parte a quien perjudique. En cuando a lo que se refiere al segundo aspecto el juez conoce de oficio la norma jurídica y por ello goza de libertad para determinarla, ya que su deber es proceder a su aplicación, pudiendo actuar la investigación correspondiente para hallar la adecuada al caso concreto y variar el punto de vista jurídico de la controversia. Sin embargo, el principio dispositivo impone un límite: no modificar ni los hechos, ni lo pedido ("petitum"), que ha de determinarse con claridad y precisión de forma cualitativa (cosa o prestación debida) y cuantitativa (la cuantía objeto del pleito (161).

Con lo que a grandes rasgos:

1. El fallo no ha de contener más de lo pedido por las partes. Este límite máximo viene dado en función de la pretensión del actor (162).

2. El fallo no ha de contener menos de lo pedido por las partes. Este límite mínimo se establece en relación con lo no admitido por el demandado (163).

3. El fallo no ha de ser inconsecuente con lo pedido por alguna de las partes. Si se pide la resolución no ha de concederse el cumplimiento y viceversa (164). Otra cosa es que se deniegue la resolución porque se estima que hay causas justificadas, apreciadas discrecionalmente, que autorizan para señalar plazo, o que se sostenga el cumplimiento y, alternativa o subsidiariamente, la resolución, o al revés, pudiéndose decidir cualquiera de ellos en aras de la equidad.

NOTAS

- (1) Pero el vendedor quedaba protegido por la posibilidad de negarse a entregar la cosa mientras el comprador no le hubiera hecho pago del precio -"exceptio non adimpleti contractus"-; y, en caso de que ya hubiera hecho entrega de la cosa, por la norma de que el vendedor quedaba propietario de ella, pese a haber hecho su tradición, en tanto no se le pagare el precio (Cfr. ALVAREZ VIGARAY, R.: "La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento", Comares, Granada 1986, pp. 12 y ss.; ARANGIO-RUIZ, G.: "La compravendita in Diritto romano", Jovene, Napoli 1954, pp. 402 y ss. y 413 y ss.
- (2) Cfr. DAZAROLA, G.: "Los contratos innominados en el Derecho romano", Santiago de Chile 1954, pp. 7 y ss.
- (3) Cfr. ALVAREZ VIGARAY, R.: op. cit., p. 21.
- (4) Cfr. OGAYAR, T.: "Efectos que produce la obligación bilateral", Aranzadi, Pamplona 1983, p. 48.
- (5) Cfr. ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A.: "La compra-venta en las Partidas", Publ. en el Centenario de la Ley del Notariado, sec. I, vol. II, Madrid 1965.
- (6) Cfr. OGAYAR, T.: op. cit., p. 49.
- (7) Sentó la regla de que en caso de incumplimiento de una de las partes la otra no tiene que ejecutar su prestación, facultando a la inocente para disolver el vínculo obligatorio, obteniendo de la autoridad judicial una decisión declaratoria de la resolución.

Más tarde, el Pontífice Inocencio III, en la Decretal "Quemadmodum" fundó la resolución en la existencia de una cláusula sobreentendida que suspendiera primero la ejecución de las obligaciones contractuales y después, subsistiendo la ejecución, se concedería a la parte inocente el derecho a solicitar la declaración judicial de resolución.

Pero más bien se parece esta figura a la "exceptio non adimpleti contractus", y serían los canonistas los primeros que comenzarían a extender la resolución por incumplimiento a los contratos innominados; tarea para la que utilizarían el concepto de causa, como eje central de los contratos bilaterales (Cfr. GONZALEZ GONZALEZ, A.: "La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales", Bosch, Barcelona 1987, p. 184.

- (8) Cfr. Decretales de Gregorio IX: III, 3, 9: cit. en ALVAREZ VIGARAY, R.: op. cit., p. 30.
- (9) Cfr. OGAYAR, T.: op. cit., p. 49.
- (10) Cfr. GONZALEZ GONZALEZ, A.: op. cit., p. 187.
- (11) Cfr. LASSO GAITE, J.F.: "Crónica de la Codificación española. Codificación civil. Génesis e historia del Código", vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1970, p. 283.
- (12) Ver SS. de 5 de julio de 1941; 17 de febrero de 1950 y 21 de marzo de 1980.
- (13) La doctrina moderna ha distinguido entre el pacto comisorio expreso y la condición resolutoria igualmente expresa. El primero, tiene por efecto atribuir, a la parte en cuyo beneficio se ha acordado, un poder de resolución frente a la otra, al que puede renunciar, sin que se produzcan automáticamente los efectos, como es el caso de la segunda.

Ambas figuras se diferencian de la relación jurídica sometida a la resolución por incumplimiento como rasgos más sobresalientes, aparte de en su origen: a) En que esta tiene una eficacia con carácter puro y simple, no existiendo ninguna cláusula especial adicional; b) Es potestativo en el perjudicado el optar por el cumplimiento o la resolución y caso de que opte por esta última tendrá que dirigir una declaración a la parte contraria o/y pedir judicialmente su resolución; c) El Tribunal tiene el poder de señalar un plazo al deudor para que pueda cumplir; d) De la condición resolutoria cada parte puede prevalerse de ella por su naturaleza fortuita. Pero, ni en el pacto comisorio ni en la resolución

por incumplimiento ello se establece a favor de ninguno de los sujetos intervinientes; e) Una vez cumplida la condición resolutoria para renunciar al efecto por ella producido se necesita el acuerdo de ambas partes que ya había desaparecido en virtud del cumplimiento de la obligación. En los otros casos es posible la renuncia unilateral antes de que se dicte sentencia; f) La condición resolutoria nunca engendrará la obligación de indemnizar, al contrario que la resolución por incumplimiento, pues al provenir, o al menos poder provenir, de la inejecución voluntaria por una de las partes, es jurídico y equitativo que este sea obligado a indemnizar. (V. ALVAREZ VIGARAY, R.: op. cit., pp. 70 y ss.; ANDREOLI, G.: "Appunti sulla clausula resolutive espressa e sul termine essenziale", R.T.D.P.C, t. IV, 1950, pp. 72 y ss.; IRURZUM GOICOA, D.: "La cláusula resolutoria y el pacto comisorio", E.D.P. t. II, Madrid, 1965; RIPERT, G. - BOULANGER, J.: "Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol", t. II, L.G.D.J., París 1957, pp. 206 y ss.

- (14) V: Como doctrina que plasma lo que a continuación se expone: ALVAREZ VIGARAY, R., op.cit. AULETTA, G.: "La risoluzione per inadempimento", Giuffrè, Milano 1942; BIGIAMI, W.: "Risoluzione per inadempimento e alienazione di cosa litigiosa", R.T.D.P.C., t. VIII, 1954, pp. 129 y ss.; FERNANDEZ CANTOS, J.L.: "La resolución de los contratos por causa de incumplimiento", R.G.L.J., julio-agosto 1960, pp. 34 y ss.; FUBINI, R.: "Incumplimiento del contrato por parte del deudor: sus consecuencias para la actuación del acreedor", R.D.P. 194, 1929, pp. 33 y ss.; GONZALEZ GONZALEZ: op. cit., etc.
- (15) S. de 8 de mayo de 1965; 20 de febrero de 1988.
- (16) S. de 27 de diciembre de 1971.
- (17) SS. de 11 de abril de 1921; y 1 de abril de 1925.
- (18) SS. de 3 de marzo de 1941; 22 de marzo de 1950; 26 de noviembre de 1955; 17 de junio de 1969; 6 de julio de 1976; 14 de abril de 1978.
- (19) SS. de 16 de noviembre de 1956; 24 de noviembre de 1966; 14 de marzo de 1973; 10 de junio de 1976; 2 de marzo de 1977;

- (20) S. de 15 de febrero de 1965; 27 de octubre de 1986;
- (21) SS. de 14 de junio de 1933; 5 de enero de 1935; 16 de marzo de 1948; 10 de marzo de 1950; 5 de marzo de 1953; 23 de febrero de 1954; 30 de octubre de 1965; 1 de febrero de 1966; 11 de marzo de 1969; 1 de febrero de 1966; 11 de marzo de 1969; 27 de diciembre de 1971; 30 de noviembre de 1974; 30 de octubre de 1975; 30 de marzo de 1976; 20 de diciembre de 1977; 7 de febrero y 20 de abril de 1978; 21 de mayo de 1984; 14 de junio de 1989.
- (22) SS. de 14 de junio de 1993; 19 de febrero de 1945; 5 de mayo de 1953; 7 de junio de 1963; 16 de mayo de 1969; 30 de mayo de 1974; 20 de abril de 1978. Aunque en ciertos supuestos el T.S. ha entendido el requisito de principalidad con cierta amplitud: En las SS. de 16 de diciembre de 1930 y 30 de diciembre de 1961 aplican el art. 1124 a casos de donación modal o similares; y la de 11 de julio de 1984 da lugar a la resolución por incumplimiento de una "obligación modal" de no edificar.
- (23) Ver S. de 4 de mayo de 1972.
- (24) Ver SS. de 5 de enero de 1935; 12 de abril y 6 de julio de 1945; 27 de mayo de 1955; 16 de diciembre de 1968; 7 de febrero de 1978; 23 de febrero de 1988. V. también DIEZ-PICAZO, L.: "El retardo, la mora y la resolución de los contratos synalagmáticos", A.D.C. 1969, pp. 383 y ss.; JORDANO BAREA, J.: "Cumplimiento tardío y facultad resolutoria", A.D.C. 1951, pp. 303 y ss.
- (25) Ver SS. de 5 y 9 de julio de 1941; 5 de junio de 1944; 12 de enero de 1951; 17 de diciembre de 1964; 9 de diciembre de 1966; 12 de junio de 1968; 18 de octubre de 1969; 18 de noviembre de 1970; 14 de marzo de 1973.
- (26) Ver SS. de 5 y 9 de julio de 1941, 9 de marzo de 1950; 8 de julio de 1952; 7 de noviembre de 1973; 20 de diciembre de 1977; 28 de febrero de 1980; 30 de junio de 1981; 27 de marzo de 1982.

- (27) Ver SS. de 2 de enero de 1951; 5 de mayo de 1953; 4 de mayo de 1982; 4 de octubre de 1983.
- (28) Entre otras SS. ver las de 9 de octubre de 1981 y 13 de mayo de 1985.
- (29) Ver SS. de 29 de septiembre de 1930; 12 de marzo de 1947; 17 de diciembre de 1948; 11 de enero de 1949; 24 de mayo de 1952; 17 de noviembre de 1973.
- (30) Es decir, alegando el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. V. SS.; 16 de febrero de 1950; y 17 de noviembre de 1973.
- (31) Cfr. PINTO RUIZ, J.: "En torno a la llamada condición resolutoria tácita", R.J.C., julio-agosto 1953, pp. 291 y ss.; y SS. de 19 de mayo de 1961; 21 de mayo de 1976; 22 de diciembre de 1977; 23 de febrero de 1988.
- (32) Ver SS. de 6 de julio de 1952; 8 de mayo y 28 de septiembre de 1965; 25 de noviembre de 1985.
- (33) Con respecto a la duración de 15 años: Ver SS. de 12 de marzo de 1965; 20 de diciembre de 1977. Por el contrario hay otras sentencias que establecen un plazo de cuatro años de acuerdo con el art. 1299, así las de 14 de octubre de 1914; 3 de diciembre de 1928; 17 de marzo de 1958.
- (34) Y si la resolución constituyera un pacto comisorio expreso o una condición resolutoria, los efectos se producirían a partir de la declaración del acreedor, o de modo automático respectivamente.
- (35) Cuando se haya agotado el tiempo para interponer algún recurso, o si no es posible la interposición de los mismos por el estadio procesal en el que se encuentra el caso.
- (36) En el caso de que se trate de una prestación de servicios estas habrán de valorarse.

- (37) Esta restitución de frutos se impone por la remisión que el párrafo final del art. 1124 hace al 1295 el cual dispone que: "La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses".
- (38) Lo mismo que rige para los casos de nulidad, rescisión y condición resolutoria en los arts. 1295, 1305, 1307, 1308 y 1123 respectivamente.
- (39) Todo ello ha de entenderse sin poder resolver "ipso iure" los negocios dispositivos que tiene por causa las obligaciones resueltas. Y con respecto a las obligaciones de tracto sucesivo que vienen cumpliéndose por ambas partes hasta cierto momento, la retroacción, solo alcanza al periodo en el que comienza el incumplimiento, sin olvidar los límites previstos en el último párrafo del art. 1124 del C.C.
- (40) V. sobre la naturaleza opcional del art. 1124 del C.C.: ESPINAR LAFUENTE, F.: "Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas", en "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castan Tobeñas", J., Edic. Univ. de Navarra, Pamplona 1969, p. 143.
- (41) Cfr. DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema de Derecho Civil", vol. II, Tecnos, Madrid 1982, p. 241.
- (42) Existe una polémica entre considerar el cumplimiento normal como un hecho o como un negocio jurídico. La postura más adecuada es la que sostiene que cuando la ejecución de la prestación se lleve a cabo sin la colaboración del deudor como sucede con las prestaciones de no hacer, habrá de reputarse como un simple hecho jurídico; en cambio cuando se trate de una obligación de dar, o que requiera de algún modo la colaboración del acreedor, que ha de prestar su consentimiento o aceptación, estaremos en presencia de un negocio jurídico (Ver S. de 18 de noviembre de 1944).
- (43) V. BETTI, E.: "Teoría general del negocio jurídico", trad. Martínez Pérez, Edit. R.D.P., Madrid 1969, p. 348; CASTRO Y BRAVO, F. de: "El negocio jurídico", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1967, p. 463; OERTMANN, P.: "Invalidéz e ineficacia de los negocios", R.D.P., marzo 1929, pp. 65 y ss.,

para el estudio de la diferencia entre invalidez e ineficacia en el negocio jurídico, ya que el primero se refiere a defectos intrínsecos y el segundo a los extrínsecos. Y SS. de 11 de octubre de 1982; 25 de mayo de 1983; 25 de septiembre de 1985.

(44) Ver los art. 1294, 1300 y ss., 1584, 1732 del C.C. como ejemplos ilustrativos. La diferencia con la declaración se trata en realidad, de una diferencia de matiz de la que no se hace eco el C.C.

(45) Es errónea la afirmación de la S. de 2 de febrero de 1973 de que cuando (sin dejar la elección a voluntad del demandado) se pidan simultáneamente el cumplimiento y la resolución, el reclamante ha de optar preferentemente por aquel, y la resolución ha de pedirla sólo subsidiariamente.

El argumento de la sentencia es: si prospera la resolución, resuelto el contrato, ya no es posible obtener el cumplimiento, aunque en su apartado B dice el considerando 1 de la sentencia: "la (acción de cumplimiento tiene preferencia, porque si el contrato se resuelve, ya no puede darse (el cumplimiento), de aquí que en caso de accionarse conjuntamente debe pedirse subsidiariamente la resolución, por cuya razón se quitaría sentido a pedir como preferente la resolución y como subsidiario el cumplimiento" (Cfr. ALBALADEJO, M.: op. cit., t. II, vol. 1, p. 112).

(46) Sobre el reconocimiento de la opción. V. SS. de 6 de octubre de 1967; 21 de septiembre de 1974. Sobre el reconocimiento de la subsidiariedad o alternatividad V. SS. de 11 de enero de 1949; 6 de octubre de 1967; 2 de febrero de 1973.

(47) En este caso se sigue mantenimiento la opción, debido a que al acreedor le cabe escoger la resolución o el mantenimiento de la obligación, y que el incumplidor, en vez del cumplimiento específico abone el valor de la prestación hecha imposible (V. ALBALADEJO, M.: op. cit., t. II, vol. 1, p. 112). Pero no cabe pedir la resolución inmediatamente después de solicitar el cumplimiento, habiendo de ser rechazada de plano la solicitud incidental que se deduzca (S. 28 de septiembre de 1899).

(48) Sin embargo, esta facultad no puede ejercitarse cuando el supuesto controvertido está sujeto a con-

dición resolutoria expresamente pactada o específicamente determinada por la ley. (Cfr. OGAYAR, T.: op. cit., p. 114).

- (49) Ver SS. de 6 de mayo de 1911; 17 de abril de 1920; 27 de marzo de 1972.
- (50) Aunque por regla general se produce "per se" un daño, un perjuicio, una frustración, en su interés material o moral. (V. S. de 29 de noviembre de 1985).
- (51) Las ganancias dejadas de obtener no pueden ser dudosas ni contingentes. (V. S. de 24 de octubre de 1953). V. además las SS. de 25 de enero de 1929; y de 13 de febrero de 1920.
- (52) V. SS. de 6 de mayo de 1944; 23 de octubre de 1957; 24 de enero de 1959.
- (53) Cfr. GONZALEZ GONZALEZ, A.: op. cit., p. 221; MOSCO, L.: "La resolución de los contratos por incumplimiento", Barcelona 1962, p. 170.
- (54) Cfr. GONZALEZ GONZALEZ, A.: op. cit., pp. 221 y ss.; y SS. de 3 de marzo de 1967; 31 de octubre de 1984; 26 de febrero de 1985.
- (55) Cfr. OGAYAR, T.: op. cit., pp. 69 y 124. V. también las SS. citadas de 10 de marzo de 1950; 21 de noviembre de 1963 y 23 de noviembre de 1964. GONZALEZ GONZALEZ, A.: op. cit., pp. 238 y 239, critica esta idea de pretender unificar, a través de la remisión de una norma a otra los preceptos de la resolución y de la rescisión, por las diferentes exigencias en las que se apoyan.
- (56) El art. 34.2 de la L.H. deja a salvo la buena fe del tercero al decir: "La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro".
- (57) Cfr. GORDILLO CAÑAS, A.: "Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor "non dominus, traditio sine causa". ¿Adquisición de buena fe? Comentario a la S. de 5 de mayo de 1983", A.D.C. II,

- 1984, p. 581. V. igualmente VALLET DE GOYTISOLO, J.: "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", R.D.P., diciembre 1947, pp. 931 y ss. y SS. de 6 de febrero de 1984 y 24 de noviembre de 1984.
- (58) Cfr. GONZALEZ GONZALEZ: op. cit., p. 244 y en el mismo sentido: COSSIO Y CORRAL, J.A.: "Instituciones de Derecho hipotecario", Bosch, Barcelona 1956, p. 201; NUÑEZ LAGOS, R.: "El Registro de la Propiedad española", R.C.D.I. 251, 1949, pp. 218 y ss. y "Realidad y Registro", R.G.L.J., abril 1945, p. 426.
- (59) Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "Los principios clásicos del Derecho", Unión Edit., Madrid 1975, pp. 60 y 61; id.: "El Derecho en la aventura europea de la libertad", Reus, Madrid, 1987, pp. 65, 80 y ss. y p. 103.
- (60) id.: "El Derecho ..." cit., pp. 80 y ss.
- (61) Cfr. IHERING, R.V.: "El fin en el Derecho", trad. Heliasta, Buenos Aires 1978.
- (62) Esta postura se adapta a la teoría de THON según aparece expresada en DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema ..." cit., vol. 1, p. 439. V. SS. entre otras: 6 de junio de 1958; 20 de octubre de 1964; 10 de marzo de 1980; 24 de septiembre de 1986.
- (63) Cfr. FASSÒ, G.: "Riflessioni logico-storiche sul diritto soggettivo e diritto oggettivo", R.T.D.P.C. 2, 1972, pp. 373 y ss; GIULIANO, M.: "Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridica", Bologna 1965; IONESCU, T.: "Théories nouvelles sur le droit subjectif", Ketsikalis-Verlag, Atenas 1973; id.: "La notion de droit subjectif dans le Droit privé": Bruylant, Bruxelles 1978; PEIDRO, I. y RODRIGUEZ-ARIAS, L.: "Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo", R.G.L.J., Marzo 1948, pp. 257 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C.: "Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo". A.D.C., 1981, pp. 3 y ss.
- (64) De acuerdo con SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "Derecho ..." cit., p. 204, el cual sigue a A. PEREZ: "De Iustitia et iure, et de restitutione et poeniten-

tia", Lyon 1661, Disp. I, nº 22; Disp. II, cap. 2, nº 56, cap. 2, nº 71

- (65) Ver SS. de 13 de marzo de 1930; 30 de mayo de 1942; 17 de noviembre de 1954; 8 de junio de 1960; 30 de octubre de 1975; 27 de octubre de 1986.
- (66) V. BALLADORE PALLIERI, G.: "Diritto soggettivo e diritto reale" I, 1952, pp. 22 y ss.; BOZZI, R.: "Voz 'Diritto soggettivo e interesse'", en N.D.I.; CESARI-NI-SFORZA, W.: "Aventure del diritto soggettivo", Bolletino dell'Istituto di Filosofia del Diritto della R. Università di Roma año II, ed. sep. Roma 1941; GALLARDO RUEDA, A.: "La voluntad privada y la génesis de los derechos subjetivos", R.C.D.I., 188, 1944, pp. 13 y ss; GOMEZ ORBANEJA, E.: "El ejercicio de los derechos", (Discurso de apertura del curso 1954-1955), Valladolid 1954. Y SS. de 7 de enero de 1944; 13 de marzo de 1953; 14 de noviembre de 1962; 14 de diciembre de 1965; 5 de marzo de 1967; 17 de enero de 1975, 25 de abril de 1987; 29 de noviembre de 1985.
- (67) V. en términos generales: ALMAGRO NOSETE, J.: "Artículo 24". Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978, t. III, Edersa, Madrid 1983, pp. 54 y ss.; id. "Garantías constitucionales del proceso civil", Justicia 81, pp. 11 y ss.; CHIARONI: "La domanda di giustizia nel settore civile", en "Giustizia tra Diritto e organizzazione", Torino 1989, pp. 17 y ss.; DROMI, J.R.: "Derecho subjetivo y responsabilidad pública", Grouz, Madrid 1986; ENTRENA KLETT, C.M.: "La efectividad de la tutela jurídica en nuestro Derecho", R.P.J., septiembre 1983, pp. 51 y ss.; OLIVA SANTOS, A. de la: "Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional", Bosch, Barcelona 1980; ORESTANO, R.: "Azione: Diritti soggettivi: Persone giuridiche: Scienza del Diritto e storia. Il Mulino, Bologna 1978; Y V. SS. de 14 de marzo de 1930; 30 de mayo de 1942; 10 de marzo de 1950; 8 de junio de 1960; 10 de diciembre de 1970; 23 de febrero de 1988.
- (68) V. las SS. expuestas en la nota nº 66.
- (69) Ver SS. de 13 de marzo y 14 de marzo de 1930; 9 de abril y 9 de julio de 1941; 30 de mayo 1942; 28 de enero 1944; 24 de septiembre de 1953; 17 de noviembre de 1954; 30 de septiembre , 12 de noviembre; 1

de febrero de 1955 y 6 de junio de 1958; 11 de marzo de 1959; 20 de octubre de 1964; 29 de septiembre de 1966; 28 de junio de 1968; 10 de marzo de 1980; 9 de octubre de 1981; 19 de abril de 1982; 4 de marzo y 24 de septiembre de 1986; 22 de febrero de 1988.

- (70) Ver SS. de 3 de marzo de 1930; 5 de julio de 1933; 15 de marzo y 15 de enero de 1934; 28 de enero de 1943; 10 de enero de 1944; 28 de enero y 17 de diciembre 1948; 10 de marzo de 1950; 24 de octubre de 1953; 19 de octubre de 1957; 16 de mayo de 1959; 8 de junio de 1960; 30 de mayo de 1964; 28 de septiembre y 25 de noviembre de 1965; 26 de noviembre de 1968; 10 de diciembre de 1970; 28 de septiembre de 1971; 30 de octubre de 1975; 26 de enero de 1976; 5 noviembre de 1979; 27 de octubre de 1986; 21 de abril de 1987.
- (71) V. en cuanto a los límites del ejercicio de los derechos subjetivos CASTAN VAZQUEZ, J.M.: "El abuso del derecho en el nuevo Título Preliminar del C.C." I, MADRID 1977, pp. 469 y ss.; LLUIS Y NAVAS, J.: "El ejercicio antisocial del derecho: Su teoría general", R.G.L.J. LXXXI, 1980, pp. 115 y ss; MARTINEZ GARCERRADA, L.: "La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos", R.D.P. LXIII, 1979, pp. 434 y ss.; NATOLI, V.: "La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio" (art. 1175 del C.C.)" en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milano 1975, pp. 119 y ss. Y ver la bibliografía citada por CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho civil español común y foral", t. I, vol. II, Reus, Madrid 1984, en nota 1, pp. 56 y ss. V. también SS. de 10 de diciembre de 1971; 24 de septiembre de 1986; y 23 de febrero de 1988.
- (72) V. BREZZIA, U.: "Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffrè, Milano 1968, pp. 30 y ss.; y NATOLI, U.: id. Y SS. 9 de abril de 1941; 28 de enero de 1944; 24 de octubre de 1953; 28 de septiembre de 1971; 21 de abril de 1987.
- (73) V. las SS. referidas en las notas 69 y 70 de este capítulo.
- (74) No olvidemos que la equidad es el elemento jurídico básico en la discrecionalidad. V. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La idea de equidad y su relación con otras

ideas morales y jurídicas afines". (Discurso de apertura de los Tribunales), Reus, Madrid 1950, pp. 62 y ss.

- (75) V. especialmente SS. de 30 de septiembre de 1955; 9 de marzo de 1960; 25 de noviembre de 1985; 14 de junio de 1989; V. ALVAREZ VIGARAY, A.: op. cit., pp. 95 y 96; DELL'AQUILA, E.: "La resolución del contrato bilateral por incumplimiento", Salamanca 1981, pp. 162 y 163; ESPIN CANOVAS, D.: "Manual de Derecho Civil español", vol. III, Madrid 1974, p. 419; LA-CRUZ BERDEJO, J.L.: "Elementos de Derecho Civil", t. II, vol. I, Barcelona 1977, pp. 120 y ss.; RIPERT-BOULANGER, J.: "Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol", t. II, París 1957, pp. 202 y ss.; RIPERT, G.: "La règle morale dans les obligations civiles", L.G.D.J., París 1935, p. 1413; TRAVIESAS, M.: "Obligaciones recíprocas" en R.D.P., septiembre 1929, p. 277.
- (76) Ver SS. del 12 de noviembre de 1955 y 9 de febrero de 1977 con respecto a la equivalencia de las prestaciones; y las de 4 de noviembre de 1963; y 23 de junio de 1969 en lo relativo al enriquecimiento injusto.
- (77) V. SS. de 20 de marzo de 1945 y 15 de febrero de 1947.
- (78) Cfr. GUASP, J.: "Derecho", Madrid 1971, pp. 45 y 46. V. también CHIODI, G.M.: "Equità. La categoria regolativa del Diritto", Guida Edit., Napoli 1989; GUARRA, A.: "Equità e legalità negli ordinamenti della quiriprudenza", Giuffrè, Milano 1970; IRTI, N.: "Crisi della legge e giudizio di equità" en "Diritto e società, 1978, pp. 371 y ss.; MUSATTI, A.: "Principio della nuova equità", en "Scritti in onore di V. Scialoja IV, Bologna 1953, pp. 331 y ss.
- (79) V. SS. 5 de julio de 1933; de 5 de julio de 1946; 19 de enero de 1957; 19 de mayo de 1961; 3 de marzo de 1973; 21 de mayo de 1984.
- (80) El equivalente se entiende con referencia a lo que constituiría el cumplimiento debido el cual se conforma aparte de la indemnización de daños y perjuicios; y siempre se ha de actuar en línea de equidad, teniendo en cuenta los elementos aportados. Ver SS.

- de 13 de mayo de 1930; 30 de mayo de 1942; 28 de enero de 1944; 5 de julio de 1946; 24 de septiembre de 1953; 17 de noviembre de 1954; 1 de febrero, 30 de septiembre de 1955 y 12 de noviembre de 1955; 19 de enero de 1957; 10 de febrero de 1958; 11 de marzo 1959; 9 de marzo 1960; 19 de mayo de 1961; 14 de noviembre de 1962; 4 de noviembre de 1963; 20 de octubre de 1964; 29 de septiembre de 1966; 28 de junio de 1968; 27 de mayo de 1969; 22 de octubre de 1973; 9 febrero de 1977; 10 de marzo de 1980; 25 de noviembre de 1985; 24 de septiembre y 4 de marzo de 1986; 23 de febrero de 1988; 30 de marzo de 1989.
- (81) V. SS. de 3 de marzo de 1930; 5 de julio de 1933; 15 de enero y 15 de marzo de 1934; 24 de octubre de 1941; 10 de enero de 1944; 7 de julio y 17 de diciembre de 1948; 10 de marzo; 20 de mayo; 14 de diciembre de 1951; 24 de octubre de 1953; 22 de octubre de 1954; 8 de febrero de 1955; 19 de mayo de 1959; 30 de mayo de 1964; 28 de septiembre de 1965; 3 de mayo de 1967; 16 de diciembre de 1968; 23 de junio de 1969; 28 de septiembre de 1972; 3 de marzo de 1973; 21 de octubre de 1974; 18 de enero de 1975; 26 de enero de 1976; 23 de enero de 1984; 21 de mayo de 1984; 7 de mayo y 27 de octubre de 1986; 21 de abril de 1987; 20 de febrero de 1988; 5 de junio y 14 de junio de 1989.
- (82) V. nota nº 75 de este Capítulo.
- (83) V. SS. de 7 de julio de 1942; 24 de octubre de 1953; 17 de noviembre de 1954; 1 y 8 de febrero y 30 de septiembre de 1955; 19 de marzo de 1961; 7 de mayo y 24 de septiembre de 1986; 20 de febrero de 1988; 5 y 14 de junio de 1989.
- (84) V. notas nº 80 y 81 de este Capítulo.
- (85) V. SS. de 21 de noviembre de 1971; 17 de enero de 1975; 15 de marzo y 3 de octubre de 1979; 9 de octubre de 1981; 13 de mayo de 1985.
- (86) V. las SS. expuestas en la nota 74 del capítulo anterior.
- (87) V. ARISTOTELES. "Ética a Nicomaco", Libr. V, cap. 4, 1132b, en cuanto a la noción de justicia conmutati-

- va; MAURY, M.: "Essai sur le rôle de la notion d'équivalence", (Thèse), Toulouse 1920, pp. 20 y ss.
- (88) En este sentido V. ARECHEDERRA ARANZADI, L.J.: "La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual", Montecorvo, Madrid 1978, pp. 348 y ss.
- (89) V. MAURY, M.: op. cit., pp 14 y ss. V. también ADDEO, P.: "Sul concetto di equilibrio economico dei contratti onerosi", R.D.Co. 1920, p. 345; BARTHOLOMEYCZIK, H.: "Äquivalenzprinzip. Woltengleichheit und Gegengewichts Prinzipien den modernen Rechtsentwicklung", A.C.P. 166, 1966, pp. 30 y ss.; GRASERIE, R. de la: "Etude sur l'inegalité dans les contrats en Droit comparé", Bull. Soc. Lég. Comparée 1911; HACKL: "Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit", en Der Betriebs-Berater 29, 1977, pp. 1412 y ss.; HUNGERBÖHLER: "Die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung im Versicherungswerttrag", Berna, Frankfurt am Main 1972; PATARIN, J.: "Le problème de l'équivalence juridique des résultats", Dalloz, Paris 1954; PEROT-MOREL, M.A.. "De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat", Paris 1961; y SS. de 13 de marzo de 1930; 4 de febrero de 1947; 9 de febrero de 1977; 27 de octubre de 1986.
- (90) V. ALVAREZ VIGARAY, R.: op. cit., p. 96; RIPERT, G. - BOULANGER, J.: op. cit., t. II, p. 202.
- (91) V. sobre el tema: PRADA GONZALEZ, J.M.: "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", A.A.M.N. 1968, pp. 257 y ss; SANCHEZ-BLANCO, J.: "Onerosidad, gratuidad y causa", R.D.P. junio 1952, pp. 476 y ss.; SCHAPP, W.: "La nueva ciencia del Derecho", R.O, Madrid 1931; pp. 13 y 14.
- (92) V. ATIYAH, P.S.: "The Rise and Fall of Freedom of Contract", Clarendon Press, Oxford 1979; BONET CORRERA, J.: "Las deudas de dinero", Civitas, Madrid 1981, pp. 29 y 30; CARRESI, G.: "Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico", R.T.D.P.C. I, 1949, pp. 822 y ss; ROEPKE, W.; "Más allá de la oferta y la demanda", trad. Unión Editorial, Madrid 1979; V. SS. de 9 de febrero de 1977; 21 de mayo de 1984; 24 de octubre de 1986.
- (93) Cfr. VALPUESTA, E.: "La prohibición de la arbitra-

riedad en el ámbito contractual privado", Edit. Universidad de Navarra, Pamplona 1989, pp. 316 y ss.; V. SS. de 13 de marzo de 1930; 12 de noviembre de 1955; 10 de febrero de 1960; 9 de febrero de 1977; 24 de octubre de 1986.

- (94) V. SS. de 3 de abril de 1940; 6 de julio de 1945; 4 de febrero de 1947; 10 de marzo de 1950; 22 de octubre de 1954; 23 de enero y 21 de mayo de 1984; 7 de mayo y 27 de octubre de 1986; 14 de junio de 1989.
- (95) Ver SS. de 7 de mayo de 1986; y 14 de junio de 1989.
- (96) El art. 1255 del C.C. dispone: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que sean contrarias a las leyes, a la moral y al orden público".
- (97) Hay que diferenciar el justo precio respecto al precio lícito establecido por disposiciones administrativas que fijan precios máximos para determinados bienes. V. CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho civil ..." cit., t. IV, pp. 90 y 91. En cuanto un precio fuese fijado administrativamente de tal modo que significase una intervención del mercado libre y consiguiente negación de las estimaciones directas de los contratantes, o de algunos de ellos, tal licitud sería solamente legalista, y excluiría la justicia en cuanto excluyera factores del consentimiento esencial a la determinación de un contrato. La determinación de una "renta justa" en la legislación arrendaticia no pasa de ser subjetivamente "política", puesto que los "precios", "rentas" e "índices" establecidos son calculados y controlados oficialmente. Cfr. BONET CORREA, J.: op. cit., p. 32 y FUENMAYOR, A.: "La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos", A.D.C. 1950, pp. 1202 y ss).
- (98) El art. 1294 del C.C. dice: "La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio".
- (99) Como ocurre en el caso de la aplicación de la cláusula "rebus sie stantibus", la teoría de la base del negocio, de la imposibilidad sobrevenida, etc.

- (100) V. BARASSI, I.: "Giusto salario e salari anormali. Contributo al concetto di equivalenza nei contratti onerosi di cambio". R.D.C. XV, 1947, p. 14; FUENMAYOR, A.: op. cit., pp. 1202 y ss.; y SS. de 10 de febrero de 1960; 9 de febrero de 1977 y 21 de mayo de 1984.
- (101) Cfr. LOPEZ JACOISTE, J.I.: "Sobre la gloria de la equivalencia contractual". Estudios jurídicos en homenaje al Prof. F. de Castro II, Madrid 1976, p. 833.
- (102) Cfr. sobre el tema: GOULDNER, A.W.: "The Norm of Reciprocity", A.R.S.P. XXV, 1960, pp. 161 y ss.; MOSES-ITURRASPE, J.: "Justicia contractual", Buenos Aires 1978. Además todo ello se expresa en el conjunto de la SS. contenidas en las notas 93 y 94 de este Capítulo.
- (103) Ver SS. de 8 de julio de 1952 y 28 de noviembre de 1961.
- (104) Ver SS. de 5 de Julio de 1946; 9 de marzo de 1960; 30 de octubre de 1975; 2 de junio de 1989.
- (105) Cfr. OGAYAR, T.: op. cit., pp. 72 y 73.
- (106) Ver SS. de 9 de abril de 1941; 9 de marzo de 1960; 30 de octubre de 1975; 20 de febrero de 1988.
- (107) Cfr. RIPERT, G.-BOULANGER, J.: op. cit. II, p. 118.
- (108) Cfr. SANCHEZ BLANCO, J.: op. cit., p. 502 y ss.
- (109) Ver SS. de 10 de marzo de 1950; 27 de octubre de 1986.
- (110) Ver SS. de 13 de marzo de 1930; 9 de abril y 9 de julio de 1941; 5 de julio de 1946; 27 de junio de 1958; 9 de marzo de 1960; 27 de mayo y 25 de octubre de 1969; 24 de septiembre de 1986; 23 de febrero de 1988; 10 de marzo de 1989.

- (111) Ver SS. de 24 de octubre de 1941; 4 de febrero de 1947; 10 de marzo de 1950; 30 de octubre de 1975; 27 de octubre y 5 de marzo de 1986; 20 de febrero de 1988; 2 de junio de 1989.
- (112) Exactamente a partir de la S. del 12 de enero de 1943, cuyo ponente fue CASTAN TOBEÑAS.
- (113) Como afirman: CAMARA, M. de la y DIEZ-PICAZO, L.: "Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa", Civitas, Madrid 1988, pp. 25 y ss.
- (114) V. sobre el tema de la determinación de los requisitos: ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A.: "El enriquecimiento sin causa", Comares, Granada 1989, pp. 155 y ss.; BARBIERA, L.: "L'ingiustificato arricchimento", Jovene, Napoli 1964; CAEMMERER, E.: "Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause", R.I.D.C. 18, 1966, pp. 573 y ss.; ESPUNY GOMEZ, T.: "Perfil y límites del enriquecimiento infundado", R.J.C. LXIX, 1952, pp. 42 y ss.; GARRIGA, R.: "El enriquecimiento sin causa, sus caracteres y efectos", cit. R.G.L.J. 2, 1980, p. 285; MOISSET DE ESPANES, L.: "Notas sobre enriquecimiento sin causa", R.G.L.J. 2, 1980, p. 263; NÚÑEZ LAGOS, R.: "El enriquecimiento sin causa en el Derecho español", Madrid, 1934; ROCA SASTRE, R., y PUIG BRUTAU, J.: "El enriquecimiento sin causa", t. 1, Edit. R.D.P., Madrid 1948; SACCO, R.: "L'arricchimento attenuato mediante fatto ingiustificato", Torino 1959; TRIMARCHI, P.: "L'arricchimento senza causa", Giuffrè, Milano 1962. V. SS. de 11 de julio de 1940; 28 de enero de 1956; 23 de marzo de 1966; 22 de marzo de 1978.
- (115) V. especialmente, las SS. de 11 de marzo de 1959; 23 de junio de 1969; y 23 de febrero de 1988.
- (116) Ver SS. de 1 de marzo y 13 de marzo de 1930; 9 de julio de 1941; 28 de enero de 1944; 1 de febrero de 1955; 11 de marzo de 1959; 23 de febrero de 1988.
- (117) Ver SS. de 4 de febrero de 1947; 17 de diciembre de 1942; 10 de marzo de 1950; 8 de febrero de 1955; 19 de mayo de 1959, 23 de junio de 1969.
- (118) Ver SS. de 1 de febrero de 1955; 11 de marzo de

1959.

- (119) V. en este sentido lo dicho por SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "Los principios ..." cits., pp. 174 y 178; y SS. 11 de junio de 1951; 31 de marzo de 1956; 5 de mayo de 1986.
- (120) Ver SS. de 11 de julio de 1930; 28 de enero de 1943; 8 de junio de 1960; 25 de noviembre de 1965.
- (121) Cfr. BLAU, P.M.: "Exchange and Power in Social Life", Wiley, New York 1964; BREDEMEIER, H.C.: "La teoría funzionale del Diritto", Unicopli, Milano 1983.
- (122) Cfr. la teoría sostenida por: ALVAREZ ROBLES, A. en "La seguridad en los negocios jurídicos", Estudios jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona, 1979; V. SS. de 27 de junio de 1958; 8 de julio de 1968; 10 de diciembre de 1970; 5 de junio de 1989.
- (123) id. id.
- (124) En especial V. la S. de 24 de octubre de 1986.
- (125) Cfr. HERNANDEZ GIL, A.: "Derecho de Obligaciones", t. III de sus Obras Completas, España Calpe, Madrid 1988, pp. 29 y ss.
- (126) Lo dicho se adecúa al esquema presentado por CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho civil ..." cit., t. III, pp. 610 y 611. Cfr. también VALPUESTA, E.: op. cit., pp. 273 y ss. En cuanto a las SS. que dictan el cumplimiento de la obligación. V. los de 14 de marzo y 2 de junio de 1930; 27 de junio de 1958; 11 de marzo de 1959; 9 de marzo de 1906; 8 de julio de 1968; 1970; 16 de diciembre y 25 de septiembre de 1971; 10 de marzo de 1980. Y entre las que dictan la resolución ver SS. II, 3 de marzo y 11 de julio de 1930; 15 de enero y 15 de marzo 1934; 28 de enero de 1943; 20 de enero de 1944; 4 de febrero de 1947; 20 de mayo de 1950; 14 de diciembre de 1951; 8 de junio de 1960; 19 de diciembre de 1963; 25 de noviembre de 1965; 26 de noviembre y 16 de diciembre de 1968; 10 de diciembre de 1970; 30 de octubre de 1975; 23 de enero de 1984; 5 de junio de 1989.

- (127) Cfr. CAMACHO EVANGELISTA, F.: "La buena fe en el cumplimiento de las Obligaciones", Universidad de Granada, 1962; CICERON afirma que el fundamento de la justicia es la fidelidad, esto es la firmeza y veracidad en las palabras y contratos. (Cfr. "De Officiis", Libr. I, cap. XVII, Libr. III, caps XVI, XVII, XIX; CORRADINI, D.: "Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto privato", Giuffrè, Milano 1970; FERREIRA RUBIO, D.M.: "El principio general de la buena fe", (Tesis), Universidad Complutense de Madrid, 1982; GOMEZ-ACEBO, F.: "La buena y la mala fe su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el C.C.", R.D.P. XXXVI, 1952, pp. 101 y ss. y 192 y ss.; GONÇALVES SALVADOR, M.: "A boa fe nas obrigações (naturaliza e definição)", 88, 1968, pp. 7 y ss.
- (128) V. WIEACKER, F.: "El principio general de buena fe", trad. Civitas, Madrid 1986, p. 34. Ver SS. de 28 de enero de 1944; 1 de febrero de 1955; 19 de diciembre de 1963; 23 de enero de 1984.
- (129) EICHLER: "Die Rechtslehre von Vertrauen", Nürnberg 1950, pp. 13 y ss.; NANNI, L.: "La buona fede contrattuale", Cedam, Padova 1988, pp. 145 y ss.; SANTOS BRIZ, J.: "Tendencias modernas en el Derecho de Obligaciones", R.D.P. 1960, p. 569; V. SS. de 9 de abril de 1941; 4 de noviembre de 1963); 25 de noviembre de 1985.
- (130) GORPHE, F.: "Le principe de la bonne foi", Dalloz, Paris 1928; MOZOS, J.L. de los: "La buena fe en el Título Preliminar del C.C." en Estudios Academia Matritense del Notariado I, Madrid 1976.
- (131) V. SS. de 9 de julio de 1941; 5 de julio de 1946; 19 de enero de 1957; 25 de noviembre de 1965.
- (132) En cuanto al aspecto eticista de la buena fe; V. FERREIRA RUBIO, D.M. op. cit., p. 99; GOMEZ-ACEBO, F.: "La buena fe y la mala fe ..." cit., p. 120; GORPHE, F.: op. cit., p. 11; RIPERT, G.: "La règle ..." cit, pp. 6 y 7; VALLET DE GOYTISOLO, I.: "De la virtud de la justicia a lo justo jurídico", en el vol. "En torno al Derecho Natural", Sala, Madrid 1973, pp. 65 y ss. y la bibliografía citada. Y en lo relativo a la relación entre la buena fe y la reali-

zación del "alterum non laedere" V. SS. de 27 de junio de 1958; 29 de septiembre de 1966; 3 de marzo de 1973; 6 de julio de 1989.

- (133) V. las SS. enumeradas en la nota anterior.
- (134) Cfr. FERREIRA RUBIO, D.M.: op. cit., pp. 115 y ss.; V. además: BIONDI, B.: "Equità e buona fede" en "Scritti giuridici", Milano 1965, pp. 93 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, J.: "Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico", Montecorbo, Madrid 1982, sobre todo, el cap. VIII y la bibliografía citada en este lugar.
- (135) V. LARENZ, K.: "op.cit., t.I, p.148; SANTOS BRIZ, J.: op.cit., p.570; V. SS. relativas al cumplimiento de la obligación de 13 de marzo de 1930; 9 de abril y 9 de julio de 1941; 28 de enero de 1944; 5 de julio de 1946; 6 de mayo de 1949; 12 de noviembre y 1 de febrero de 1955; 19 de enero y 23 de octubre de 1957; 12 de junio y 27 de junio de 1958; 11 de marzo de 1959; 9 de marzo de 1960; 14 de junio y 4 de noviembre de 1963; 20 de octubre de 1964; 29 de septiembre de 1966; 27 de mayo, 25 de octubre de 1969; 25 de noviembre de 1985; 24 de octubre de 1986; Y en cuanto a la resolución de la misma Cfr. SS. de 11 de julio de 1930; 15 de enero y 15 de marzo de 1934; 24 de octubre de 1941; 6 de julio de 1945; 7 de julio, 17 de diciembre de 1948; 22 de octubre de 1954; 19 de octubre de 1957; 19 de mayo de 1959; 19 de diciembre de 1963; 25 de noviembre de 1965; 28 de septiembre de 1972; 3 de marzo de 1973; 2 de enero y 30 de octubre de 1975; 23 de enero de 1984; 20 de febrero de 1988; 6 de julio de 1989..
- (136) Cfr. BONET CORREA, J.: "Los actos contrarios a las normas y sus sanciones", A.D.C. XXIX 2, 1976, pp. 309 y ss.; MANN: "Zum Privatrecht der deutschen Reparationsleistung", Tübingen 1962; MONTEL, A.: "Considerations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent", R.T.D.C. XXXI, 1932, pp. 1107 y ss.; ROUJOU DE LA BOUBEE: "Essai sur la notion de réparation", Paris 1979; STARCK, B.: "Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée", Paris 1947. Ver SS. 14 de marzo de 1930; 9 de julio de 1941; 12 de noviembre de 1955; 9 de octubre de 1977 en lo que se refiere a la reparación. Y SS. de 15 de enero de 1934; 20 de mayo de 1950; 27 de octubre de

1986 por lo que respecta a la sanción.

- (137) Si bien en la mayoría de los casos se especifica la voluntad rebelde y deliberada del deudor en el incumplimiento, sobre todo en las sentencias más antiguas.
- (138) V. SS. de 13 y 14 de marzo de 1930; 9 de abril de 1941; 9 julio de 1941; 30 mayo de 1942; 28 de enero de 1944; 5 de julio de 1946; 6 mayo 1949; 24 de septiembre de 1953; 1 de febrero; 30 de septiembre; 12 de noviembre de 1955; 23 de octubre; 27 de diciembre de 1957; 10 de febrero; 27 de junio de 1958; 11 de marzo de 1959; 9 de marzo de 1960; 19 de marzo de 1961; 20 de octubre de 1964; 29 de septiembre de 1966; 8 de julio de 1968; 22 de octubre de 1973; 9 de octubre; 27 de mayo de 1981; 19 de abril de 1982; 24 de septiembre y 24 de octubre de 1985; 10 de mayo de 1986.
- (139) Cfr. ANDREOLI, G.: "Contributo alla teoria dell'adempimento", Padova 1937; BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. "El cumplimiento de las obligaciones", Edit. R.D.P., Madrid 1956; CRISTOBAL MONTES, A.: "El pago o cumplimiento de las obligaciones", Tecnos, Madrid 1986; OPPO, G.: "Adempimento e liberalità", Giuffrè, Milano 1947.
- (140) Cfr. MAZEAUD, H.L.: "Leçons de Droit Civil", Montchrestien, t.II, París 1956, p. 887; MESSINEO, F.: "Dottrine generale del contratto", Giuffrè, Milano 1952, pp. 481 y ss.; y SS. de 5 de julio de 1933; 15 de enero de 1934; 28 de enero de 1944; 6 de julio de 1945; 17 de diciembre de 1948; 20 de mayo de 1950; 14 de diciembre de 1951; 8 de febrero de 1955; 19 de octubre de 1957; 16 de mayo de 1959; 8 de junio de 1960; 19 de diciembre de 1963; 1965; 26 de noviembre de 1968; 16 de diciembre de 1968; 28 de septiembre de 1970; 10 de diciembre de 1972, 3 de marzo de 1973; 21 de octubre de 1974; 30 de octubre de 1975; 26 de enero de 1976; 5 noviembre de 1979; 23 de enero de 1984.
- (141) V. AULETTA, G.: op. cit., pp. 147 y ss.; GASCA, C.L.: "Trattato della compravendita civile e commerciale", vol. 2, Torino 1915, p. 576; JOSSERAND, L.: "Derecho Civil", t. II, vol. 1, trad. de S. Cunchillos, Buenos Aires 1950, pp. 263 y ss.

- (142) V. SS. de 10 de enero de 1944; 20 de mayo de 1950; 26 de noviembre de 1960; 3 de marzo de 1973; 5 de noviembre de 1959; 23 de enero de 1984.
- (143) V. las SS. de la nota anterior y las de 15 de enero de 1934; 8 de junio de 1960; 10 de diciembre de 1972; 5 de noviembre de 1979.
- (144) V. SS. de 9 de julio de 1941; 29 de septiembre de 1966; 9 de octubre de 1977; 10 de mayo de 1986.
- (145) Cfr. GUASP, J.: "Derecho", cit., pp. 315 y ss.; V. también: CARCATERRA, A.: "Certezza, Scienza, Diritto", R.I.F.D. 1377, 1962; CORSALE, M.: "La certezza del Diritto", Milano 1970; FERREIRA RUBIO, D.M.: "Algunas reflexiones acerca de la relación jurídica, seguridad y justicia", R.G.L.I. LXXXI, 1980, pp. 459 y ss.; QUADRI, G.: "Giustizia e sicurezza", R.I.F.D. 1962, pp. 175 y ss.
- (146) GUASP, J.: id. p. 318; ALBANESE, B.: "Reflessioni sui probleme della certezza e della concretezza del Diritto", J. 10, IV, 1959, p. 431.
- (147) La "salus", o sea la salvación (seguridad) que el Derecho procura, la pone de relieve CICERON, que expresa el pensamiento jurídico clásico. Ella "praevallet consuetudini et constitutioni" (prevalece en dignidad sobre la costumbre y la constitución) (Decretum Gratiani), en cuanto es "lex aeterna" hace que la "securitas" no sea individualizada como exigencia autónoma y tutelada como tal, por más que Santo Tomás indique la "temporalis tranquillitas civitatis" como el fin de la ley humana.

En el pensamiento moderno desde HOBBS en adelante la exigencia de la "securitas" viene a ser motivo central que no se dispersará ya. El Iluminismo o, por lo menos, una parte de él, deja este tema de la seguridad en herencia hasta el pensamiento de la Restauración y el concepto del Estado de Derecho surge alimentándose en sus raíces precisamente de este jugo vital. En los juristas contemporáneos, aún después de las críticas y vivas discusiones acerca del Estado de Derecho, la certeza de la norma y la consiguiente seguridad jurídica quedan como bienes adquiridos para la experiencia jurídica moderna (- Cfr. LOPEZ DE OÑATE, F.: "La certeza del Derecho",

trad. Sentís Melendo y Ayerra, Europa-América, Buenos Aires 1953, pp. 73 y 74. V. también HUBNER GALLO, J.: "La justicia y la seguridad" en "La Justicia y el orden social", Idearium, Mendoza, 1977; QUINTANO REDONDO: "Seguridad jurídica", Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, La Coruña 1973.

- (148) V. como defensores clásicos del criterio que estudiamos. CALMANDREI, P.: "Il giudice e lo storico", Padova 1939, p. 23; id. "Il nuovo processo civile e la scienza giurídica", Padova 1941, p. 24; FERRARA, F.: "Potere del legislatore e funzione del giudice", R.D.C. 1911, p. 515; LOPEZ DE OÑATE: op. cit., pp. 74 y ss.; TEDESCHI, A.: "Su lo studio dell'applicazione del Diritto civile, Roma 1932, p. 3.
- (149) V. SS. de 218 de enero de 1944, 11 de marzo de 1959; 25 de noviembre de 1965; 27 de octubre de 1986.
- (150) id. y en la doctrina V. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "El Derecho en la aventura ..." cit., p. 95.
- (151) Ver en cuanto a las SS. que dictan el cumplimiento las de 28 de enero de 1944; 24 de septiembre 1953; 17 de noviembre de 1954; 1 de febrero de 1955; 23 de octubre de 1957; 11 de marzo de 1959; 14 de noviembre de 1962; 27 de mayo de 1969; 19 de abril de 1982; 24 de septiembre de 1986 y 24 de octubre de 1986; Y en relación con los que determinan la resolución v. las de: 5 de julio de 1933; 15 de enero de 1934; 3 de abril de 1940; 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943; 7 de julio; 17 de diciembre de 1948; 10 de marzo y 20 de mayo de 1950; 14 de diciembre de 1951; 24 de octubre de 1953; 23 de junio de 1954; 19 de octubre de 1957; 25 de noviembre de 1965; 3 de marzo de 1967; 23 de junio de 1969; 21 de octubre de 1974; 5 de noviembre de 1979; 25 de febrero de 1984; 27 de octubre de 1986.
- (152) id. y Cfr.: SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "Sociología del Derecho", Tecnos, Madrid 1987, p. 94.
- (153) En este caso hablamos sólo de seguridad del tráfico jurídico y no de certeza, ya que nos referimos solamente a la situación que ha quedado en la realidad tras dictarse la sentencia pertinente. Ver al respecto: ALVAREZ ROBLES: op. cit.

- (154) Cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, L.I.: op. cit., p., 350; A título de ejemplo V. SS. de 11 de marzo de 1959; 21 de octubre de 1974; 19 de abril de 1982; 25 de febrero de 1984; 24 de septiembre de 1986.
- (155) V. principalmente SS. de 10 de mayo de 1950; 14 de noviembre de 1962; 16 de octubre de 1967; 4 de octubre de 1978; 20 de marzo de 1984; 30 de junio de 1986.
- (156) Cit. en CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil ..." cit., t. III, p. 137.
- (157) El art. 359 de la L.E.C. dice que: "Las sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que estas exijan, condenando y absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que haya sido objeto de debate.
- Cuando éstos hubieran sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos".
- Y el art. 9.4. de la L.A. establece que: "Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión ... en estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.
- (158) De acuerdo con la definición dada por ARAGONESES, P.: "Sentencias congruentes" (Pretension. Oposición. Fallo), Aguilar, Madrid 1957, p. 87.
- (159) V. todas las SS. señaladas en las notas anteriores de este Capítulo tanto referentes al cumplimiento como a la resolución.
- (160) V. a propósito de tales justificaciones: ARAGONESES, P.: op. cit., pp. 139 y ss.; MILLAN, C.: "La incongruencia civil", Tecnos, Madrid 1983, pp. 21 y ss. sobre el principio dispositivo; OLIVA SANTOS, A. de la: "Sobre la congruencia de la sentencia civil",

R.J.E. La Ley 1982; PRIETO-CASTRO, L.; "El principio de congruencia como limitación de las facultades de la Jurisdicción" en "Trabajos y orientaciones de Derecho procesal", Madrid 1964, pp. 279 y ss.

- (161) Cfr. GUASP: "Derecho procesal civil", Instituto de Estudios políticos, Madrid 1956, pp. 516 y ss.
- (162) Ver SS. 30 de mayo de 1942; 24 de septiembre de 1953; 17 de noviembre de 1954; 30 de noviembre de 1955; 9 de octubre de 1981; 25 de octubre de 1969.
- (163) Ver SS. 3 de marzo de 1930; 1 de febrero de 1955; 10 de enero de 1958; 24 de septiembre de 1986; 24 de octubre de 1986.
- (164) Ver las SS. de 1 de febrero de 1955; 9 de octubre de 1977; 23 de enero de 1984; 27 de octubre de 1986.

CAPITULO VII: CONFLICTOS PLANTEADOS POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES BILATERALES NO PREVISTOS EN EL ART. 1124 DEL C.C.: SOLUCIONES Y CRITERIOS FUNDAMENTADORES

1. LA COMPENSACION COMO SOLUCION CONTENIDA EN LOS ARTS. 1195 Y SS. DEL C.C.

1.1. Delimitación conceptual del termino "compensación"

Etimológicamente, la voz "Compensación" proviene de "cum pensare", pesar juntas dos cosas, que transplantado al campo de las relaciones obligatorias equivale a pesar o balancear reunidas dos obligaciones. MODESTINO afirmaba ya que "compensatio est debiti et crediti inter se contributio", o lo que es lo mismo, descontar una deuda por otra, o imputar recíprocamente lo que unos mismos sujetos se deben entre sí (1).

De acuerdo con esta significación se han llevado a cabo numerosos intentos de formulación doctrinal, que atienden a diferentes aspectos comprendidos en la citada institución. Entre las más considerables están las apor-

tadas inicialmente, entre otros, por CASTAN (2) que en base estricta a los arts. 1156- el cual la sitúa dentro de las causas de extinción de las obligaciones - 1195 y 1202 del C.C. español habla del "modo de extinguir en la cantidad concurrente las obligaciones de aquellas personas que por derecho propio sean recíprocamente acreedoras la una de la otra". Es decir, que en realidad es un pago abreviado que impide la reclamación de un acreedor contra su deudor cuando aquel es además, deudor del segundo, todo ello en la cantidad concurrente.

A su vez, GONZALEZ PALOMINO (3) sostiene que es "el pago real que realiza el deudor, no con la prestación que él debe, sino con la que le deben a él". Por lo cual se trata de un pago sin desplazamiento.

Y, PLANIOL (4) dice que se trata de "un modo de extinción especial de las obligaciones recíprocas que dispensan mutuamente a ambos autores de la ejecución efectiva". Postura que ha sido fuertemente criticada al señalarse que adolece de una comprensión de la modalidad parcial, pudiendo llegar a confundir la compensación con la bilateralidad, de la que se referencia en que esta supone una relación obligatoria, recíproca y la compensación dos.

De modo que si aunamos y completamos los

elementos que consideramos comunes de cada una de las posturas descritas, podemos decir que "la compensación es una forma de extinguirse obligaciones que se han de cumplir en dinero o en cosas fungibles, entre personas que por propio derecho son recíprocamente acreedoras y deudoras y que consiste en dar por pagada la deuda de cada una en cuantía igual a su crédito, que se da por cobrado en otro tanto". Destacándose como aspectos principales a tener en cuenta (5):

1º.- Que la compensación es un modo automático de extinguir las obligaciones, lo cual quiere decir que se verifican de pleno derecho, por la sola fuerza de la ley, tema que será tratado cuando nos ocupemos de los efectos producidos compensatoriamente.

2º.- Que la compensación sólo actúa en el punto de concurrencia de las obligaciones, nunca por deajo ni por encima. Con lo que el acreedor no puede exigir lo compensado, ni el deudor apoyarse en la compensación para negarse el pago de la diferencia.

3º.- Que las obligaciones que se compensan pertenecen a personas que por su derecho propio son recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, siendo preciso:

- Que la exigibilidad mutua tenga que basarse en el derecho propio de las partes compensables. Las obligaciones "nomine alieno" no son como ocurre, por ejemplo, con las del representante o administrador en relación a las que sus acreedores tengan con el representado; y con el tutor en cuanto a las deudas que tengan aquellos con el pupilo.

- Que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras, lo que precisa simplemente que el polo personal de las obligaciones se sitúe en las mismas personas del acreedor y deudor, aunque los créditos progingan de distintas fuentes y consten en diferentes títulos. Cuando este polo personal se amplíe por intervención de un tercero, la compensación ya no actuará.

Por último, es necesario establecer los límites que separan la figura estudiada de otras que guardan ciertas semejanzas con ella como son:

a) La "exceptio non adimpleti contractus" y el derecho de retención recíproca, pues también afectan de alguna suerte, como garantía a favor del acreedor, el objeto mismo de su propio deudor. Pero por el contrario, existen diversas condiciones de ejercicio, la primera requiere una bilateralidad en la relación obligatoria, y la segunda deudas conexas. Además la compensación produce

efectos mucho más enérgicos, no limitándose a entrañar una afección de garantía o función dilatoria en el cumplimiento de la obligación, sino que implica la apropiación en provecho del acreedor y tiene efectos liberatorios en la porción concurrente de las deudas (6).

b) La recíproca dación en lugar del cumplimiento, puesto que en la compensación ninguno de los deudores realiza prestación auténtica alguna y se abstienen en ciertas manera de cumplir, lo que desemboca en la extinción de las obligaciones (7).

1.2. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica de la compensación se expresa, según la directriz de la delimitación conceptual seguida, fundamentalmente como causa de extinción de las obligaciones, siquiera sea en ocasiones parcial y no total. Aunque quizás fuera más apropiado hablar de extinción del crédito y de la deuda, pues la obligación como relación jurídica entre acreedor y deudor puede subsistir en algunos casos como, por ejemplo, en el arrendamiento o en el contrato de suministro (8).

Cuando se dice que produce una función de pago habiéndose de "pago abreviado" o de "pago sin desplaza-

miento", se trata, en realidad, de una forma sustitutiva del mismo entendido en sentido propio, de otra manera de pago (9), pero que produce la misma satisfacción y efecto extintivo desde el punto de vista de su resultado. Su manifestación surge de la abstención del deudor que es también acreedor, y del acreedor que es también deudor de las respectivas prestaciones. Por lo que se piensa que el acreedor retenedor, que no puede satisfacerse sobre el crédito que tiene entre sus manos, obtiene allí, al menos, el medio de obtener el pago íntegro.

A su vez, existe otra posición que, en miras a la actuación de los sujetos compensados y de la compensación en sí, sitúa la naturaleza jurídica de esta figura, en la supresión de dos pagos, en cuanto que a lo que tiende, en relación con su actividad es a evitarlo, faltando de cualquier modo toda acción de los deudores dirigida a un pago cualquiera (10).

1.3. Clases

1.3.1. Origen histórico

La existencia de las diversas clases de compensación que hoy conocemos, según su origen, ha sufrido un

largo proceso evolutivo desde el Derecho romano, pues, a pesar de la gran utilidad práctica de la institución en general, lo cierto es que costó bastante admitirla en las legislaciones.

En el Derecho clásico romano sólo existía la compensación por vía de convención. Las partes podían voluntariamente aceptarla, pero si no se ponían de acuerdo sobre ella, cada crédito subsistía distintamente y podía ser efectuado contra el deudor sin que pudiera dispensarse de pagar invocando su propio crédito.

Aparte de esto, únicamente se admitió un régimen de compensación por el Pretor en casos especiales; como el del "argentarius", que podía reclamar del cliente el saldo que arrojase la cuenta de ambos; y el del "bonorum emptor" que estaba obligado a deducir las deudas del quebrado. En los "iudicia bonae fidei" se deja al "officium iudicis" la apreciación de los créditos mutuos, resultante de una misma relación jurídica "ex aedem causa", quedando reducida la condena a la diferencia (11).

MARCO AURELIO dió un paso más y creó la compensación por vía judicial al conceder al deudor demandado, si era acreedor del demandante, el derecho de oponer la excepción del dolo, fundada en que el que reclamara lo que debe restituir obra dolosamente (12).

Pero, fue JUSTINIANO quien decaído el procedimiento formulario, dió cabida a la compensación legal, generalizada y aplicada a toda clase de acciones, proclamándose que debía producirse siempre "ipso iure" cuando frente a la acción fundada en un derecho de crédito se opusiera otro derecho de crédito igualmente líquido o fácilmente liquidable (13).

1.3.2. Consideraciones actuales

En la actualidad, podemos determinar el reconocimiento de varias categorías de compensación dentro del ámbito jurídico en el que se inserta el Derecho español, según cuál sea el criterio que se siga.

Por su origen se admiten:

a) La legal, que es la que se realiza por ministerio de la ley, en virtud de concurrir en las obligaciones compensadas todos los requisitos que la misma establece como necesarios para ello - salvo cuando exista algún supuesto de exclusión normativa o pactada -. En nuestro Derecho se exige que hayan:

1. Créditos recíprocos por derecho propio

2. Obligaciones principales
3. Fungibilidad de las prestaciones
4. Exigibilidad de las deudas
5. Deudas líquidas
6. Libertad de los créditos (arts. 1195 y 1196 del C.C.)

- b) La voluntaria-facultativa: producida cuando faltando algún requisito para que se de la compensación legal, se reclama unilateralmente por aquella de las dos partes que tendría derecho para resistirla y a quién solamente podría perjudicar (14).
- c) La voluntaria-convencional: la cual nace cuando, a pesar de no concurrir todas las exigencias legales, convienen los deudores y acreedores mutuos en compensar, ejercitando la autonomía privada (15).
- d) La judicial: que tiene lugar cuando el Juez lleva a cabo la remoción del obstáculo que impide la compensación, a falta de los requerimientos legales precisos, o cuando no se haya obtenido por voluntad de una o de ambas partes (16).

Y, por sus efectos, distinguimos entre:

- a) La total: si las deudas se extinguen absolutamente por

coincidir en su cuantía, al ser enteramente iguales, y

- b) La parcial: si, como es más frecuente, la extinción se opera tan sólo en la medida en que coincidan, quedando subsistente por la diferencia la deuda de mayor cuantía, posibilidad que constituye una importante excepción al principio de indivisibilidad del pago (17).

1.4. Efectos de las diferentes modalidades de compensación

El efecto general y principal de la compensación, como ya sabemos, es la extinción de las deudas compensadas en la cantidad concurrente, que adquiere algunas particularidades de conformidad con la variante a la cual pertenece la institución en cuestión, de forma que:

1. Con respecto a la legal, existen dos formas de "ope legis" en los ordenamientos jurídicos cuyo origen proviene a partir del triunfo de la Glosa en el siglo XVI. Precursor de la primera fue MARTINO quién reputaba superfluo cualquier "factum hominis" siendo su principio recogido en el C.C. francés al establecerse que tal figura produce efectos legales desde el momento que se da la coexistencia de deudas, independientemente de que haya habido una declaración de las partes interesadas (de acuerdo con los arts. 1289 y 1290) (18). Como sucediera

con el primer Código italiano de 1865.

Otros glosadores como AZON y BULGARO, por el contrario, exigían que hubiera habido una declaración de voluntad de las partes. Opinión que fué aceptada en la Glosa acursiana y se mantendría directamente en el C.C. alemán (art. 388) y en el Código de Obligaciones suizo (art. 124) (19); e indirectamente en el "Codice" italiano en vigor de 1942 (20).

Por lo que respecta a la normativa española, es claro que esta se circunscribe dentro del primer grupo indicado, en base al art. 1202 del C.C. (21). Con lo que los efectos surgen automáticamente y de pleno derecho, sin que se requiera la intervención, ni siquiera el conocimiento, de los interesados (22).

En consecuencia, los efectos han de referirse al instante mismo de reunirse todos los requisitos pudiendo considerarse como retroactivos (23). Todas las derivaciones de ambos créditos en el tiempo intermedio (intereses, moras, devengos de una pena convencional...) se consideran como no producidos. Pero, por lo demás, la doctrina científica española, lo mismo que la francesa, atenúan mucho las consecuencias que estrictamente debieran derivarse de la naturaleza legal de la compensación, pues estima:

a) Que dado el caracter rogado de nuestro procedimiento civil, la declaración no puede ser hecha de oficio por el juez, sin alegarla alguna de las partes (24). Así se reduce el automatismo, exclusivamente a la dimensión sustantiva del instituto.

b) Que es renunciable, ya que las ventajas que crea en favor de los interesados son de índole puramente particular (25).

2. En cuanto a las compensaciones facultativa y convencional, no pareciendo ser otra la voluntad de las partes, se entiende que no actuarán con efecto retroactivo, porque no hay ninguna disposición positiva que así lo establezca. Y porque teniendo estas clases como función ordinaria allanar un obstáculo, es lógico que su efecto se produzca una vez removido tal impedimento (26).

3. En lo referente a la judicial, debe entenderse que los créditos sólo se reputan extinguidos desde que la sentencia se dicte, liquidándose el crédito, admitiéndose y pronunciándose la compensación (27). Pues, como en la facultativa y en la convencional al faltar algunos de los requerimientos previstos en la ley no se operaría aquella, si no fuera por una declaración específica (28).

Diferentemente, cuando se trate de la compensación legal contestada por una de las partes y una sentencia judicial rechace la impugnación esta opera "ex tunc", es decir, con efecto retroactivo (29).

1.5. Criterios fundamentadores de discrecionalidad y equidad en la doctrina y en la jurisprudencia

1.5.1. Ideas generales

A continuación estudiaremos una serie de afirmaciones doctrinales y de sentencias pertenecientes al Tribunal Supremo, si bien su número es muy escaso, debido a que el núcleo básico lo conforme la materia mercantil (30), y a que en numerosas ocasiones el conflicto surge entre obligaciones unilaterales, quedando ambas excluidas de nuestra atención.

Las directrices y finalidades que seguiremos serán las manifestadas para el caso de haberse dictado un fallo conforme a la facultad contenida en el art. 1124 del C.C., asimilados en la medida de lo posible a la solución compensable.

Igualmente, los criterios aplicados se circuns-

criben en alguno de los "tria iuris praecepta", por las causas ya dichas; siendo los verdaderamente significativos los que se refieren a la facilidad para el cumplimiento de las obligaciones y al desenvolvimiento de una función de garantía, aunque estos no se aluden expresamente por la jurisprudencia y sólo se deducen de ella por un proceso lógico manifestado por los autores.

Pero reducir el fundamento de la institución compensatoria sólo a estas dos ideas sería incorrecto y no corresponde con la realidad. En numerosas ocasiones se aplican los mismos criterios expuestos en el Capítulo anterior en lo que se refiere a los aspectos generales, y en especial al cumplimiento de la obligación bilateral incumplida, de manera independiente o referidos consustancialmente a algunos de los dos criterios a los que acabamos de hacer mención. Pues, no olvidemos que la naturaleza jurídica que constantemente se atribuye por la inmensa mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia a la figura jurídica que vamos a examinar es la de forma de pago configurado como cumplimiento.

Motivo por el que nos remitimos a aquel lugar para evitar posibles repeticiones y tratamos exclusivamente de los que contienen alguna especialidad digna de ser resaltada, al aportar datos relevantes de cualquier clase que puedan resultar de interés, comenzando por los

más típicos y siguiendo por los restantes.

1.5.2. Coentario de cada uno de los criterios fundamen- tadores

1.5.2.1. Facilidad para el cumplimiento de las obligacio- nes

La compensación se traduce en términos de sencillez y practicidad, de acuerdo con su propia definición. Ya sea, según cualquiera de las diferentes expresiones utilizadas por las sentencias seleccionadas, como "pago abreviado" o "forma de pago" (31), "permuta de deudas" (32), "equivalente a pesar o balancear" dos obligaciones (33), "supresión de dos pagos" (34), proporciona a cada uno de los acreedores la ventaja de la facilidad para obtener el cumplimiento de las deudas.

La explicación de lo dicho se manifiesta en una doble vertiente:

a) La de la agilización en la solución al incumplimiento de obligaciones, logrando una economía procesal e inherentemente material.

b) La de la comodidad de las partes en el modo de

llevarse a cabo el pago.

El primer punto se demuestra puesto que si la figura jurídica estudiada tiene la función de extinguir dos obligaciones en la medida en que el importe de la una esté comprendido en el de la otra, pesándolas simultáneamente, las partes se ahorran la realización de una doble operación que aumentaría y complicaría el proceso y su coste.

Esta doble operación que se suprime consiste en la satisfacción de los intereses del acreedor A contra el deudor B en una relación jurídica C. Y las del acreedor B (que es, a su vez, deudor A de la relación C) contra el deudor A (que es acreedor de B en la misma relación citada) en una relación jurídica D.

Por consiguiente, lo anterior se reduce a una actuación única apoyada, muy significativamente, en la equidad y el principio de no-contradicción, en la que se considera que: Por un lado, siendo A acreedor de B y, por lo tanto, B deudor de A; y por otro lado, siendo B acreedor de A y, por lo tanto, A deudor de B, se da como resultado conjunto una única deuda global en la que cada acreedor cobra por medio de la liberación de su respectiva deuda. Es decir, que en el ejemplo visto, ni A ni B devienen acreedoras si las deudas eran idénticas; o bien A o B

aparecen como acreedoras de B o A, respectivamente, según cual sea la cantidad diferencial que concurra y a favor o en contra de quién esté. Con lo cual por medio de un sólo pleito (economía procesal) obtenemos la misma satisfacción que las partes obtendrían en dos (35), reduciéndose los gastos (economía material).

No obstante, según ya dijimos la compensación no sólo produce una simplificación en la obtención de una solución al incumplimiento de obligaciones, sino que también da una comodidad a las partes al llevarse a cabo el pago mediante la evitación del empleo de numerario. En vez de tener que realizarse dos pagos entre las mismas personas, cada acreedor cobra en razón de la liberación de su respectiva deuda, y no tiene que verificarse ninguna entrega efectiva si ambas deudas son de la misma cuantía y entre las mismas personas, dándose por saldadas ambas. O, en caso contrario, verificándose sólo el pago de la diferencia por el deudor de la mayor (36).

En definitiva, lo que conlleva la facilidad del cumplimiento de las deudas, estimada en los extremos tratados, es el evitar pagos repetidos y el transporte de dinero necesario para la entrega (37). Con el propósito de "no ocasionar daños a nadie" gracias a un obrar racional y lógico que acomodada las controversias surgidas, y sus conclusiones, a una situación lo menos perjudicial y más

beneficiosa posible (38).

1.5.2.2. Desenvolvimiento de una función de garantía

Esta función consiste, en general, en la protección seguridad o defensa, frente a un peligro dado que puede tener muy diversos contenidos, y que sirve para reforzar la confianza que cada sujeto tenga en aquél con el que inicia una relación jurídica. El caso examinado se configura como un aseguramiento en la efectividad del pago, según el crédito que cada deudor tengan contra la parte contraria, al satisfacerse con la prestación que, es debida a esta contraparte (39).

Resumidamente, mediante la aceptación de la institución, los créditos que tenemos contra otros quedan garantizados por las deudas que con respecto a los mismos poseemos. Esta combinación es ventajosa para las dos partes, pues cada una tiene más interés en pagarse así misma, que correr el riesgo de la insolvencia de la otra; y, en concreto, evitar que el deudor más diligente en pagar corra el riesgo de no cobrar a causa de insolvencia, lo que se le debía después de haber satisfecho él su deuda (40).

La base de lo anterior se encuentra en la equidad

(41), por su propia esencia, pues el deudor que pague y, a su vez fuera acreedor en virtud de la otra obligación, se expondría a no poder cobrar su crédito, por venir insolvente posteriormente el otro deudor, pareciendo más equitativo que ninguno de los deudores haga el pago efectivo con evitación para ambos del riesgo de pagar y no cobrar.

Este riesgo que se elimina se califica objetivamente de injusto y desleal con respecto al comportamiento de quien reclama un crédito, al mismo tiempo que es deudor del demandado. Contrario a la buena fe es pedir aquello que luego ha de ser restituído (42).

Sin embargo, en el supuesto de que haya varios acreedores del deudor, la representación que la compensación viene a tener es la de una especie de privilegio en favor del acreedor que alega su derecho a la misma con preferencia a los demás que son burlados, ante la habilidad y prontitud con que se resarce uno de ellos de lo que se le adeuda. Por lo tanto, si en la relación aislada de las personas, que son recíprocamente acreedoras y deudoras, resulta equitativa la operación compensatoria, contrariamente, cuando se produce la situación de concurrencia de acreedoras, el acreedor-deudor se libra de la ley del concurso, cobrando íntegramente su crédito mediante la liberación de su deuda, de modo que quedarán los restantes

acreedores del insolvente.

En consecuencia, la compensación debe ser excluida, si existe concurso de acreedores en provecho de uno de ellos, desde la fecha de su declaración. La compensación como equivalente a un pago efectivo implicaría un privilegio para el acreedor que se beneficiase de ella. No cabe admitir fuera de los privilegios establecidos en la ley preferencia alguna (43).

Del tratamiento dado a la garantía, se deduce que su objeto es una preservación, que se produce para la salvaguarda de la seguridad y certeza jurídicas, del derecho que tiene cada sujeto a colmar sus propios intereses, sin que se le impongan mayores cargas que beneficios (44), entendido como derecho subjetivo en la dimensión de su amparo y de su ejercicio, en el mismo sentido expresado en las sentencias que dictan el cumplimiento o la resolución de las obligaciones bilaterales, al que nos remitimos (45).

Únicamente se modifica la consideración del ámbito en el que nacen y se desenvuelven los derechos de las partes cumplidoras frente a las incumplidoras. En el supuesto estudiado en el Capítulo anterior sólo existe un deudor que ha incumplido la obligación, mientras que el otro sujeto ejerce como acreedor, al haber cumplido o estar dispuesto a hacerlo. Por el contrario, en la compensa-

ción aparecen las dos partes de una relación jurídica como deudoras la una de la otra, aunque tal deuda haya tenido un origen diferente, es decir, que cada una de ellas ha surgido de una relación jurídica que no se corresponde idénticamente (46).

Dicha construcción jurisprudencial se apoya en la defensa e imposición de un comportamiento recto, de acuerdo con el "honeste vivere", ante los riesgos existentes por los que los acreedores podrían verse imposibilitados de satisfacerse, al no ser cumplidas las finalidades previstas. De modo que se mantenga por cada una de las partes la confianza, puesto que el alcance de la "honestas" aparece diseñado en cuanto actitud individual, con referencia a la "fides" atinente a la misma, como potencial conexión abierta a la calidad del encuentro y actitudes que los demás hayan de tener hacia otro y de este con respecto a los demás (47). Por lo tanto, la "fides" es cimiento de justicia como constatación y rectificación de lo hablado y de lo convenido (48).

1.5.2.3. El amparo y ejercicio de los derechos subjetivos de las partes cumplidoras

Tal fundamento se encuentra en conexión íntima con la función de garantía desempeñada por la compensa-

ción: En las mismas sentencias en las que se aplica este criterio, se defiende el amparo y ejercicio de un derecho subjetivo, entendido tanto en su dimensión privada como pública.

Esto se comprueba, resumidamente, aparte de en las consideraciones generales hechas en el Capítulo sexto relativas a los conceptos de cada una de las expresiones, en tres diferentes modalidades opcionales otorgadas al demandado y expresadas conforme a la utilidad y conveniencia que se quieren hacer valer (49), a saber:

a) Alegar que la deuda que se le reclame ha sido extinguida por compensación desde el momento en que concurrieron (50).

b) Contestar el crédito reclamado en juicio y alegar subsidiariamente su crédito compensable. Es decir, solicitar que para el supuesto de que el juez considere subsistente el crédito del demandante, tenga en consideración la petición subsidiaria eventual (51).

c) No oponer su crédito compensable a la reclamación actora (que es válida y eficaz, si no se le opone la compensación del demandado) y reservar su crédito para reclamarlo de forma independiente (52).

Esta triple facultad puede ser ejercitada como contraderecho (53), si acreedor de un deudor le demanda en juicio para el pago de una deuda. Y su sustanciación radica en que la oposición se funda en un contraderecho suyo: el crédito compensable que tiene vida autónoma, y que puede hacerlo valer en ese proceso en el que se le reclama el pago de una deuda contra el actor (por vía de excepción o reconvencción), o en un proceso independiente (por vía de acción) (54).

1.5.2.4. La salvaguarda de la equidad

El citado criterio coincidiendo, principalmente, al igual que el precedente, con la función de garantía que desempeña la compensación, y al cual nos referimos en el momento de su estudio correspondiente en atención a la forma en la que se realiza.

Mas también se puede considerar la actuación de la equidad en el sentido más amplio de aplicación de la norma jurídica al caso concreto, en adecuación a las circunstancias existentes según los dictados de la justicia, con la finalidad de atender a los intereses de las partes cumplidoras y colmarlos.

No obstante, a pesar de la similitud entre un



caso y otro, es en la compensación en donde se hace más patente e intensa su plasmación. Apreciamos a estos efectos, la posibilidad que tiene el Juez de dictar la denominada "compensación judicial" cuando no se reúnan los requisitos exigidos legalmente, y siempre a instancia de parte demandada, cuando estime que si esto no se realiza se producirían unas consecuencias contraproducentes para una de las partes, o para ambas (55).

Sucede que no es que el Juez declare en el proceso una compensación ya producida porque se dan todos los requisitos que el Derecho positivo establece; sino que la propia compensación se produce dentro del proceso, y por efecto que sólo dentro del mismo puede producirse. De forma que la remoción del obstáculo que impidió la producción de la compensación legal es un "prius" y la compensación que se deriva de ella es un "posterius" (56).

1.5.2.5. La reciprocidad entre acreedores y deudores

La reciprocidad de los acreedores y deudores constituye uno de los requisitos necesarios para que puede haber compensación, de acuerdo con el art. 1195 del C.C. Junto con la necesidad de serlo por derecho propio (id) y principalmente (art, 1196.1 del mismo texto legal).

Con la utilización de este criterio se reducen todos los aspectos señalados, a la pura reciprocidad, lo que se demuestra porque (57):

a) En realidad, no es deudor o acreedor la persona que es representante de quien sólo inexactamente, se podría decir que es deudor o acreedor por derecho de otro (del representado, verdadero titular de la deuda o del crédito).

b) En cuanto a la índole de principalidad, se exige que se excluya el caso de la fianza, manteniéndose que el fiador es deudor subsidiario. Superfluamente, ya que se excluye por sí solo por falta de reciprocidad.

c) Cuando hay transición de deuda y el nuevo deudor es acreedor del acreedor, se produce la compensación puesto que subsiste el elemento dicho.

Pero lo que verdaderamente interesa es el tema que se aborda como primordial. Esto es el de las deudas recíprocas en relación a si han de proceder o no de una misma relación jurídica; si han de ser las deudas independientes; o si es suficiente la interdependencia de las dos atribuciones patrimoniales.

Pues bien, algunas sentencias afirman que no

importa la fuente de la que las obligaciones procedan (58). Aunque la tendencia más común es la de exigir que los créditos que concurren tengan distinto origen y consisten en diferentes títulos, al no identificarse las causas por las que resulten recíprocamente acreedora y deudora una de la otra parte (59).

Se excluyen del concepto aquellas obligaciones bilaterales que se derivan de una relación jurídica unitaria, en las que su dualidad se resuelve en mutua condicionalidad, funcionando las obligaciones asumidas por cada parte como causa de las aceptadas por la otra en régimen de querida y esencial equivalencia. La bilateralidad así entendida aparece ajena a la situación que propicia la compensación propia en el sentido originario y finalístico, cosa que no impide que se dé esta organización cuando las obligaciones tengan una fuente derivativa diferente, siempre que cumplan con los cánones dichos. Por lo que cuando existe una relación bilateral su enjuiciamiento debe ser simultáneo, sin posibilidad de remitir a un juicio posterior las obligaciones de uno de los sujetos que son parte (60).

1.5.2.5. La seguridad y la certeza jurídico-legales

La importancia de tales conceptos es muy escasa

en tema de compensación pues ésta se apoya esencialmente en la actuación de la equidad y, por lo tanto, sobre la realización de la justicia referida más a la protección de la seguridad y certeza de los derechos subjetivos, que a las previsiones legales de sus modalidades de ejercicio.

El criterio presente únicamente se protege en los supuestos comprendidos en la "compensación legal", al encontrarse los requisitos que se han de reunir taxativamente, descritos en el orden jurídico positivo; y se sigue el mismo razonamiento visto en los fallos concordantes con lo preceptuado en el art. 1124 del C.C. (61).

Ello, por el contrario, no sucede en la "facultativa", "convencional" o "judicial". Las dos primeras por provenir de la autonomía de la voluntad de una de las partes o conjuntamente de las dos respectivamente. La tercera por dictaminar el juez una sentencia compensatoria con un margen de discrecionalidad apreciativa derivado de una petición del demandado. Y todas ellas por no concurrir en su contenido todos los aspectos legales descritos, sino que existen obstáculos que jurídicamente impedirían la realización de la compensación de no tener en cuenta antes la libertad privada y la justicia del caso concreto (62).

1.5.2.7. La congruencia en las decisiones judiciales

La eficacia jurídica intersubjetiva del principio lógico de no-contradicción se repite en la totalidad de las sentencias consultadas, de acuerdo con la congruencia compatibilizadora que se ha de guardar entre lo que los cumplidores de cada una de las relaciones jurídicas piden y lo establecido en la norma.

El planteamiento es coherente por el simple hecho de considerar que la compensación es una de esas excepciones que la doctrina denomina propias (63) al apoyarse en un contraderecho del demandado, haciendo que la acción afirmada por el actor sea válida y eficaz hasta tanto no se oponga por el demandado ese contraderecho.

Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo entiende aquella figura como una reconvencción, en razón a que aparentemente, con la excepción no tiene en común más que el aspecto externo, formal o residual, esto es la nota del producir la absolución del demandado de los pedimentos de la demanda. Mientras que por su forma de operar en el proceso, conecta mejor con la reconvencción (64). La exigencia alegatoria se anuda al carácter que tiene la justicia en el sistema procesal civil, y al hecho de ser renunciable como afectante exclusivamente al interés particular de los contendientes (65).

Ahora bien, lo que acabamos de decir se ha matizado en relación con el vicio de congruencia, declarándose que la demanda no tiene necesidad de alegar expresa y nominalmente las excepciones, basta con la invocación de hechos de los que las mismas resulten (66). De cualquier modo, la finalidad es paralizar la efectividad y cumplimiento de una obligación dineraria, vencida, líquida y exigible (67).

A lo que paralelamente, se ha sostenido que no es incongruente la sentencia que desestime la demanda, absolviendo el demandado, por aceptar la excepción de compensación, aunque ello no se exprese en la resolución, pues el pronunciamiento absolutorio de la demanda abarca en términos generales la desestimación de todas las pretensiones formuladas en aquélla (68).

1.5.2.8. Otros criterios

Por su parte, la exigencia de la "buena fe" y la "reparación del perjudicado" que también son reconocidos en la compensación, no presentan particularidad alguna con respecto a lo que ya sabemos (69). Mientras que los demás, es decir: "el equilibrio de las prestaciones", la "prohibición del enriquecimiento injusto" y el "postulado pacta sunt servanda", son estimados de forma tácita.

2. SOLUCIONES DISTINTAS DE LA COMPENSACION Y CRITERIOS CORRESPONDIENTES

Después de examinar la compensación como solución de conflictos producidos por incumplimiento de obligaciones bilaterales, fuera de lo establecido en el art. 1124 del C.C., procede estudiar supuestos más específicos, unos aludidos en ciertos textos normativos, otros creados por la doctrina o la jurisprudencia en respuesta a cuestiones planteadas en la realidad.

2.1. SUPUESTOS PREVISTOS EXPRESAMENTE EN LA LEY

2.1.1. LOS ARTS. 1469, 1470 Y 1471 DEL C.C.

El C.C. en apoyo del principio fundamental de que "la obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que expresa el contrato" (art. 1469.1 del C.C.), establece una serie de reglas para los casos de venta de inmuebles relativas a esta obligación, cuando se reúnan ciertas características. Su regulación se establece muy casuísticamente en los artículos comprendidos entre el 1469 y el 1471, de forma que se

puede esquematizar así (70):

1. Venta con expresión de la cabida y a razón de un precio por unidad de medida y de número (precio unitario), en el que se distinguen:

- a) Que la finca tenga menor cabida que la señalada en el contrato: "Si la venta de bienes inmuebles se hubiese hecho con expresión de su cabida, a razón de un precio por unidad de medida o número, tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si este lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato; pero si esto no fuera posible, podrá el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio o la rescisión del contrato, siempre que, en este último caso, no baje de la décima parte de la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble" (art. 1469).
- b) Que la finca resulte de mayor cabida o número que los expresados en el contrato: "Si resultase mayor cabida o número en el inmueble que los expresados en el contrato, el comprador tendrá la obligación de pagar el exceso de precio si la mayor cabida o número no pasa de la vigésima parte de los señalados en mismo contrato; pero si excediesen de dicha vigésima parte el comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble o desistir del contrato" (art. 1480).

c) Que alguna parte de la finca sea de peor calidad que la expresada en el contrato. En este supuesto se aplican las mismas reglas dictadas para el de disminución de la cabida: Si la diferencia de calidad implica un valor menor que no exceda de la décima parte del precio, subsiste la venta con la proporcional rebaja. Y si el valor menor excede de aquel límite, queda a elección del comprador llevar a efecto el contrato o pedir su rescisión (art. 1469.3 y 4).

2) Venta hecha por precio alzado (precio global).

En este concepto las normas se contienen en el art. 1471 y se reducen a dos:

a) "En la venta de un inmueble, hecha por precio alzado, y no a razón de un tanto por unidad de medida o número, no tendrá lugar el aumento o disminución del mismo, aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el contrato. Esto mismo tendrá lugar cuando sean dos o más fincas las vendidas por un sólo precio".

b) "Si además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designasen en el contrato su cabida o número, el vendedor estará obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los

mismos linderos, aún cuando exceda de la cabida o número expresados en el contrario; y si no pudiese, sufrirá una disminución en el precio, proporcional a lo que falte de cabida o número, a no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que estipuló".

Todas las acciones mencionadas prescriben a los seis meses, contados desde el día de la entrega (art. 1472). El fundamento de un plazo tan corto es el de la consecución de la seguridad en la contratación (71).

Ambas normativas: venta a razón de un precio por unidad de medida o número y venta por precio alzado difieren grandemente no sólo por el diverso modo de fijación del precio (a través de un módulo o por una terminación exacta), sino por la diversa intención de las partes en relación con la cosa. En la venta a tanto la medida se tiene en consideración esencial el conservar esa correlación y no la exacta delimitación física de la finca, y, en cambio, en la venta global se considera la finca en su identidad física a través de sus linderos. La diferencia de cabida o calidad repercute si se expresó, en el precio, sólo en el primer caso, no en el segundo, al existir una irrelevancia y ausencia de efectos. A aquél fin, el legislador establece unas cantidades concretas, en uso de su poder discrecional que no es dable sobrepasar (72).

En la venta a precio alzado, por ser fundamental la entrega de todo lo incluido en el perímetro delimitado, si se vendiesen dos o más fincas por un sólo precio y designasen en el contrato su cabida o número, dará lugar la falta de alguna parcela a una disminución en el precio, proporcional a lo que falte. No poque exista en ese supuesto la correlación entre cabida y precio, sino porque hay que resarcir al comprador de una parte cierta de la finca comprada (73).

Sin embargo, la solución dada, en adecuación con las circunstancias, no va más allá de la mera modificación del valor de una de las prestaciones y se completa con la rescisión, desistimiento, o anulación del contrato, en los casos extremos, otorgando al comprador una facultad de elección entre una y otra.

La jurisprudencia sitúa las citadas consecuencias sobre la idea de que en unas ocasiones nos encontramos ante un supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega o de incumplimiento defectuoso (74) y otras ante un error en la presuposición, como error de cálculo, que da lugar a la rectificación. Excepcionalmente parece asentarse en la base del negocio y convertirse en una acción sometida a un régimen resolutorio (75).

El juez procura, ante todo, mantener, de acuerdo con las reglas expuestas, la equivalencia de las prestaciones tal y como fueran previstas, de acuerdo con el respeto al "pacta sunt servanda"; defendiendo y haciendo compatibles los intereses de los sujetos en términos de equidad, con preferencia de los del cumplidor en congruencia con lo establecido en la norma jurídica correspondiente. Además de tener en cuenta, aunque en menor medida, los otros criterios considerados en la aplicación del art. 1124 del C.C. a los que nos remitimos (76).

2.1.2. LOS ARTS. 1504 Y 1505 DEL C.C.

El contenido de los arts. 1504 y 1505 del C.C. se basa en que como la compra-venta es un contrato bilateral en el sentido de que produce esta clase de obligaciones, entre ellas la del pago del precio por parte del comprador, su incumplimiento produce el efecto general del art. 1124 del texto legal. Lo que representa que el vendedor tiene derecho a reclamar el precio, mediante la acción de cumplimiento contractual, o a pedir la resolución de la venta, con resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Pero, en lo referente a la resolución se dictan una serie de reglas especiales, según sean de naturaleza inmueble o mueble los bienes vendidos.

1. El art. 1504 del C.C. establece que "en la venta de bienes inmuebles, aún cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aún después de expirado el término, "interin" no haya sido requerido judicialmente, o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término".

De lo cual se deduce que los arts. 1124 y 1504 se complementan entre sí, pues este resulta más benévolo concediendo al comprador más facultades, al autorizarla a pagar aún después de expirado el plazo, y aunque se haya pactado el pacto comisorio. Por el contrario, efectuada la intimación se le dota de una mayor severidad sin que quepa que el Tribunal conceda nuevo plazo en admisión de la consideración de causas justificadas de incumplimiento (77).

La jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina sostiene que los requisitos generales para la procedencia del ejercicio de la facultad resolutoria del art. 1124, estudiados anteriormente, son trasladables a este campo de acción (78). Reduciéndose los aspectos especiales dignos de ser estimados a que:

- Esta disposición es aplicable tanto cuando exista pacto comisorio expreso, como cuando la resolución

tenga lugar por virtud de la llamada condición resolutoria tácita del art. 1124 (79).

- El requerimiento impuesto al vendedor tiene el valor de una intimación concreta, constituida por una declaración de voluntad expresada en forma auténtica, que no se refiere al pago del precio, sino a que se allane el comprador a la resolución (80).

- Practicada la declaración, la resolución es instantánea, produce sus efectos propios sin necesidad de impetrar el auxilio de la autoridad judicial, aunque después se pueda discutir su procedencia, declarándose si fue o no ajustado a Derecho (81).

- El momento de ejercitar el requerimiento ha de ser previo a la interposición de la demanda que se haya promovido para que se declare la resolución (82).

El precepto se basa en criterios prácticos a seguir, según la postura constante de las sentencias seleccionadas, dada la importancia de la compra-venta de bienes inmuebles para la vida económica y social, no se permite que en ellas funcione normalmente el pacto resolutorio, autorizando al comprador a un pago posterior al convenido, sin duda, por la certeza en el cobro del precio ante la permanencia del objeto (83).

Además, para garantizar la eficacia de dichas compra-ventas y darles seguridad hay que dar facilidades al comprador para realizar el pago, sin incurrir en la rescisión pactada en defecto de la entrega del precio en la fecha convenida (84). O por otras causas de orden público como son las de procurar la firmeza y seguridad de tales contratos, impidiendo normas alternativas en la transmisión de los inmuebles con mengua de crédito territorial, y facilitando los medios de que lleguen a realizarse estas transmisiones en los términos pactados sin menoscabo de los intereses que ostenten (85).

Asimismo, se sostiene la índole excepcional del art. 1504 que pugna con el principio de "dies interpellat pro homine", por no respetar el que las obligaciones a plazo son exigibles cuando el día llegue (art. 1125 C.C.) (86); también se opone a los efectos de la condición resolutoria o del pacto comisorio, que consisten en resolver la obligación una vez cumplida la condición, sin que se precise ningún otro requisito (87); y al postulado "pacta sunt servanda", pues al comprador puede satisfacer el precio después de vencido el plazo que él mismo aceptó (88).

2. Por lo que respecta a los bienes inmuebles el art. 1505 dice: "La resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho en interés del deudor, cuando el comprador

antes de vencer el término fijado para la entrega de la casa, no se haya presentado a recibirla o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación".

Tras su lectura, se aprecia la diferencia con la venta de inmuebles, en que la resolución no puede actuar automáticamente, pues aquí opera de pleno derecho sin necesidad de solicitud.

Las razones aducidas para su verificación es que, dada la variabilidad del precio de los muebles, el menor retardo podría ocasionar un perjuicio irreparable (89). Sin eludir que existe una mayor exigencia de rapidez en su tráfico por tratarse de bienes que suelen ir destinados a la satisfacción de necesidades más primarias; tener una estimación inferior y ser, en cuanto a su forma más manejables y susceptibles de desaparición, sustracción, ocultación daño o destrucción (90).

2.1.3. EL ART. 1556 DEL C.C. EN RELACION CON EL 1569

Como sucede con la compra-venta comentada a propósito de los arts. 1504 y 1505 del C.C., del contrato de arrendamiento derivan obligaciones bilaterales, siéndole perfectamente aplicable la doctrina general del art. 1124.

Sin embargo, el Código hace una aplicación especial de ella en este caso en el art. 1556, sito en el Título VI, Capítulo II, "De los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas", que dice: "Si el arrendador o el arrendatario no cumplieren con las obligaciones expresadas en los arts. 1554 y 1555 (91) podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último dejando el contrato subsistente".

Este precepto es preferente, y su contenido patentiza una derivación del 1124 que determina cuáles son las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones recíprocas, aunque con única referencia a las determinadas en los arts. 1554 y 1555 (92). A la parte que cumplió le corresponde el derecho a pedir que, cuando sea posible, se imponga a la otra el cumplimiento forzoso específico de la obligación incumplida, además del resarcimiento de daños y perjuicios. Esta opción no conlleva ninguna particularidad en relación con lo ya expuesto en el Capítulo anterior, salvo que para determinar la extensión de la indemnización ha de tenerse en cuenta el plazo de duración establecido en el contrato o el tiempo de su vigencia (93).

La otra facultad que se tiene es la de requerir la "rescisión", expresión que quiere decir "resolución". La razón de su diferencia proviene de que los efectos en este supuesto no son iguales que los generales en los que

se refiere a la retroactividad, porque la acción resolutoria del arrendamiento no puede afectar al pasado, dado que no es posible destruir el hecho del goce o uso de la cosa por el arrendatario, mientras duró el arriendo ni, por lo mismo, se puede imponer la devolución de las rentas percibidas por el arrendador, como prestación correlativa de aquel disfrute (94). A lo que se añade que demostrado que una de las partes ha cumplido sus obligaciones. Si la otra pide la resolución los jueces la han de declarar, sin que les esté permitido apreciar si hay o no causas justificadas para el señalamiento del plazo (95).

A su vez, en el arrendamiento de inmuebles, para hacer más fácil la recuperación de la cosa arrendada, se puede utilizar la vía del juicio declarativo o si procede, la acción de deshaucio (96), la cual es definida como un medio o acción que, en los casos especificados por la ley, se concede al arrendatario (o al comprador de la finca arrendada) para obligar al arrendatario a desalojar el inmueble (97) regulándose en el art. 1569 las causas constitutivas de incumplimiento por el arrendatario - aunque se incluyen cosas que no son propiamente obligaciones bilaterales - (98).

La resolución del contrato consigue la misma recuperación y mantiene una íntima conexión con el deshaucio, puesto que en aquella se da la exigencia del arren-

datario de desalojar y entregar el bien arrendado con su desplazamiento forzoso, si no lo hace voluntariamente. La diferencia está en que el juicio de desahucio se dirige de forma directa al lanzamiento, mediante el desahucio y la resolución (99).

Las consideraciones doctrinales y jurisprudenciales en el uso del art. 1556 son las mismas que las del 1124, salvo la de la retroactividad correspondiente. Lo mismo que sucede con los criterios hechos valer, los cuales son extensibles, además, al art. 1569 (100), aparte de la consecución del logro de una plena efectividad en la obtención de la finca objeto de arrendamiento y una mayor rapidez (101).

Ahora bien, hay que recordar que las disposiciones del C.C. se encuentran desplazadas por la regulación dada en las Leyes de Arrendamiento Urbanos de 1964, y Rústicos de 1980. Estas limitan las causas de resolución a las expresamente enumeradas (arts. 114 y ss en la L.A.U. y 75 y 76 en la L.A.R.), sin que se puedan hacer efectivas las de desahucio del art. 1569, ni hacer efectivo el 1556, ni el 1124 en el incumplimiento de cualquier obligación bilateral (102).

2.2. SUPUESTOS NO PREVISTOS EXPRESAMENTE EN LA LEY

2.2.1. LA REVISION Y RESOLUCION DE LOS CONTRATOS MOTIVADOS POR LA ALTERACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Como sabemos, el contrato crea entre las partes un vínculo obligacional de ineludible cumplimiento con fuerza de ley entre ellas, según el art. 1091 del C.C., y conforme al axioma tradicional "pacta sunt servanda" que conlleva la consecución de la seguridad en el tráfico jurídico. Pero este principio general que en circunstancias normales tiene plena justificación, quiebra en algunas ocasiones excepcionales al conducir a consecuencias excesivamente gravosas para algunos de los sujetos. Razón por la que la doctrina, la jurisprudencia, y la política legislativa han intentado buscar la solución apropiada sobre todo a partir de la I Guerra Mundial dando un fundamento jurídico a las facultades de revisión o resolución del contrato, tan difíciles de coordinar con la regla primeramente expuesta (103).

Entre las teorías que a este respecto se han formulado, destacan aquellas que pretenden basar la modificación del contrato en la cláusula sobreentendida "rebus sic stantibus", en la teoría de la presuposición o en la de la desaparición de la base del negocio, en el principio de lesión o, con fórmula más general, en el

riesgo imprevisible (104). Ocupándonos a continuación de las que han tenido una mayor divulgación:

1. La teoría de la cláusula implícita "rebus sic stantibus", tiene como precedentes algunos textos de Derecho romano, aunque en realidad procede de la doctrina y aún más de la práctica forense medievales. Su naturaleza es presuntamente subjetiva, como si se derivase de la voluntad de los contratantes y se considerara sobreentendida siempre en los contratos a largo plazo o de tracto sucesivo la cláusula "contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur", por virtud de la que sobreviene un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes, podrá el obligado resolver el contrato que se le haga excesivamente oneroso (105).

2. La teoría del riesgo imprevisible. Para resolver el problema planteado, diversos juristas franceses fundamentan la causa de revisión y resolución contractual, con un sentido muy general que fluctúa entre darle un fundamento objetivo o subjetivo, según las diversas tendencias (106), al punto de vista de la imprevisibilidad de los acontecimientos y circunstancias que determinan la necesidad de revisar o resolver el contrato. En los casos en que acontecimientos posteriores que escapen a toda previsión en el momento de la conclusión del contrato hagan

su ejecución extremadamente onerosa o desfavorable para alguna de las partes (107).

3. Teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. Ha sido elaborada en Italia y recogida en los arts. 1467-1469 de su C.C. Surge como una modalidad de la imposibilidad sobrevenida en su raíz objetiva que imposibilita de un modo parcial el cumplimiento debido del deudor, porque agrava desmesuradamente la deuda inicial. No es que no se pueda cumplir la prestación debida, sino que para cumplirla va a tener que sufrir un grave perjuicio económico (108).

4. La teoría de la base del negocio. Desarrollada con gran fuerza en Alemania tiene un doble carácter objetivo (el juego de la causa) y subjetivo (el juego de la interpretación de la voluntad de las partes). La fundamentación de la revisión o resolución contractual se presenta sobre la cuestión de la incidencia de las circunstancias sobrevenidas siempre que se dañe o desaparezca la base del negocio (109). Voz por la que se entiende un conjunto de ideas y de hechos constitutivos de las representaciones de los interesados al tiempo de la conclusión del contrato y necesarios para que este despliegue su eficacia de acuerdo con la intención de las partes.

En España, si bien actualmente existe un silencio

legislativo en el Derecho privado común, al menos explícito, la doctrina se ha inclinado por la adhesión a la cláusula "rebus sic stantibus" y, últimamente, por la teoría del riesgo imprevisible. A su vez, la jurisprudencia se ha hecho eco de las posiciones doctrinales en aquellos resultados provocados específicamente por una inundación, incendio, huracán, guerra..., y en la paliación de las variaciones del dinero producidas en períodos de crisis, y en especial, nacidas a causa de la Guerra Civil española con arreglo a una concepción valorista, en contraposición al principio nominalista que prescinde del poder adquisitivo de la moneda (110). La primera de las teorías anunciadas es la aplicada, aunque hace algunas alegaciones a la base del negocio (111), al menos nominalmente, ya que todas las posturas señaladas tienen una finalidad común y muchos puntos similares.

Mas el poder fallar la modificiación o la resolución del contrato, si desde el momento de la constitución de la relación obligatoria hasta el de su cumplimiento se producen una serie de acontecimientos que repercuten sobre la obligación y, consiguientemente, sobre su cumplimiento, se erige en un principio excepcional y se ha de considerar con suma cautela y notoria justificación para que sólo de manera restrictiva pueda afectar al postulado "pacta sunt servanda" y al de seguridad, según la utilización hecha de la autonomía privada por los sujetos (112).

Por lo que se precisan como requisitos necesarios:

a) Que entre las circunstancias existentes en el momento del cumplimiento del contrato y las concurrentes al celebrarlo se haya producido una alteración extraordinaria.

b) Que como consecuencia de dicha alteración resulte una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones convenidas.

c) Que ello se haya producido por sobreveniencia de circunstancias realmente imprevisibles.

d) Que se carezca de otro medio para subsanar el referido desequilibrio patrimonial (113).

Los criterios que en esencia se aplican son los de la equidad y buena fe, con sus derivaciones pertinentes. Por lo cual se pretende humanizar la rigidez de las normas jurídicas, cuando originan situaciones injustas para una de las partes. A la luz, a veces, del concepto de causa contractual que lleva "un elemento referido a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones" (114), y siempre como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las mismas desde el punto de vista subjetivo, tal y como fueron valoradas por los sujetos; pues se pro-

tege la buena fe actuante, preceptuada en el art. 1258 del C.C., como una fórmula elástica en la que caben todas las conductas de lealtad y corrección adaptables a las diversas circunstancias (115).

El juez se reserva la facultad de juzgar sobre si el desequilibrio se ha producido en grado suficiente, para provocar una u otra de las soluciones posibles o ninguna de las dos, debido a que comparando los intereses de las partes, no se deja de tutelar el interés del acreedor y utilidad de la prestación, pero se limita su posición de prevalencia y el ejercicio del abuso del derecho, por el perjuicio que podría causarse al interés del contrario, con la respectiva adaptación de la sentencia entre lo que pide el incumplidor y el contenido de la valoración aplicada en cada caso, impidiéndose que se produzca un enriquecimiento injusto o sin causa para el favorecido (116).

De este modo, se logra, la relación de la reciprocidad real de las obligaciones bilaterales, la cual no se puede decir que exista cuando, por las alteraciones esenciales de la situación económica, la prestación de una de las partes se hubiera convertido en otra completamente distinta de la que en un principio se pensó y quiso (117).

2.2.2. EL INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES BILATERALES DERI-

VADAS DE PRECONTRATO

Todos los aspectos relativos al precontrato han suscitado continuamente innumerables enfrentamientos (118), y no podía ser menos la cuestión del incumplimiento de obligaciones bilaterales derivadas del mismo, a la que el C.C. no da ninguna respuesta.

La opinión más extendida cree que indudablemente la obligatoriedad de un precontrato se deriva de los principios generales del Derecho (119), y, ante todo, de la libertad contractual, sancionada en el art. 1255 del C.C. y concordantes, bifurcándose las posturas en aquellas que sostienen que es necesaria una nueva declaración de voluntad al estimarse al contrato preliminar con una independencia, cuya finalidad es la celebración de otro contrato posterior y definitivo. Y las que creen que lo que se proponen las partes es quedar obligados contractualmente respecto a lo proyectado, no a tener un nuevo querer o a emitir una nueva declaración sin interés para ello, ni valor patrimonial ni jurídico (120).

La diferencia, según se sostenga una u otra posición es la de catalogar la responsabilidad con un carácter extracontractual o contractual respectivamente. Pero en ambos casos se suele entender que ante la ausencia de normas aquella se habrá de regir por las reglas de las obli-

gaciones y contratos, aunque con diferentes resultados. Cuando se trata de promesas bilaterales aceptadas se entiende que existe una recíproca concesión de las partes de poder pedir una indemnización de daños y perjuicios, o el cumplimiento del contrato (121).

En realidad, en su sentido verdadero el poder que concede el precontrato es una opción de decidir sobre la suerte misma de la relación contractual. Del ejercicio de su titular depende que surta o no efecto. Queda, por tanto, en la mano de cada parte el exigir a la otra el cumplimiento de su promesa en el plazo fijado para ello, o dentro del que se marque judicialmente (122).

A pesar de todo, no siempre ha existido una aceptación doctrinal, ni jurisprudencial, en cuanto al ejercicio de la petición del cumplimiento forzoso citado (123), porque al creerse tradicionalmente que el contenido de la obligación creada por el contrato preliminar es el concertar un nuevo contrato; no hay medio para obligar a un hacer tan personalísimo como este en base al art. 1161 del C.C. lo que significa el condenarlo a la ineficacia práctica, pues, ante la negativa de una de las partes, sólo es posible pedir la indemnización de daños y perjuicios, muy difíciles de probar (124).

Esta idea comenzó a cambiar gracia a ROCA SASTRE

y DE CASTRO, los cuales facilitaron un reconocimiento conceptual del problema. Y en la jurisprudencia se hizo frente a la situación creada por el parecer expuesto gracias a la S. de 1 de Julio de 1950, asentadora a partir de entonces, con cierta constancia, de la dirección contraria de imponer el incumplimiento de los efectos del precontrato, desde que este es exigido, cuando contengan sus requisitos esenciales (125).

Sólo cuando el contrato preliminar no ofrezca base bastante para llegar a esta constitución sin nuevo convenio, o exista una imposibilidad de ejecución forzosa por otra causa cualquiera, será doble la indemnización de daños y perjuicios como equivalente, si es que medió culpa según lo dictado en las reglas generales de las obligaciones y contratos (126).

A lo que se añade, en ocasiones, la admisión de la actuación del cumplimiento y del resarcimiento pertinente de forma conjunta, siempre que se hayan producido daños y perjuicios y haya sido probado su existencia como efecto de la conducta del incumplidor (127).

Los criterios que se hacen valer para la adecuación de las soluciones que acabamos de exponer son: la equidad y la buena fe. En efecto, el juzgador en cada caso pondera las circunstancias existentes, valorando los inte-

reses puestos en juego y resolviendo justamente. Al mismo tiempo que se protege la buena fe de la parte que se compromete y toma en serio el compromiso del otro sujeto, confiados en el mismo, por suponer en la promesa una necesaria fidelidad a lo convenido y un deber de lealtad recíproca (128).

NOTAS

- (1) Cfr. PUIG PEÑA, F.: "Tratado de Derecho Civil español", t. IV, vol. 1, Edit. RDP, Madrid 1958, p. 392; n. 3; S.S. de 26 de septiembre de 1928 y de 11 de marzo de 1929.
- (2) Cit en CASTAN TOBEÑAS, J.: "Derecho Civil español común y foral", t. III, Reus, Madrid 1983, p. 418. V también en este sentido ALBADALEJO, M.: "Derecho Civil", t. II, vol. 1. Bosch, Barcelona 1980, p. 309. ALVAREZ VIGARAY, R.: "El efecto automático de la compensación", en "Estudios de Derecho Civil en Honor del Prof. Castán Tobenas", t. IV. Pamplona 1969, pp. 39 y ss.; COLIN, A. y CAPITANT A.: "Curso elemental de Derecho Civil", t. III, Reus, Madrid 1960, pp. 307 y 308; DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: "Sistema de Derecho Civil, v. II, Tecnos, Madrid 1982, pp. 642 y ss. PUIG BRUTAU, J.: "Fundamentos de Derecho Civil" I - 2°. Bosch, Barcelona 1985, p. 376.
- (3) Cfr. GONZALEZ PALOMINO, G.: La compensación y su efecto (Conferencia) en "Estudios de Derecho Histórico y Moderno". Colegio Notarial de Barcelona, 1947, pp. 49 y ss. Este autor dice que si es cierto que contablemente la situación patrimonial de las partes no varía antes o después de la compensación, también lo es que mientras no se haga con eficacia jurídica, ninguna de las partes han quedado en libertad, exenta de vinculación divorciada de su deuda.
- (4) PLANIOL, M.: "Tratado elemental de Derecho Civil", trad. Edit. Cajica. Puebla 1945, p. 362. Esta postura es defendida por CLEMENTE DE DIEGO, F. ("Instituciones de Derecho Civil", t. II, Madrid 1959, p. 418; y VALVERDE, C.: "Tratado de Derecho Civil español, t. III, Valladolid 1925-1932, p. 188.
- (5) Cfr. PUIG PEÑA, F.: "Tratado de Derecho Civil español", t. IV, vol. 1. Edit. R.D.P., Madrid 1958, p. 392; COSENTINO PATTI, M.: "La compensazione nei suoi aspetti giuridici". Jovene. Napoli 1983; LOPEZ VILLAS, R.: "De la compensación" en Comentarios al Cód-

digo Civil y Compilaciones Forales XVI - 1. Edersa, Madrid 1980.

- (6) Cfr. RODRIGUEZ-ARIAS, L.: "Derecho de Obligaciones". Edit. R.D.P., Madrid 1965, pp. 533 y 534.
- (7) Cfr. ARRILAGA, J.I.: Voz "Compensación", en NEJ Seix.
- (8) V. al respecto DIEZ PICAZO, L. y GULLON, A.: Op. cit. vol. II, p. 217; V. también MENDEGRIS, R.: "La nature juridique de la Compensation". L.G.D.J., Paris 1969.
- (9) POMPONIO decía: "Ideo compensatio necessaria est quia interest potius non solvere quam solutum repetere". Es decir, que "la compensación es necesaria porque interesa o importa más no pagar que reclamar lo entregado". (D. Libr. XVI, tit. II, frag. 3^o). Y según la terminología utilizada en las Partidas (5.14.20) en las que se establecía que la compensación es "manera de pagamiento porque desata la obligación de la deuda que es como descontar un deudo por otro". Cfr. CASTAN TOBEÑAS, op. cit., t. III, p. 418, en cuanto a la frase de POMPONIO. DIEZ-PICAZO y GULLON sitúan la compensación como uno de los subrogados del pago (op. cit., vol II, p. 216).
- (10) Cfr. ALBALADEJO, M.: op. cit., t II, vol. 1, p. 309; y RODRIGUEZ ARIAS, L.: op. cit., p. 533.
- (11) Cfr. BIONDI, B.: "La compensazione nell Diritto romano", A.A.U. Pa, vol. III, 1929, y según PUIG BRUTAU sólo en el caso dicho podía el Juez, pero no forzosamente, decretar la compensación, sin que se pueda hablar de que ésta produjera efecto "ipso iure" o automáticos. (Op. cit., t. 1, vol. 2, p. 376).
- (12) Cfr. Inst. 4, 5, 30; D. 49, 8, 1, 4. Aunque IGLESIAS dice que las noticias suministradas por las fuentes no permiten fijar con claridad los términos en que el rescripto de MARCO AURELIO consiente la compensación ("Derecho romano", Ariel, Barcelona 1979, p. 250, nota 78).
- (13) C. 4, 31, 14. Sin embargo, a juicio de GIRARD la

verdadera compensación legal con efectos de pleno derecho, tal como ha pasado a la mayoría de los Códigos modernos, no llegó a ser reconocida en el Derecho romano, ni tan siquiera en el período justinianeo. Es decir, que según esta idea JUSTINIANO reconoció una facultad a los jueces para admitir la compensación por demandas reconventionales, o para no admitirlas, dejando el crédito subsistente en pleno vigor. En todo caso los créditos no se extinguen "ipso iure" y de acogerse la convención se extingue la obligación por cumplimiento, en el caso de no admitirse no se extinguen las deudas hasta que surja una causa extintiva (Cfr. GIRARD, P.F.: "Manuel élémentaire de Droit romain " Libr. A. Rousseau. Paris 1929, pp. 749 y ss.

- (14) Esta no está regulada en nuestro Código, pero se admite y justifica por la doctrina dada la renunciabilidad del derecho o facultad del interesado conforme al art. 6.2. del C.C. También la admite la jurisprudencia considerándola la S. de 14 de junio de 1971 como "presupuesto indeclinable de la misma que se produzca una declaración unilateral de la persona, en la que concurre un obstáculo en relación con las condiciones esenciales de la compensación para que el fenómeno extintivo pueda tener lugar, declaración que evita dicho impedimento renunciando a oponerlo" (Cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L.: "Elementos de Derecho Civil", t. II, vol 1, Bosch, Barcelona 1985, p. 249).

- (15) Según ALBALADEJO esta clase admite dos construcciones: "1°. Las partes extinguen directamente - pues les es posible -, las dos obligaciones no compensables. Y 2°. Las partes, mediante novación, hacen convertirse a las antiguas obligaciones en otras que reúnen los requisitos de compensación exigidos por la ley, produciéndose entonces la compensación legal".

Y si bien no se encuentra regulado en el ordenamiento español (si lo es en el C.C. italiano, art. 1252) es admisible en base al art. 1255 del C.C., y se acepta por la sentencia citada de 14 de junio de 1971. Cfr. ALBALADEJO.: op. cit. t.II, vol. 1, p. 315.

- (16) Esta compensación no se reconoce en el C.C. español, aunque si en el italiano (art. 1243). Pero se entiende que, el caso más frecuente, aunque no el úni-

co, es el de que haya un crédito líquido al comenzar el juicio, y otro cuya existencia y cuantía se fija en el fallo, haciéndolo pues líquido a partir de este conforme a la buena fe y a los principios generales del Derecho. Sin que se pueda confundir la compensación judicial con la invocación en juicio de la compensación legal. Cfr. CHABAS, F.: "Reflexion sur le compensation judiciaire", J.C.P. I, 1966, C. 2026.

(17) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: Op. cit. t. III, p. 420, ESPIN CANOVAS, D.: "Manual de Derecho Civil" t. III., Edit. R.D.P., Madrid 1983, p. 161.

(18) El art. 1289 del C.C. sienta el efecto extintivo de la compensación en cuanto que dos personas son deudoras la una de la otra. Y el 1290 lo hace en relación con el efecto automático de la misma, ya que "la compensación se opera de pleno derecho por la sola fuerza de la ley, incluso sin saberlo los deudores" (V. TAPIA, I: "La compensación en el proceso civil". Trivium, Madrid 1988, p. 46).

(19) El art. 388 del C.C. alemán dice que "la compensación se efectúa por declaración dirigida a otra parte, y sería ineficaz si se hace bajo condición o término". El art. 124 del Código de Obligaciones suizo prescribe que "sólo tendrá lugar la compensación cuando el deudor dé a conocer al acreedor su intención de hacer uso del derecho de oponerla" (V. TUHR, A.: "Tratado de las Obligaciones", trad. Roces t. II, Reus Madrid 1934, p. 166, nota 4). Y respecto a la naturaleza declarativa o constitutiva de la declaración de voluntad se han suscitado dudas en la doctrina alemana: ENNECCERUS que en un primer momento atribuía a la declaración de voluntad efecto declarativo, más tarde le reconoció una función constitutiva (Cfr. ENNECCERUS, L.- LEHMANN, H.: "Lehrbuch d. buer. Recht" II, Marburg 1932, pp. 249 y ss). En el primer sentido se pronuncia LARENZ que habla de "declaración unilateral constitutiva. (cfr. "Derecho de Obligaciones", trad. Santos Briz, t. I, Edit. R.D.P., Madrid 1958, p. 426).

(20) Pues lo único que establece el art. 1242 es que el Juez no puede apreciar la compensación de oficio, lo que quiere decir que, al revés de lo que sucedía en el Código antiguo, ya no tiene efecto automático, en virtud del estado de compensabilidad de los créditos, sino que para que se produzca la extinción de

las obligaciones es necesario que se haga valer por la parte. REDENTI, E.: en "La compensazione dei debiti nei nuovi Codici". R.T.D.P.C., diciembre 1947, pp. 1576 y ss., defiende que la compensación tiene fuerza declarativa; y MICHELI, G.A.: en "Compensazione legale e pignoramento" comprendido en "Studi" apoya la opinión de que se trata de una declaración constitutiva.

- (21) Al preceptuar este artículo que "el efecto de la compensación es extinguir una u otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores".
- (22) Ver S.S. de 21 de marzo de 1832, 20 de diciembre de 1941, 14 de abril de 1944, 1 de febrero de 1962, 16 de octubre de 1975. Otras, las menos, sostienen que ha de ser alegada, p. ej. las de 29 de abril de 1944 y 25 de febrero de 1952.
- (23) V. sobre lo dicho ALVAREZ VIGARAY, R., op. cit. p. 37, y S. de 20 de junio de 1986. Aunque la S. de 21 de marzo de 1932 y otras consideran que los efectos se producen desde el "día en que se reúnen los requisitos pertinentes". Posición diferente es la mantenida por GONZALEZ PALOMINO, al sostener que en nuestro Derecho vigente la compensación no opera por ministerio de la ley - sino cuando es opuesta por el interesado - ni tiene efecto retroactivo (cfr. op. cit.).
- (24) V. BUEN, CLEMENTE DE DIEGO, DIEZ-PICAZO, GULLON, LACRUZ, cits. por SANTOS BRIZ, J.: "Código Civil" (Comentado) Edit. R.D.P., Madrid 1965, p. 636. Ver S.S. 29 de Abril de 1944; 26 de Febrero de 1952.
- (25) DIAZ PAIRO y PUIG BRUTAU dicen que se puede renunciar la compensación anticipadamente, en el momento en el que se celebra el contrato, creador de la obligación, o posteriormente (cits. por CASTAN TOBEÑAS, J.: op. cit. t. III, p. 427). V. MANRESA Y VALVERDE, cits. id. Ahora bien, sostienen DIEZ PICAZO, y GULLON que "si oponer o no la compensación es facultad del interesado, la posición de los terceros a los que la extinción de las obligaciones beneficia no queda a merced de la voluntad de aquél, sino que podrá alegarse por los beneficiados frente a la reclamación del acreedor (arg. art. 1853) tanto judicial como extrajudicialmente" (cfr. op., cit.

vol. II, p. 220), ello de acuerdo con la S. de 29 de Abril de 1944. V además ALVAREZ VIGARAY, R.: op. cit, pp. 66.

- (26) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: Op. cit. t. III, p. 428. En el mismo sentido se expresan con relación a la compensación facultativa PEREZ GONZALEZ, B., y ALGUER, J en "Notas" a la obra de ENNECCERUS, L. Y LEHMANN, H. cit. t. II, vol. 2, p. 351. Y en cuanto a la convencional PUIG PEÑA, F., op. cit. t. IV, vol. 1. p. 344. Diferentemente DIAZ PAIRO, A.: en "Teoría general de las Obligaciones", t. II, La Habana 1940, p. 107, que acepta esta solución para la primera clase de compensación citada, dice de la convencional que, en defecto de pacto especial, sus efectos son los mismos que los de la compensación legal, entre estos la extinción retroactiva.
- (27) Cfr. ESPIN CANOVAS, D.: op. cit., vol. III, p. 168. V. también FORCHIELLI, P.: "Compensazione giudiziale ed omogeneità dei crediti". Unione Tipografica Editrice, Torino 1951.
- (28) Que en este caso lo constituye la sentencia y en los anteriores el acuerdo o la manifestación unilateral de voluntad.
- (29) Cfr. RUGGIERO, C.: "Instituciones de Derecho Civil", trad. t. II. Reus, Madrid 1929, pp. 238 y ss.
- (30) Hoy día la compensación desempeña una importante función especialmente en la esfera mercantil. El comercio vive, sobre todo del crédito y necesita simplificar todo lo posible los pagos.
- (31) V. S.S. de 1 de febrero de 1962; 7 de octubre de 1966; 26 de marzo de 1968; 23 de Octubre de 1978.
- (32) V. S.S. de 21 de marzo de 1932; 25 de junio de 1962; 21 de septiembre de 1978.
- (33) V. S.S. de 26 de septiembre de 1928; y 11 de marzo de 1929.
- (34) V. S. de 21 de noviembre de 1988.

- (35) Cfr. SCHLESINGER, P.: Voz "Compensazione" Nov D.I. V. S.S. 19 de febrero de 1972; 14 de marzo de 1976; 26 de Septiembre de 1977; 21 de Noviembre de 1978; 29 de Septiembre de 1983; 21 de Noviembre de 1988.
- (36) Cfr. CARBONNIER, J.: "Droit Civil", t. IV, P.U.F., Paris 1985, pp. 512 y ss. V. especialmente S.S. de 26 de Septiembre de 1977; y 29 de septiembre de 1983.
- (37) LARENZ, K.: op. cit. t. I, p. 426.
- (38) V. las S.S. enumeradas en las notas 35 y 36 de este Capítulo.
- (39) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: op. cit., t. III, p. 419; y SACCHI,: voz "Compensazione", D.I.
- (40) V. S. de 21 de noviembre de 1978.
- (41) Esto ya desde el Derecho romano, según se desprende del texto citado de POMPONIO: "Ideo compensatio necessaria est quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere" (D. 16, 2, 3), y el de PAULO: "Dolo facit qui petit quod redditurus est" (D 44, 4, 8 pr). (Cfr. ESPIN, D. op. cit. vol. III, p. 160).
- (42) Cfr. COLIN, A. y CAPITANT, H.: op. cit. t. III, p. 240; S. 21 de noviembre de 1978.
- (43) ESPIN CANOVAS afirma que no paraliza la compensación ya hecha, la posterior declaración de suspensión de pagos. Y que se ha de descartar la compensación cuando uno de los interesados cae en concurso de acreedores o quiebra, ya que implicaría un privilegio para el acreedor que se beneficiaría de ella, siendo así que fuera de los privilegios establecidos en la ley no cabe admitir preferencia alguna (Cfr. op. cit. vol. III, pp. 160 y 161).
- (44) Cfr. A. PEREZ que dice textualmente: "La obligación de justicia en cuanto sea de justicia nunca impone cargas superiores a los beneficios. Ya sea a causa

de que responde a una obligación igual por el acreedor, ya porque tiene como objetivo el compensar las cargas de la obligación". (En "De iustitia et iure, et de restitutione et poenitentia". Lyon 1661, Disp. II, cap. 3, n. 79).

- (45) Cfr. ALVAREZ ROBLES, A.: "La seguridad en los negocios jurídicos", en "Estudios Jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona 1959, pp. 87 y ss.; PERDUE.: "Indemnización de daños contracturales y protección de la confianza", trad. Barcelona 1957. V. además S. de 21 de noviembre de 1978.
- (46) V. S.S. de 26 de septiembre de 1977; 29 de septiembre de 1983; 21 de noviembre de 1988.
- (47) En este sentido V. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "El Derecho de la aventura europea de la libertad". Reus. Madrid 1987, p. 90; Ver S.S. id.
- (48) De acuerdo con CICERON cit. por SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "El Derecho..." cit. p. 95.
- (49) TAPIA llega a afirmar que "la compensación propia tiene una fundamentación que nada tiene que ver con la equidad, puesto que "quien ostenta un crédito-autónomo-compensable sopesará su conveniencia o no de oponerlo en compensación. El fundamento, pues, de la compensación no reside en razones distintas de la utilidad o conveniencia del titular del contra-crédito (Cfr. op. cit. p. 152).
- (50) Cfr. TAPIA, I.: op. cit. p. 103.
- (51) Cfr. S.S. de 19 de febrero de 1972; 21 de noviembre de 1988.
- (52) Cfr. TAPIA, I.: op. cit. p. 106.
- (53) Al tratarse de una excepción propia.
- (54) La naturaleza procesal de la compensación ha sido tratada, la mayoría de las veces, como una reconvenición por el T.S.; en muy pocas ocasiones se ha

considerado como excepción propia, apoyándose dicha postura sobre todo, por la doctrina procesalista e, incluso, por los autores de Derecho histórico. Y, por último, ha sido tratada como defensa, directa o indirectamente, por la doctrina civilista (Cfr. TAPIA, I.: Op cit. p. 77).

- (55) La compensación judicial hay que distinguirla de la compensación en juicio, operada en el proceso al actuarse un crédito; y contestar el demandado ese crédito oponiendo, a su vez, un crédito suyo contra el actor.

Sin embargo el T.S. no guarda un rigor técnico y confunde en ocasiones la compensación que se declara en el proceso (S.S. de 8 de junio de 1965, y de 7 de octubre de 1966). Otras veces se habla de compensación "judicialmente declarada" (S. de 17 de mayo de 1984) para referirse a las consecuencias de relaciones económicas entre las partes a resultas de las cuales se constituyen recíprocamente en acreedoras y deudoras.

- (56) Cfr. REDENTI, E.: op. cit. p. 40, nota 35 y S.S. de 7 de junio de 1983; 24 de octubre de 1985.
- (57) Cfr. ALBADALEJO, M.: op. cit. t. II, vol 1, p. 311.
- (58) S. de 8 de noviembre de 1911.
- (59) V. S.S. de 19 de febrero de 1972, 14 de mayo de 1976, 16 de septiembre de 1977; 21 de noviembre de 1978; 29 de septiembre de 1983; 21 de noviembre de 1988.
- (60) Sobre todo ver la S. de 7 de junio de 1983 que resume la totalidad de la doctrina citada aunque referida al contrato de flete; y S. de 11 de abril de 1985.

En la doctrina CASTAN TOBEÑAS, J.: op. cit., t. III, p. 402, poniendo reparos a la definición que de la compensación hacen CLEMENTE DE DIEGO y VALVERDE dice que "tiene el defecto de poder llegar a confundir la compensación con la reciprocidad o bilateralidad, de la cual se diferencia en que la bilatera-

lidad supone una sola relación, y la compensación de las relaciones obligatorias". Con esta idea están de acuerdo la mayoría de los autores.

- (61) V. S.S. de 19 de febrero de 1972 y 21 de noviembre de 1978.
- (62) V. S.S. de 14 de junio de 1971; 23 de marzo de 1974; 6 de diciembre de 1979; 17 de mayo de 1984; 5 de junio de 1986; 28 de noviembre de 1986.
- (63) Estas excepciones se diferencian de las llamadas impropias (o meras defensas).
- (64) Aún reconociendo, por una parte, que el que opone un crédito compensable por cantidad igual o menor que la reclamada del contrario no pide ese "plus" que exige toda reconvencción, sino que se limita a solicitar del juez que declare en su favor su absolución de la demanda. Y, por otra, que al oponer el demandado un crédito en compensación con el fin de verse absuelto de la demanda dicha oposición se circunscribe al ámbito de la acción actora, de tal modo que su suerte depende de la suerte de la acción, y, si el actor, por ejemplo, desiste de ese proceso, o renuncia a esa acción, la oposición del demandado parece en ese proceso, cosa que no ocurriría si de una reconvencción se tratase (el proceso continuaría y la acción reconvenccional se ventilaría), (Cfr. TAPIA, I: op. cit. pp. 91 y 92). V. también MORENO MOCHOLI, M.: "Reconvencción y compensación" R.D.P. julio-septiembre 1951, pp. 492 y ss.
- (65) V. S.S. de 25 de junio de 1962, y 8 de junio de 1965.
- (66) V. S.S. de 1 de febrero de 1962; y 6 de febrero de 1985.
- (67) V. S. de 2 de febrero de 1976.
- (68) V. S.S. de 16 de octubre de 1975; 29 de junio de 1986.
- (69) V. S.S. de 21 de marzo de 1932; 1 de febrero de

1962; 26 de marzo de 1968; 19 de febrero de 1972; 19 de febrero de 1973; 21 de noviembre de 1978; 11 de junio de 1981; 12 de abril de 1985.

- (70) Seguimos en tal exposición a CASTAN TOBEÑAS, op. cit. t. III, pp. 112 y ss, de acuerdo con lo dicho en la S. de 26 de junio de 1956.
- (71) S.S. de 26 de noviembre; 17 de mayo de 1971.
- (72) La discrecionalidad del poder legislativo se ha de someter a una serie de dictados previos que no le dejan plena libertad de actuación.
- (73) Cfr. ESPIN CANOVAS, D.: op. cit. vol. III, p. 566. V. también MADRID PARRA, A.: "La cabida en la compra-venta de bienes inmuebles", R.C.D.I. 554, 1983, pp. 57 y ss.; SANAHUJA.: "Cuestiones sobre cabida en la venta de inmuebles", en Estudios sobre el contrato de compra-venta". Col. Notarial de Barcelona, 1947.
- (74) V. S. 21 de octubre de 1988.
- (75) V. S.S. de 26 de junio de 1956 y 5 de julio de 1978. DIEZ PICAZO y GULLON dicen que "en las ventas inmobiliarias específicas el problema se plantea en la línea de la formación de la voluntad y en la de los errores del cálculo, y no se puede hablar de cumplimiento defectuoso. En cambio, ocurre lo contrario cabalmente en las ventas de género, porque en estas ventas si lo recibido por el comprador es una cantidad menor, lo que se produce es un propio y verdadero incumplimiento de la obligación de entrega" (op. cit. vol. II, p. 333).
- (76) V. S.S. de 12 de marzo de 1948; 15 de julio de 1954; 26 de junio de 1956, 26 de noviembre de 1966, 17 de mayo de 1971, 5 de julio de 1978.
- (77) Cfr. OGAYAR, T.: "Efectos que produce la obligación bilateral" (Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del Código Civil). Aranzadi, Pamplona 1983, pp. 158 y 159.

- (78) Cfr. BADENES, R.: "El contrato de compra-venta", t. II, Bosch, Barcelona, 1979, p. 858 y ss.; JORDANO BAREA, J.: "Comentario a la sentencia de 9 de junio de 1950", A.D.C. 1951, pp. 309 y ss. MULLERAT BALMAÑA, R.M.: "El pacto comisorio en las compra-ventas de inmuebles (R.M. art. 1504 del Código Civil)" A.D.C. 1971, pp. 481 y ss., y la bibliografía que allí se cita. V. también S.S. de 30 de mayo de 1942; 28 de Enero de 1944; 1 de Mayo de 1946; 28 de Enero de 1948; 9 de Mayo de 1950; 13 de Febrero de 1950; 13 de febrero de 1959; 24 de junio de 1968; 25 de octubre de 1969; 23 de abril de 1975; 1 de febrero de 1977; 5 de noviembre de 1979; 21 de marzo de 1980; 30 de abril de 1981.
- (79) Cfr. BONET RAMON, F.: "La resolución de la compra-venta de inmuebles en los Derechos español e italiano" R.I.D.C. 1953, pp. 89 y ss.; RODRIGUEZ ADRADOS, A.: "Algunos aspectos de la lex commissoria" R.C.D.I. enero-febrero 1968, pp. 49 y ss. Ver S.S. de 9 de febrero de 1950; 30 de diciembre de 1955; 30 de octubre de 1956; 23 de septiembre de 1959; 3 de marzo de 1967; 16 de noviembre de 1979; 21 de marzo de 1980; 19 de mayo de 1981.
- (80) V. S.S. de 9 de marzo de 1950; 6 de febrero de 1979. S.S. de 30 de mayo de 1942; 11 de noviembre de 1943; 28 de enero de 1948.
- (81) V. S.S. de 29 de diciembre de 1926; 10 de abril de 1 de abril de 1929; 24 de octubre de 1941; 28 de enero de 1943.
- (82) Ver S. de 1 de mayo de 1946.
- (83) Ver S.S. de 8 de julio de 1933; 30 de mayo de 1942; 8 de julio de 1944; 6 de julio de 1949; 13 de febrero de 1959; 3 de marzo y 5 de mayo de 1967; 26 de enero de 1980.
- (84) En especial ver S. de 5 de julio de 1933.
- (85) V. S. de 1 de mayo de 1946.
- (86) Cfr. VICENTE y GELLA, A.: "El término esencial". R.D.M. VIII, 1949, p. 31... Ver S.S. de 20 de mayo de 1942; 9 de noviembre de 1944; 19 de mayo de 1981

y 30 de octubre de 1981.

(87) Cfr. OGAYAR, T.: op., cit., p. 143; SABATER.: "El artículo 1504 del Código Civil", R.D.I. 1960, pp. 10 y ss. V. S.S. de 5 de noviembre de 1979, 30 de abril de 1981, 25 de enero de 1985.

(88) Cfr. OGAYAR, T.: op. cit., p. 143. V. S.S. de 8 de julio de 1933; 13 de febrero de 1959; 11 de mayo de 1979; 25 de enero de 1985.

(89) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: op. cit. t. IV, p. 145 refiriéndose a GARCIA GOYENA.

(90) V. S. de 24 de abril de 1956.

(91) El art. 1554 del C.C. enumera como obligaciones del arrendador: 1º) Entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato; 2º) Hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada; y 3º) Mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato".

El art. 1555 del C.C. fija las obligaciones del arrendatario: 1º) A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos; 2º) A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra; y 3º) A pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato.

(92) ALBADALEJO dice que "como en principio, la resolución por incumplimiento de la otra parte, sólo procede si la obligación incumplida es recíproca hay que entender que en el caso de que la ley no conceda (como hace en el art. 1556) el derecho a resolución por incumplimiento de ciertas obligaciones determinadas, para que tal derecho proceda, esta ha de ser recíproca y así debe tomarse el art. 1568 ya que, por otro lado, remitiendo al art. 1124 acoge su doctrina" (op. cit. t. II, vol. II, p. 195, nota 1).

(93) V. S. de 16 de mayo de 1946.

- (94) Cfr. OGAYAR, T.: op., cit., p. 160. Es muy discutible la S. de 29 de octubre de 1927, que declaró que la rescisión reguladora por el art. 1556 es una de las comprendidas en el art. 1291.5 y tiene el efecto retroactivo que determina el art. 1295.
- (95) V. S. de 4 de marzo de 1950.
- (96) V. S. de 11 de junio de 1948.
- (97) Cfr. MORENO MOCHOLI, M.: "Derecho, acción y juicio de deshaucio" R.G.L.J., mayo 1944, pp. 509 y ss.
- (98) Como es la infracción de cualquiera de las condiciones estipuladas en el contrato, las cuales carecen del carácter esencial necesario para ello.
- (99) Ver S.S. de 4 de marzo de 1950 y 29 de mayo de 1950.
- (100) Lo cual no curre con los caracteres que la definen, y en los cuales no entraremos, pues la citación del deshaucio la realizamos únicamente como complemento al art. 1556 del C.C.
- (101) V. las S.S. indicadas en la nota 99 precedente.
- (102) Ver en cuanto a los arrendamientos urbanos de modo específico, aunque referida a la L.A.U. de 13 de abril de 1956, la S. de 10 de junio de 1961 en relación con las de 9 de diciembre de 1953; 28 de junio de 1955; 17 de marzo de 1956; 28 de enero de 1957. Y en cuanto a los rústicos la S. de 20 de diciembre de 1985.
- (103) Cfr. OSSORIO MORALES, J.: "Notas para una teoría general del contrato", R.D.P., diciembre 1965, p. 1071.
- (104) Según la enumeración que realiza CASTAN TOBEÑAS, J.: (op. cit. t. III, p. 619). V. también la sistematización citada por BADENES GASSET, R.: "El riesgo imprevisible", Bosch, Barcelona 1946, pp. 65 y ss.;

y ROCA SASTRE, R.: "Estudios de Derecho Privado", t.I, vol. 1, Edit. R.D.P., Madrid 1958, pp. 239 y ss.

- (105) Tal corriente fué resucitada por la Escuela de Derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII (GROCIO, PUFFENDORF), influyendo en la codificación prusiana. Pero a fines del siglo XIX quedó olvidada hasta que las circunstancias de la época inflacionista subsiguiente a la I Guerra Mundial obligaran a resucitarla. Cfr. ATTARD ALONSO.: "En torno a la cláusula rebus sic stantibus". (Discurso inaugural del curso 1942-1943 en la Universidad de Sevilla) Sevilla 1942; CID LOPEZ, M.: "Observaciones sobre aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" ante las medidas devaluatorias de nuestro signo monetario", R.D.C., abril 1968, pp. 329 y ss. DIAZ CRUZ, M.: "La cláusula rebus sic stantibus en Derecho privado", R.G.L.I, 1^o semestre 1946, p. 530; GOMEZ-FERRER.: "Algunas consideraciones en torno a la cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho interno e internacional" R.D.N., enero-marzo 1970, pp. 103 y ss.; LLUIS y NAVAS, J.: "La llamada cláusula "rebus sic stantibus", R.G.L.J. 201, 1956, pp. 370, ss..
- (106) Sus partidarios buscan la justificación de la teoría a través de los más variados fundamentos, desde el presuntamente subjetivo de la cláusula "rebus sic stantibus", hasta los objetivos de la equivalencia de las prestaciones o la doctrina ética del Derecho.
- (107) Cfr. BADENES, R.: "El riesgo ... cit.; HAURIUO, M.: "La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales", R.D.P., Enero 1926, p. 1; MARGO.: "Lesion a posteriori et imprévision dans les contrats" (thèse). París 1949; MARTIN-BALLESTERO, L.: "La doctrina del riesgo imprevisible". Sep. de la Rev. Universidad, Zaragoza 1941.
- (108) Cfr. BOSELLI, A.: "La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità". Editrice Torinese, Torino 1952; BRACCANTI, C.: "Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti", Milano 1947; MARTINI, A.: de: "L'eccessiva onerosità dell'esecuzione dei contratti", Milano 1950; OSILIA, "Eccessiva onerosità ed impossibilità sopravvenuta della prestazione". Genova 1950.
- (109) Según LARENZ la base objetiva del negocio desaparece

en dos casos: cuando la relación de equivalencia entre las prestaciones se rompe de manera tal que ya no puede hablarse de contraprestación (destrucción de la relación de equivalencia). Y cuando la finalidad común y objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado difinitivamente inalcanzable, aún cuando la prestación sea todavía posible (frustración del fin).

La base subjetiva del negocio desaparece cuando las circunstancias positivamente esperadas por ambas partes no llegan a existir o se extinguen si lo esperado era su persistencia (Cfr. "Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos". Trad. de Fernandez Rodríguez, Edit. R.D.P. Madrid 1956, pp. 37 y ss.).

- (110) V. CASTRILLO, J.: "La guerra y los contratos, R.D.P. 279, 1940, pp. 78 y ss.; DURANT, P.: "Influence de la depreciation monétaire sur la vie juridique privée". París 1961. V. también S.S. de 16 de mayo de 1941, 23 de noviembre de 1946.
- (111) Ver S. de 23 de noviembre de 1962.
- (112) La S. de 25 de marzo de 1913 presenta un atisbo de resolución del contrato por alteración de las circunstancias básicas del negocio. Pero, las más importantes al respecto son las de 11 de diciembre de 1940 y 17 de mayo de 1941 que sin negar la posibilidad de la misma tampoco se decidieron a aceptarla. Posteriormente, las S.S. de 17 de mayo de 1957; 6 de junio de 1959 y 31 de marzo de 1960 dictaminaron el carácter excepcional de la cláusula "rebus sic stantibus".
- (113) V. S. de 27 de junio de 1984.
- (114) V. S.S. de 6 de junio de 1959; 31 de marzo de 1960; 28 de Enero de 1970; 19 de abril de 1985; 6 de octubre de 1987.
- (115) PINO; A.: "La excesiva onerosidad de la prestación", trad. Bosch, Barcelona 1959. V. S.S. de 12 de junio de 1956; 17 de mayo de 1957; 16 de junio de 1983; 6 de octubre de 1987.

El principio nominalista parece imperar en todas las legislaciones, pero como expresa ROCA SASTRE "no hay en el Código Civil artículo alguno que consagre propiamente el principio nominalista y menos que lo consagre con el carácter de un principio inderogable de derecho imperativo". (Cfr. "Eficacia de la cláusula valor oro", R.D.P. 394, 1950, pp. 1 y ss.). V. también JORDANO BAREA, F.: "Las reglas generales de responsabilidad contractual del Código Civil", A.D.C. XXXVII, fasc. II, pp. 322 y ss.

- (116) Ver SS. correspondientes a la nota 131 de este Capítulo.
- (117) Según ALBADALEJO la revisión es posible fuera del ámbito contractual siempre que haya un desequilibrio entre prestaciones recíprocas, y aún cuando no se dé este requisito y sólo se produzca un desequilibrio entre las situaciones de que se trate (Cfr. op. cit., t. II, vol 1, pp. 465 y 466).
- (118) Incluso el concepto de contrato preliminar ha sido objeto de controversias, pues con la instauración del sistema espiritualista del Ordenamiento de Alcalá desaparecieron las formas solemnes que habían caracterizado a la promesa y quedó ésta sin sustantividad o finalidad propia, confundida con los demás contratos.
- (119) BLANCO, BONET, ESPIN, MENENDEZ PIDAL y PEREZ GONZALEZ Y ALGUER dicen que tales principios generales del Derecho se extraen de algunos preceptos fragmentarios del Código Civil como son los arts. 1270.2; 1725; 1846.2 y en particular el 1902 (Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: op. cit. t. III, p. 602).
- (120) CLEMENTE DE DIEGO Y COVIELLO creen que el precontrato es perfecto y obligatorio. Más tarde ROCA SASTRE sostuvo que en el precontrato se trata de un contrato base, en el que las partes prometen su actividad dirigida al desenvolvimiento necesario para su conclusión definitiva (Cfr. "El contrato de promesa", en "Estudios de Derecho Privado" cit. t.I, pp. 324 y ss). V. en este sentido S.S. de 5 de octubre de 1961; 16 de octubre de 1965; 28 de febrero de 1978. DE CASTRO afirmó que la promesa de contrato es una etapa de un "iter" negocial, habiéndose de distinguir entre: 1º. La promesa de contrato y 2º. La exi-

gencia de cumplimiento de la promesa que origina la vigencia del contrato que fuera proyectado (Cfr. "La promesa de contrato", A.D.C. 1950, pp. 1154). Ver, así, SS 28 de marzo de 1944, 23 de mayo de 1952, 29 de octubre de 1955, 5 de abril de 1961. Recientemente ALONSO PEREZ ha matizado el fundamento de la responsabilidad precontractual con base en la idea integradora de la relación jurídica prenogocial, en la que se comprende el procedimiento formativo del acto jurídico desde las conversaciones preliminares hasta la oferta hecha en firme ("La responsabilidad precontractual", separata, pp. 60 y ss.).

(121) Ver ALONSO PEREZ id. y BENATTI, F.: "La responsabilità precontrattuale". Giuffrè. Milano 1963.

(122) V. CALVILLO MARTINEZ, J.: "Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento" (en torno a la sentencia de 1 de julio de 1950) R.G.L.J., mayo 1951, p. 580; CASTRO, F. de: "La promesa..." cit., pag. 1177). V. también ATIYAH, P.S.: "Promises, Morals and Law". Clarendon Press. Oxford 1981; HART, H.L.A.: "Promises and Obligations" en Law Morality and Society. Oxford 1977, pp. 210 y ss.; RAZ, J.: "Promises and Obligations" en Law, Morality and Society, ed. Raz and Hacker. Oxford 1977.

El ejercicio de la facultad de petición del cumplimiento se encuentra sometido a las reglas generales de la prescripción (art. 1964 C.C.) (Cfr. CASTRO id., p. 1186)

(123) V. por ejemplo CLEMENTE DE DIEGO, F.: "Instituciones de Derecho Civil español", t. II, Madrid 1959, p. 128 que, sin embargo, admite que el art. 1451 dispone que el Juez puede condenar a la ejecución del contrato definitivo.

(124) HERNANDEZ GIL, A.: "Nota a la sentencia del T.S. de 11 de noviembre de 1943", R.G.L.J., septiembre 1944, pp. 340 y ss. Ver también CORDOVA.: "El contrato de promesa según la jurisprudencia del Tribunal Supremo" R.D.J. 1960 y 1961 cit. por ESPIN CANOVAS, E., op. cit., vol. III, p. 411; R.D.J. 1960 y 1961, p. 44, nota 128 y s.s., de 9 de julio de 1940; 2 de mayo de 1959; 2 de febrero de 1960, nota 128.

- (125) V. principalmente CALVILLO MARTINEZ, J., op. cit. Si bien anteriormente se habían dictado otras sentencias en las que se aceptaba tácitamente, como la de 31 de enero de 1921, que decidió, que "dándose todos los requisitos de una promesa de vender, los generales a todo contrato y los especiales de esta (cosa y precio cierto); exigido el cumplimiento es notoria la obligación en la que se encuentran A y B en otorgar en favor de C la escritura de venta de las fincas a las que el contrato se refiere". V. también S.S. de 16 de abril de 1941, 7 de febrero de 1945; 6 de marzo de 1947.

En el sentido de la S. de 1 de julio de 1950 ver, posteriormente, las de 27 de octubre de 1956; 13 y 23 de abril y 14 de junio de 1957; 2 de mayo de 1959; 5 de octubre de 1961; 26 de marzo de 1965; 2 de marzo y 7 de febrero de 1966, etc.

- (126) El mismo art. 1451 del C.C. dice: "La promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato.

Siempre que no pueda cumplirse la promesa de compra y venta regirá para vendedor y comprador, según los casos, lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos en el presente Libro".

- (127) V. S.S. de 27 de febrero de 1954; 5 de mayo de 1958; 2 de febrero de 1959; 5 de octubre de 1961.

- (128) V. HAMLYN.: "The Obligation to Keep a Promise, P.A.S. 2, 1961, pp. 179 y ss.; ROBINS, M.H. "The primacy of promising", Mind LXXXV 1976, pp. 32 y ss. Ver también S.S. de 5 de octubre de 1961; 26 de marzo de 1965; 28 de junio de 1974; 26 de octubre de 1984; 1 de diciembre de 1986.

CAPITULO VIII. UNA NUEVA FIGURA RESULTANTE DE LA
CONSIDERACION CONJUNTA DE CRITERIOS DE DISCRECIONALIDAD Y
EQUIDAD: LA "COMPENSACION CORRECTIVA"

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La igualdad de las contraprestaciones en las obligaciones bilaterales es el objeto que el contrato suele asegurar mediante las cláusulas que lo formalizan. Pero este equilibrio queda destruido por el incumplimiento total o parcial, voluntario o involuntario, de alguna de las partes.

El objeto de igualar las prestaciones, en caso de incumplimiento, en los aspectos que no hubieran sido previstos en el contrato, habría de buscarse mediante unas soluciones hipotéticamente derivadas del propio cuadro contractual, en cuyos términos aquéllas habrán sido definidas y aceptadas bilateralmente.

Por ello el método preferente para solventar los problemas del incumplimiento contractual, habrá de basarse en modalidades de responsabilidad derivadas del contrato, más que de normas de culpa civil o de ilícito penal, las

cuales no serían capaces de centrarse sobre las posibilidades y modalidades de resarcimiento, único medio de reparar el bien jurídico protegido, o sea, los intereses del acreedor, sin aparejar empeoramiento innecesario de la situación del deudor.

El presente Capítulo tiene su razón de ser en la necesidad de encontrar una figura jurídica capaz de completar las soluciones contenidas en el art. 1124 del C.C.: el cumplimiento o la resolución de la obligación (más el resarcimiento de daños y abono de intereses si procede), con otras no integradas en el mismo precepto.

Tal exigencia se desprende de la contemplación de la realidad conflictual que surge cotidianamente entre los sujetos de obligaciones bilaterales cuando se produce su incumplimiento por alguna de las partes y se acude a la Administración de Justicia para que solvente satisfactoriamente la controversia originada. En la mayoría de los casos lo que ocurre es que se termina por no responder a los intereses de los sujetos de obligaciones bilaterales, por cuya causa se comienza el "iter" recursivo que alarga y encarece los procesos para que, muy frecuentemente, al final, se llegue a la misma conclusión setenciadora, por medio de la desestimación.

Para la correcta demostración de la idea expuesta

sería preciso y conveniente el recoger la totalidad numérica de los litigios resueltos por cada una de las instancias admitidas en el orden positivo. Y, posteriormente, realizar un examen comparativo de cuántas han sido recurridas y cuántas no. La media estadística mostraría el mayor o menor grado de conformidad de alguna de las partes en cada clase de litigio.

Sin embargo, la imposibilidad de llevar a cabo una tarea así, en un lugar como éste, no deja sin justificar el tema que ocupará las siguientes páginas. Aunque existiera sólo un supuesto en el que se entablara un recurso ya sería suficiente, para mostrar que puede ser mejorada una justicia administrada insuficientemente mirando a su función propia y a su finalidad sustancial.

La opción vigente que el art. 1124 del C.C. , como norma más general al respecto, pone al alcance del cumplidor; y, en cierto modo, del juez en el ámbito resolutorio, se muestra como insatisfactoria. Por lo que, para superar este problema hemos, al menos, de intentar alguna solución distinta de las ya elaboradas y aplicadas hasta ahora.

La figura que nosotros ofrecemos es la de la "compensación correctiva", de la que estudiaremos su concepto y diferenciación de otras afines con las que puede

prestarse a alguna confusión; sus clases; naturaleza; mecanismo operativo; y criterios de racionalidad que intervienen. Realizando como colofón, una valoración clarificadora de todas las ventajas que comporta y de la superación que conlleva en relación con posiciones extremas.

Esta "compensación" nace, según nuestra opinión como la más viable de todas las soluciones, y la más satisfactoria y acorde con la justicia que se trata de conseguir en cada uno de los supuestos acaecidos en el arreglo de controversias derivadas del incumplimiento de obligaciones bilaterales, según los diferentes intereses y circunstancias concurrentes. Si bien queda, naturalmente, abierta a todo tipo de críticas, mejoras y nuevas aportaciones.

2. DELIMITACION CONCEPTUAL DE LA "COMPENSACION CORRECTIVA"

Primeramente, antes de comenzar el estudio del concepto técnico y a determinar cada uno de los elementos que lo componen, es conveniente justificar y aclarar brevemente el porqué de la denominación utilizada. Puesto que nos ayudará a comprender cada uno de aquellos aspectos más fácilmente.

Tal justificación y explicación se reducen a lo

siguiente: la terminología de la que nos valemos es la de "compensación correctiva", expresión que está compuesta de dos voces. La noción genérica es la de "compensación", en atención al núcleo operativo realizado, según la designación examinada en el Capítulo precedente. Y su especificación se establece en la palabra "correctiva", al fijarse en la finalidad fundamental propuesta, en consonancia con el término utilizado en la clase de justicia aristotélica perteneciente a la función judicial (1).

Por lo que la "compensación correctiva" puede ser conceptuada como: "vía de solución actuada por medio de los Jueces profesionales o árbitros en el ámbito de los conflictos planteados por incumplimiento de obligaciones bilaterales, que satisface los intereses legítimos con relevancia jurídica afectados, basándose en la estimación inteligente institucional y normativa, y que tiene como fin esencial la corrección".

De lo dicho se desprenden una serie de elementos que hay que determinar debidamente y matizar, para lo cual procederemos a una clasificación cuatripartita:

1. En lo que se refiere a los sujetos actuantes, facultados para aplicar la "compensación correctiva", éstos pueden ser tanto los Jueces públicos, como los árbitros de equidad e, incluso, los de Derecho. En este caso,

los miembros del Poder Judicial, se convierten, en realidad, en auténticos árbitros, y se confunden con ellos a la hora de resolver los litigios y aplicar su técnica propia (2), aunque se diferencian en que cada uno siguen conservando un "status" propio.

2. Por lo que respecta al objeto a tener en cuenta, este es el de las obligaciones bilaterales, cuyo concepto, contenido y estructura general conocemos, sin que sea necesario ningún requisito complementario. Su aplicación se producirá en todos aquellos supuestos en los que haya un incumplimiento de cualquiera de las partes, y, por tal causa, se entable un litigio.

3. En cuanto a la actividad ejercitada, ésta se centra en ponderar conjuntamente dos obligaciones pertenecientes a sujetos distintos, que sean de la clase dicha. Su desenvolvimiento se sustenta en la estimación del sentido de la obligación bilateral y de su normatividad, o lo que es igual, en el alcance inteligente de la misma, de acuerdo con la equidad, con abstracción de lo dictaminado en el Derecho concreto.

El juzgador supera la estricta legalidad y su aplicación rigurosa; lo mismo que la valoración arbitraria, tanto relativa como absoluta.

4. En último lugar, la finalidad hacia la que se dirige, ante todo, esta "compensación" es la de lograr una corrección del estado de desequilibrio intolerable, nacido como consecuencia del incumplimiento, que produce ciertos perjuicios, más o menos graves, a la(s) parte(s) y a otros sujetos ajenos al vínculo obligatorio, y a la sociedad en su caso. De forma que se satisfagan todos los intereses repercutidos sin que se deje de proteger ningún derecho ni expectativa. Al no salvaguardar, exclusivamente, el perteneciente a la parte cumplidora, y al considerarse que no se ha de desconocer nunca interés legítimo alguno, con relevancia jurídica, mediante la pretensión de la defensa de una de las partes, grupo o sociedad en el ejercicio legítimo de su libertad.

3. DISTINCION CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS

De los caracteres que acabamos de fijar se deducen una serie de identidades y diferencias entre la "compensación correctiva" y otros institutos que en ocasiones pueden producir cierta confusión, nominal y operativa, por lo que es útil y oportuno establecer una breve aclaración al respecto:

1. En relación con la compensación propia.

- Los aspectos coincidentes son

A) En cuanto a la naturaleza jurídica:

- Ambas constituyen una forma de pago y son extintivas.

B) En cuanto a la actividad:

- Para la efectucción de la compensación propia, cualquiera que sea su clase, es necesaria una petición de parte. Lo mismo que con la "compensación correctiva", según la posición voluntarista.

- El funcionamiento de las dos consiste en soportar simultáneamente dos obligaciones.

C) En cuanto a los fundamentos en los que se apoyan:

- Estos son en los dos casos los enumerados, sin revestir especialidad, con respecto a la compensación propiamente dicha.

D) En cuanto a los efectos técnicos:

- Los de la figura que presentamos se

identifican con los de la compensación judicial propia, ya que requieren una declaración judicial, y se producen a partir de la sentencia (o laudo arbitral).

E) En cuanto a la renunciabilidad:

- Esta se mantiene afirmativamente, en ambos institutos, siempre que partamos de una concepción voluntarista en la "compensación correctiva".

- Los aspectos diferenciales son

A) En cuanto al origen:

- Mientras la aplicación de la compensación propia deriva de la norma jurídica, no ocurre lo mismo con la "correctiva" que es de elaboración meramente teórica y jurisprudencial.

B) En cuanto al objeto obligacional:

- La compensación propia opera sobre las obligaciones en general, que pueden ser o no bilaterales. Y la "correctiva" lo hace necesariamente sobre estas últimas.

- La compensación propia actúa sobre obligacio-

nes derivadas de dos relaciones jurídicas diferentes y, por lo tanto, de dos fuentes y títulos no concordantes. Contrariamente, la "correctiva" lo hace sobre aquéllos que nacen de una sola relación obligatoria, y así surgen de una misma fuente y título.

- En la compensación propia no se da una correspondencia, ni menos una condicionalidad mutua y causalidad entre créditos y deudas. Caso que sí ocurre en la "correctiva", conforme a la descripción hecha de las obligaciones bilaterales por la mayoría de los autores y de la jurisprudencia.

C) En cuanto a la actividad:

- Como ya dijimos, la compensación propia siempre precisa ser pedida. Diferentemente que en la "correctiva" de corte institucional, en la que no es necesario, pudiendo aplicarla el juez en el ejercicio de sus facultades.

- En los dos juega un papel muy importante la equidad. Pero la compensación propia actúa en términos discrecionales más estrictos, que la "correctiva".

D) En cuanto a los fundamentos en los que se

apoyan:

- Cada una de las dos figuras jurídicas tiene ciertos fundamentos que les son peculiares y específicos.

E) En cuanto a los efectos procesales:

- En la compensación propia el demandado puede o no hacer valer su crédito en proceso independiente y el juez puede dejar imprejugado el crédito contrapuesto sin que ello obste a un posible enjuiciamiento futuro. Sin embargo, en la "correctiva" los créditos y deudas recíprocas deben solventarse en un único juicio, produciéndose los efectos de la cosa juzgada material.

F) En cuanto a la renunciabilidad:

- La compensación propia siempre es renunciable, lo cual no ocurre con la "correctiva" en su modalidad institucional.

G) En cuanto a la finalidad hacia la que se dirigen:

- La de la compensación propia es esencialmente extintiva y la de la "correctiva" es, como su misma denominación indica, la de lograr la corrección del liti-

gio que reúna los caracteres dichos. Aparte de que también es causa de extinción de las obligaciones (bilaterales).

2. En relación con la novación.

- Los aspectos coincidentes son

A) En cuanto a la naturaleza jurídica:

- Tanto la novación extintiva como la "compensación correctiva" producen la extinción de la obligación, aunque por diferentes causas y medios (3).

Y con respecto a la novación impropia su naturaleza es también modificativa. Modificación que surge con el resultado de la "compensación correctiva" parcial.

B) En cuanto a los efectos técnicos:

- Las de ambas instituciones, entendida la novación en sentido amplio, son irretroactivas.

C) En cuanto a la renunciabilidad

- La novación en sentido clásico y moderno es irrenunciable. Irrenunciabilidad que se da igualmente en la "compensación correctiva" de carácter institucional.

- Los aspectos diferenciales son:

A) En cuanto al origen:

La novación en sus dos variantes, tiene su origen en el Derecho positivo. Sin embargo, la "compensación correctiva" es un producto teórico y jurisprudencial.

B) En cuanto a los sujetos:

- La novación modificativa sólo requiere la capacidad adecuada a los actos de administración. A diferencia de la "compensación correctiva", en la que se precisa capacidad del acreedor para disponer del crédito y del deudor para obligarse (similarmente a la novación extintiva) (4).

C) En cuanto a la naturaleza jurídica:

- La novación propia además de tener una naturaleza extintiva es creadora de otra obligación nueva a la que hace nacer. En cambio, la "compensación correctiva" al entenderse como forma de pago es únicamente extintiva (y modificativa en el sentido antes indicado).

D) En cuanto al objeto obligacional:

- La novación, tanto extintiva como modificativa, se mantiene en el ámbito de las obligaciones en general. Y la "compensación correctiva" actúa únicamente sobre las bilaterales.

- La variación del objeto en la novación modificativa no puede consistir nunca en un cambio en el "quantum". Al contrario que en la "compensación correctiva" que es en lo que consiste si es parcial, ya que si es total se suprime.

E) En cuanto a la actividad:

- La novación extintiva sustituye totalmente una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla. Sin embargo, en la "compensación correctiva" la obligación inicial queda vigente en todo momento hasta que no se cumpla y, por lo tanto, se produzca la extinción pertinente.

F) En cuanto a los efectos técnicos:

- Los pertenecientes a ambas novaciones se producen automáticamente siempre que concursa un "animus novandi" expreso o tácito. Lo cual no sucede en la "compensación correctiva", ya que es necesaria una declaración judicial para que se deriven los efectos correspondientes.



G) En cuanto a la renunciabilidad:

- Hemos dicho anteriormente, que la novación es irrenunciable. Cosa que no ocurre en la "compensación correctiva" de origen voluntario, debido a su propia derivación.

H) En cuanto a la finalidad hacia la que se dirigen:

- La novación tiene una finalidad acorde con su denominación; es decir, que depende de que sea extintiva o modificativa, aunque en el primer caso también hace nacer otra obligación. Igual que sucede con la "compensación correctiva", según lo expresado al exponer las diferencias con la tradicional.

4. CLASES

En la "compensación correctiva" se aprecian dos clases distintas de acuerdo con el criterio del origen del que derivan según la diversa posición que es posible mantener en torno al tema, ésto es:

1. La "institucional": que parte de un planteamiento objetivo y se entiende como la forma más pura y

propia. Su realización no depende de que la(s) parte(s) lo pida(n), sino que el juzgador tiene las facultades suficientes y está dotado para aplicar la "compensación correctiva" por sí mismo, conforme a la función que ha de desempeñar de administrar justicia, amparando todos los intereses confluyentes dignos de protección jurídica.

2. La "voluntaria": surge al quererse hacer compatible la idea de la modalidad vista con el principio dispositivo reconocido en nuestro Derecho privado, exigiéndose el ser hecha valer previamente. Con lo que destacan dos variantes:

a) La "facultativa" que nace de la voluntad de una de las partes y se pide al Juez en la demanda, si es el demandante; y en la contestación a la demanda o reconvencción, si se trata del demandado (o en los escritos correspondientes cuando se realiza un arbitraje común).

En este supuesto no es necesario, como ocurre en la compensación propia, que el sujeto que lo pide sea el que saldría perjudicado al aplicarse la misma; y puede ser solicitado por cualquiera de los intervinientes, de acuerdo con el concepto y aspectos peculiares de la "correctiva".

b) La "convencional": que se distingue de la

anterior en que, aunque proviene de la fuerza de la voluntad privada, aquí existe el acuerdo de ambas partes.

Una segunda clasificación es la que se refiere a los efectos producidos, de lo que resulta la división en "total": se lleva a cabo un resultado extintivo absoluto; y "parcial" se realiza una simple modificación del contenido de la obligación.

5. NATURALEZA JURIDICA

Según ha quedado puesto de manifiesto la "compensación correctiva" es una construcción "sui generis", ya que no puede ser equiparada totalmente con ninguna de las figuras típicas conocidas hasta el momento.

Comparativamente, por el contrario, después de habernos ocupado de su concepto y de su diferenciación con otros institutos, se saca la conclusión de que su naturaleza jurídica goza de los mismos caracteres que la compensación propia. Es decir, que es causa de extinción obligacional en la parte compensada, aunque en este caso sólo se refiere a las obligaciones bilaterales.

Cuestión que se entiende de este modo porque también la "compensación correctiva", se configura como forma

de pago, término equiparado enteramente al de cumplimiento, y que constituye el fin último al que tiende ordinariamente toda obligación. En las demás consideraciones nos remitimos a lo dicho con ocasión de la compensación propia.

6. MECANISMO DE ACTUACION

En el funcionamiento de la "compensación correctiva" es necesario distinguir unos aspectos previos, relativos a la fijación del principio normativo al cual se habrán de adecuar todas las operaciones posteriores, y lo que es su mecanismo de actuación configurador de la aplicación particular de dicha solución. Por cuya razón examinaremos seguidamente ambos temas en epígrafes separados.

6.1. Operatividad previa

Es evidente la imposibilidad de que la norma jurídica llegue a satisfacer plenamente con los preceptos contenidos en su letra "a priori", tal como se expresa en la técnica actual, las cuestiones relativas al incumplimiento de obligaciones bilaterales, al no considerar la totalidad de los intereses puestos en juego, ni poder contemplar lo singular contingente. Aunque la distinción en-

tre lo singular típico y lo singular existencial encuentra paralelismo; y en ocasiones, reflejo puntual, con la contraposición de la "quaestio iuris" y la "quaestio facti" (5).

El juez deberá llegar a alcanzar el sentido auténtico de la institución obligatoria bilateral y, a un nivel superior, el del bloque normativo, cuál es su verdadero alcance inteligente; utilizando un método interpretativo que suponga actuar por medio de una verdadera "comprensión", de forma que la realidad enjuiciada quede informada e inmersa en la plenitud del Derecho hasta conferir relieve en su seno a cuantas dimensiones fácticas ofrezcan aptitud para suscitarlo (6). Ya que no existe incompatibilidad entre lo que se podría denominar intención sistemática, y la actitud problemática de los casos concretos, el juez ha de encontrar el punto exacto de unión entre uno y otro, por medio de una actuación discrecional y de equidad (7).

La operación realizada es, por tanto, racional. Se deja al razonamiento humano la aprehensión del sentido de la institución jurídica que interesa y del Derecho. El proceso de tal determinación consiste en describir su dimensión ontológica (8) no dirigiéndose los esfuerzos a una creación de la razón, sino a la captación de una realidad existente. Es en la raíz ontológica radical donde encuen-

tra explicación el condicionamiento de la búsqueda inteligente del sentido señalado (9).

El juzgador consciente de que su actitud no es mera técnica estratégica solucionadora de conflictos, sino captación prudencial de un contenido objetivo, se convierte en un factor decisivo del despliegue del mundo del ser. No porque pretenda aplicar dogmáticamente una receta metafísica, sino porque contribuirá con su labor prudencial o alumbrar aspectos fundamentales de la dimensión, nunca acabadamente actualizada, del mundo del ser en la que el Derecho se inserta (10).

Por otro lado, siendo evidente que en la obtención del alcance inteligente del sentido del orden jurídico hay que tener en cuenta que éste se refiere a relaciones sociales que son mudables y cambiantes, a lo largo del tiempo; pero que, a su vez, está interconexiado con la función constante que está llamado a desempeñar. La instancia judicial debe formalizar el contenido y dar contenido a la forma, por una relación funcional en la que la dinámica debería ser estática y viceversa en una insuperable unidad, para poder caracterizar una relación dada como jurídica y decidir en caso de litigio poseyendo los objetivos "standarizables", pertenecientes al incumplimiento de obligaciones bilaterales, a seguir en vista de la invariabilidad funcional. Todo ello referido a los diferentes

marcos de referencia particular al caso concreto, gracias a la acción inmediatizadora llevada a cabo (11).

6.2. Su funcionamiento como criterio de racionalidad

En consecuencia, la actuación de la "corrección compensatoria" se desenvuelve discrecionalmente valiéndose de la equidad, conforme a la exigencia extraída del proceso examinado, a saber: la de equilibrio de las prestaciones como expresión del de intereses (12). Razón por la que teniendo en cuenta que en el equilibrio inicial querido por las partes en las obligaciones bilaterales no se reúnen todos los requisitos que ha de tener la equivalencia en un sentido estricto: es decir, reflexividad como identidad; igualdad referida a sí misma; reciprocidad o simetría o igualdad con el otro; y transitoriedad o común referencia a un tercero (13). Sino que aquel es convencional, y de ninguna manera necesario y objetivo. No se aplicará la precisión matemática como modelo para tender hacia el máximo del equilibrio prudencial asequible, pues, la puntualización de tal equilibrio deviene como estimación ponderada de las prestaciones en lo concreto de la realidad expresiva de la equidad, según los hechos probados y valorados usando la sana crítica.

La "compensación correctiva" se manifiesta como

solución de las contiendas causadas por el incumplimiento de obligaciones bilaterales, gracias a la cual el órgano decisor llega al término medio (de carácter objetivo repercutiente subjetivamente) entre la pérdida y la ganancia, dando a cada uno lo suyo y no dañando a nadie (14). Aparece como objeto de la justicia (15) y se utiliza en todo caso, aunque se trate de un Juez público o de un árbitro de Derecho el modelo de la técnica arbitral, en su modalidad equitativa al fallar de acuerdo a la preexistencia de una norma jurídica que abstractamente prevea cómo debe ser regulado el caso en concreto, pero también atendido el espíritu indicado (16). Se sitúa aproximativamente, entre las soluciones que, igual que ella se fundan sobre criterios de discrecionalidad y equidad, si bien en un grado mucho menos amplio (17), comprendidos en el art. 1124 del C.C. y los que quedan fuera de él. Así, al pesar simultáneamente las obligaciones de cada una de las partes y sentencias de modo que no se impongan más cargas que beneficios, de acuerdo con el sentido general de la compensación; sin admitir pretensiones que no contengan interés para el contrario, como aspecto particular, se constituye una precisa formulación de equilibrio con efectos extintivos.

Si damos a la reciprocidad un sentido altamente funcional, que parta de los fines a que la bilateralidad se orienta, según lo expuesto en el Capítulo quinto, vis-

lumbramos el estado de dos obligaciones a título de contrapartida que deben conjugarse armónicamente, cumpliendo cada una su cometido coordinada y no subordinamente a otra. Se corresponden mutuamente, pero han nacido cada una y ejercido su función con independencia de la otra; son expresión de intereses diversos, y se tiende a satisfacerlos coordinamente (18).

En definitiva, la vida de la obligación está ordenada a diferentes intereses que se concilian en la relación creada donde cada una busca su realización propia, apoyándose en el cumplimiento de la otra.

Estas fuerzas han de ser igualmente consideradas por el juzgador, sin dar preferencia a ninguna de ellas (19) llevando a cabo una necesaria homogeneización, si no existe ya, de las distintas entidades, e identificación de unos intereses frente a otros. Pues, la verificación del equilibrio entre las contraprestaciones recíprocas no tiene lugar, si no es dentro de la homogeneidad u homogeneización y de la identidad, lo que se realiza en razón de una valoración económica (20).

La valoración practicada no conlleva realizar una simple deducción valiéndose de una operación matemática (21), aunque es verdad que se han de poner en relación créditos y deudas provenientes de un mismo título. Debido

a que, como dejamos expuesto, es precisa la actuación ponderada de quien haya de decidir el litigio, que ha de funcionar conforme al sentido de unidad del objeto del proceso (22).

Y, poniendo de relieve, aún más, la condición que la justicia tiene de alteridad, de referencia a otros ("ad alterum"), como orden aplicable a aquellas conductas que se desenvuelven en el ámbito de las relaciones humana (23); no sólo se han de proteger y encauzar los intereses legítimos con relevancia jurídica de las partes, sino que también se han de valorar los pertenecientes a los terceros, individualmente estimados que tengan o no establecidas ciertas relaciones con algunos sujetos intervinientes, sin importar que sean ajenas a la obligación incumplida, siempre que de alguna forma (directa o indirecta) se puedan ver afectadas. Lo mismo que también se ha de trasladar la consideración dicha a la sociedad en general, en combinación unos intereses con otros, con el fin de no desconocer ninguna expectativa, y de no perjudicar a nadie (24).

La solución final, obtenida tras una labor de construcción dialéctica, produce el equilibrio total de las obligaciones, a causa de reducir a quietud todas las tensiones presentes que convergen. En la medida en que

concurrer se logra el equilibrio.

7. CRITERIOS FUNDAMENTADORES DE DISCRECIONALIDAD Y EQUITAD

7.1. Ideas generales

Acto seguido nos ocuparemos de aquellos criterios en los que se apoya la "compensación correctiva", los cuales nos ayudarán a comprender mejor la explicación conceptual dada y su conveniencia práctica en la vida real, no sólo en el nivel simplemente teórico. Sin que obste la coincidencia con algunos de los que sirven de apoyo a las soluciones contenidas en el art. 1124 del C.C. y a las correspondientes a la compensación propia, de los que sólo trataremos sintéticamente los elementos peculiares que les distinguen, y nos remitiremos en cuanto a sus rasgos generales a las que ya conocemos.

7.2. Comentario de cada uno de los criterios fundadores

7.2.1. Las cuestiones relativas a la naturaleza de la materia concreta a resolver: bilateralidad y especialidad técnico-valorativa de hechos e interes

Como vemos en este fundamento se aprecian dos vertientes: una la relativa a la propia naturaleza de la relación jurídica obligatoria que constituye el objeto de litigio. Y otra la problemática especial que conlleva la valoración de los hechos concurrentes en el incumplimiento o cumplimiento alegado por las partes, lo mismo que sucede con respecto a los intereses que han de ser tenidos en cuenta y protegidos.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones, en consideración al concepto y a la estructura de la bilateralidad, la clase de obligaciones que a este campo pertenecen tienen una naturaleza especial que las distinguen particularmente de las unilaterales.

Esta peculiaridad no se ha de desconocer, sino que se ha de valorar, muy principalmente, en cuanto a su resultado práctico girando el resto de las estimaciones alrededor de ella. Puesto que el alcance de la normatividad no se desvincula de las relaciones de la vida, sino que las viene a significar y tener como pauta, constituyendo tales relaciones en su facticidad y tipicidad, conforme a la estructura teleológico-objetiva inferida (25).

En los casos en los que se aplica la "compensación correctiva" ésta tiene como uno de sus fundamentos el orientarse hacia el punto de vista de la "naturaleza de

las cosas", correspondiente a la captación de la institución hecha por el orden jurídico, lo que hace que lo que se tenga en cuenta sea la correlatividad existente entre los intereses de las partes determinante de la reciprocidad obligatoria (26).

La obligación de cumplir la prestación de cada parte queda limitada conforme a su propia naturaleza con la significación de que no está obligada más que a prestar simultáneamente a cambio de la contraprestación. Por ello, el que exige la prestación que se le debe ha de ofrecer al mismo tiempo, su prestación (27).

El juez ponderando los hechos probados y la totalidad de los intereses afectados habrá de limitar jurídicamente el derecho de crédito, limitación que se apoya en la naturaleza de la obligación bilateral en el sentido expresado. Conforme a esto el demandante no tiene más remedio que ver coartada una pretensión no limitada en el contenido del derecho que le compete (28).

Todo lo anterior es acorde con la idea de que al constituir las obligaciones bilaterales uno de los pilares esenciales del Derecho privado y de la sociedad en general, se exige dar una solución auténticamente eficaz y satisfactoria para todos los interesados.

El segundo de los aspectos se refiere:

a) A la especialidad técnico-valorativa de los hechos concurrentes, con especial observación de los que se refieren a hasta qué punto ha habido o no incumplimiento, cuando la obligación se ha llevado a cabo de forma parcial o defectuosa. Al igual que ocurre con el tema de la voluntariedad o involuntariedad del incumplidor, sobre todo, en las obligaciones derivadas del contrato del arrendamiento de servicios, transporte, edición, etc.

Ello se debe a que el hecho no viene absolutamente "dado", sino que es el resultado de un proceso de pensamiento que discurre en atención al enjuiciamiento jurídico a realizar. O sea, teniendo en cuenta los supuestos que en él posiblemente se realizan (29), y que habrán de ser constatados para llegar al verdadero conocimiento de que el hecho ha ocurrido realmente, tal como ha sido supuesto conforme a la presentación de las partes.

Sin embargo, la prueba en muchas ocasiones, no limita perfectamente los contornos de todos los supuestos. Mas en la totalidad de los casos señalados el criterio que estudiamos asegura una solución justa, al no determinar una solución extrema que precise establecer la línea fronteriza exacta del incumplimiento, abarcando dentro de él tanto al cumplimiento parcial como al defectuoso en la di-

mención exacta que se haya producido (30).

b) En cuanto a lo que respecta a la valoración de los intereses, la "compensación correctiva" da una solución que, dirigida por el sentido de la obligación bilateral como institución jurídica y de la normatividad, conjuntamente apreciada, considera completamente los intereses concretos que de alguna manera juegan, conforme a las pautas objetivables dichas. Con lo que se obtiene:

- Una solución justa en el supuesto de que se trate, al desenvolverse el juicio discrecionalmente y de acuerdo a equidad. La valoración en sí considerada precisa de una toma de posición respecto a los intereses que conlleva una actividad decisora realizadora de ellos. Se diferencian la percepción de los mismos, preferentemente receptiva y pasiva, de la ponderación, sustancialmente activa; aunque en ambos el sentido primario del juicio se centra en que al interés enjuiciado corresponde el predicado expresado en el juicio (31).

La verdadera dificultad del enjuiciamiento tratado reside en que los intereses no vienen dados de la misma manera inmediata que los objetos de percepción. El juzgador no adquiere consciencia de ellos, más que en actos de toma de posición valorativa frente a acciones o acontecimientos concretos; su característica es la de ati-

picidad e inconstancia, la de su heterogeneidad y desuniformidad (32), siendo estimados en plenitud. En otro caso, sólo se daría una solución parcial desconocedora de la realidad totalizante, al no sopesar unos intereses con otros.

- La protección de la objetividad jurisprudencial, al tener que ir dirigida irremisiblemente la valoración de los intereses ejercitada a la consecución del equilibrio de las prestaciones en los términos vistos en el funcionamiento correctivo impuesto; estableciéndose ciertos límites que cercan el espacio libre del arbitrio judicial, pues la personal inteligencia valorativa de lo "justo" se ha de encontrar dentro del alcance marcado por el Derecho vigente (33).

Por lo tanto, el juez realiza el espíritu objetivo como espíritu vivo concretizante del querer institucional-normativo.

7.2.2. La compatibilización de intereses respetuosa con la situación presente y las condiciones de su desarrollo

Cuando hablamos de compatibilización referida a la "compensación correctiva", nos referimos a la compatibilización que opera entre los intereses como desarrollo

del principio lógico de no-contradicción.

En el caso que nos ocupa, esta operatividad ha de diferenciarse de la exigencia de la congruencia de la sentencia. Ahora lo que pretendemos es examinar de qué manera el juzgador ha de considerar la adaptación efectiva de los intereses puestos en juego, en una controversia que se ha de dirimir.

Para ello lo que se analiza es la "mediedad", la alteridad, su conexión con la decisión individual y, en general, las magnitudes y calidades que van tomando los requisitos, el contenido y los efectos jurídicos; viendo como funcionan para lograr mantener una adecuación y conjunción compatible de los intereses contradictorios con relevancia jurídica. Pues por definición se trata de un conjunto mediador, lo que está entre "inter est" del objeto al cual se refiere la contextura de la relación obligatoria bilateral, por la que conocemos los sujetos que pueden estar obligados, constituyendo la actividad concreta mediante la que todos los titulares de derechos subjetivos influyen, y los de los deberes son influídos (34).

Pues bien, al constituir los intereses una función de la vida real concreta, sólo al hacer de la libre y espontánea actitud de los sujetos un movimiento de posición o de tendencia intencional hacia un bien se puede po-

ner en práctica el postulado presente. Intencionalidad que se extiende a todos los sujetos, ya sean partes o no, y ya sean estimados individualmente o en su conjunto, con una significación que se determina por situación de los sujetos y no por ordenación legal (35); siendo las condiciones necesarias para la aplicación de la compatibilización cuando se incumple una obligación bilateral:

a) Una relación entre iguales, en la que cada una de las partes tienen una naturaleza igualmente constituida por el doble aspecto de acreedor y deudor. Aunque como consecuencia del incumplimiento, la parte incumplidora aparece con el carácter único de deudora, frente a la contraria, que lo tiene de acreedora, lo cual no significa disparidad de trato alguno.

Por lo que respecta a los sujetos que no se constituyen como partes del vínculo obligatorio, pero que ven afectados de algún modo sus intereses, éstos también han de considerarse igualmente sin ningún privilegio.

b) Una identidad del valor de las prestaciones, como base del intercambio. Identidad que de acuerdo con lo ya expuesto, es la que subjetivamente se haya querido establecer como señal de correspondencia entre una y otra (36).

La "compensación correctiva" conociendo el concepto de interés de la obligación, se infiere de que éste sirve al fin de la satisfacción de las partes, repercutiente más allá de la esfera conformada por ella. Y al producirse de hecho una interferencia entre intencionalidades producida por el incumplimiento, la resolución judicial se reconduce a obtener la coexistencia, por medio de la "no exclusión" de nadie, como criterio normativo de la denominada justicia general; de otro, su colaboración para asegurar objetivos intencionales comunes dentro de las condiciones admitidas, o sea, la "participación" como criterio normativo de toda organización en la que se ejerza una administración de justicia. Y, finalmente, la "libertad" de cada uno para realizar sus propias finalidades, sin menoscabo de las oportunidades que para análogos objetivos atañen a los demás (37).

De manera que surge la realización de la posibilidad de satisfacción de todos los sujetos, gracias al paso del "ser" al "debe ser", a través del "poder ser". Si tenemos en cuenta que la significación del "ser" es el conjunto de posibilidades que se dan en una realidad actual, el mismo se define por medio de sus posibilidades reales. Y la selección de algunas de estas posibilidades en cuanto que sean las más capaces de desarrollo a partir de la realidad actual reciben el nombre de "deber ser". O sea, que este último concepto es la determinación de aque-

llas posibilidades cuyo ejercicio puede constituir su óptima realización desde su situación actual. Por tanto, el "poder ser", de un lado define la realidad del "ser" y, de otro, define la optimación de desarrollo de la realidad actual en cuanto sea previsible para su óptima realización. Y esta perspectiva del poder ser óptimo para la común satisfacción de todos los intereses en presencia y de sus consecuencias previsibles, es la que recibe el nombre de "deber ser" (38).

Lo que se hace es reconducir, aceptando todos los intereses legítimos con relevancia jurídica, respetando la situación actual en la que se encuentran, sin olvidar las condiciones de su desarrollo. La libertad queda elevada como criterio normativo de los intercambios emanados de la propia individualidad subjetiva (39).

La "compensación correctiva" como solución de la contradicción dicha busca la materialización del principio de no-contradicción a través del establecimiento de cierta relación de correspondencia entre los términos de la contradicción representados por los intereses citados (40).

La integración de este desarrollo en los "tria iuris praecepta" se encuentra, principalmente, en la condición social de la cooperación impuesta por la resolución judicial y definida por el "alterum non laedere". A la vez

que en la garantía otorgada sobre la seguridad de cada uno de los propios intereses, según el principio "suum cuique tribuere".

7.2.3. El aseguramiento de los intereses mediante la sustitución de la voluntad contractual de las partes, por la co-responsabilidad resultante de la "compensación correctiva"

Este criterio se explica por el hecho de que en el contrato las partes consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio (41). Su elemento más sustancial es el consentimiento, que se puede definir como "el encuentro de dos declaraciones de voluntad que, partiendo de dar sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se unen" (42). Y en particular, conforme al art. 1262 de nuestro C.C. es posible considerarlo como "el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato" (43).

Por tanto, en tales declaraciones de voluntad lo que se hace es compatibilizar los intereses de las partes, ya que cada una tiene necesidades y finalidades distintas, que miran hacia su mayor satisfacción con mínimo sacrificio, y llegan a un acuerdo resultante entre ellos, en el

que habrá de consistir el contenido obligacional a cumplir (44).

Pero la autonomía privada actuante en el ámbito del contrato no es absoluta y sin cortapisas, pues el ordenamiento moderno ha destacado como una conquista más de la jurisprudencia, en su incesante evolución, la llamada "función social" del Derecho, que bajo la forma de un progresivo intervencionismo estatal, se ve forzado a invadir el campo de la autonomía de la voluntad. Es correcto afirmar que el contrato pertenece de una manera dominante, aunque no exclusiva, a la esfera del Derecho voluntario. Decimos que no exclusivamente porque también el "ius cogens" despliega influencia sobre la contratación, limitando la potencialidad creadora de las partes. Y de hecho el Estado como definidor del Derecho objetivo, puede establecer y establece las normas generales de la contratación que la limitan para reforzar el imperio de la justicia y de la buena fe (45).

El art. 1255 del C.C. español, ratifica lo que acabamos de exponer, al preceptuar que "los contratos pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". Lo mismo que ocurre en otras normas del mismo texto legal, como son, a título de ejemplo: la que declara radicalmente nulos los

contratos cuya causa sea opuesta a la moral (art. 1275); y la que establece que las condiciones contrarias a las buenas costumbres anulan la obligación que de ellas dependa (art. 1116) (46).

Consiguientemente, a lo dicho en un principio en lo referente a que las partes actúan compatibilizan sus intereses mediante el uso de su autonomía, hay que añadir en concordancia con la existencia de los límites de actuación, que éstos en el marco del Derecho necesario, se cuidan de garantizar los intereses de los terceros y de la sociedad, pues bajo la apariencia de símbolos y conceptos considerables como ciertamente ambiguos, se encuentran situaciones y relaciones auténticas y dignas de protección y aseguramiento (47).

La misma armonización y garantismo de los intereses que en el caso de la relación contractual vista y desenvuelta en términos pacíficos y de convenio, se muestra en el supuesto en que se produce el incumplimiento de una obligación bilateral y por cuya causa se acude a las instancias jurisdiccional o arbitral para que decidan y pongan fin a la controversia. Siempre que alguna de aquéllas resuelva la "compensación correctiva" y determine una superposición del protagonismo activo, que antes de producirse la infracción por parte del incumplidor tenían las partes del contrato, del que nació la obligación bilateral

en cuestión.

Efectivamente, la corrección operada, según hemos dicho en múltiples ocasiones, tiene como fundamento esencial el de la compatibilización de los intereses de las partes, de los terceros y de la sociedad. El juzgador lleva a cabo una valoración, o sea, un cálculo comparativo entre aquellos que se han de satisfacer, con su correspondiente grado de sacrificio, para poder adaptar unos con otros.

Por ello, es por lo que la particularización del acoplamiento compatibilizador radica en la actividad judicial en el desempeño de su función dirimente, determinándose definitivamente en el fallo y no en el contrato.

Existe también otra sustitución en el logro de la misma finalidad, que merece ser destacada: esta es la relativa al medio utilizado que guía las distintas actividades expuestas, en las que en el primer caso los contratantes establecen la obligación de acuerdo con la subjetividad que les mueve en miras cada uno de su provecho; quedando la normatividad del "ius cogens" en un segundo plano, sin olvidarla, pero con la consideración de mero límite. Por el contrario, en la "compensación correctiva" el juez lo que tendrá en cuenta primeramente, en consideración de su punto de partida, será el sentido y alcance de

la obligación bilateral, como institución jurídica, y del ordenamiento en su conjunto. Y cuando lo haya obtenido lo aplicará en relación con los intereses y su modo de satisfacerse conocida por todos, según la solución que es objeto de estudio.

7.2.4. La función social del Derecho garante de expectativas

Al constituirse cada sujeto como un elemento dinámico que actúa en un proceso de interacción continua, integrado en un conjunto de relaciones, y al determinarse el Derecho como forma de vida social, como un hacer cristalizado en formas rígidas y estables que resisten la espontaneidad móvil de cuyo lugar proceden y a la que encauzan en determinada dirección (48). Tal función se nos ofrece como "presupuesto" y como "fin" de la ordenación jurídica traducida en instituciones y situaciones.

Como "presupuesto" lo social es un dato representado por relaciones de interacción e interdependencia. Toda relación de esta clase es social en el sentido básico de referirse a una pluralidad humana. Y la función como "presupuesto" es una inevitable realidad. Realidad dinámica, actuante, tejida de atribuciones atributivas y distributivas de la inserción del hombre en el mundo de la con-

vivencia (49).

Por su parte, la función social como "fin" tiene dos sentidos: el actuar al servicio de esta realidad y el modificarla en su caso; no consiste en un mero mostrar el contenido de tal naturaleza en las instituciones jurídicas. Mientras que la que se entiende como "presupuesto" es el estar ahí de los fenómenos sociales; el "fin" entraña una consideración del para qué de las instituciones jurídicas. El "presupuesto" es predominantemente intrasocial. La consideración teleológica es un grado más avanzado de reflexión que se anuncia a través de un juicio de valor. En tanto la función como "dato" integra los dominios de la ontología y sociología; la función como "fin" incluye una actitud axiológica (50).

Lo dicho demuestra la total referencia del Derecho a la realidad social. La acentuación de tal función del orden jurídico y de los derechos en plural, presupone y exige la superación de un estricto legalismo, al que se apegue la actuación judicial. El ordenamiento nace a impulsos de voluntad, pero ha de orientarse hacia la justicia y realizarse dentro de la historicidad radicada en el hecho, o mejor en la existencia y en el propio juicio a través del que la existencia es aprehendida (51).

El específico determinismo causal de la implica-

ción Derecho-sociedad como juicio "a posteriori" es la constatación de algo que, en cuanto hecho se ha producido. Importa mucho convertir ese determinismo causal en previsión y actuación finalista, permitiendo dotar a la función social de un sentido rectificador de determinadas estructuras y de sus correspondientes regulaciones. En última esencia, la función social es un grado de conformación y atribución del Derecho y de los derechos que conduce a la máxima paridad socio-económica y mantiene un nexo indestructible y connatural con la responsabilidad (52).

De la fundamentación de la "compensación correctiva" en lo dicho, ella se traduce en la respuesta resultante de una nueva proyección en el arreglo de las controversias originadas en el ámbito que es objeto de examen; satisfaciendo la búsqueda de la sociedad de métodos para colmar sus propios intereses y orientar el sentido de las soluciones judiciales.

Por lo tanto, la decisión ha de considerar una función social consistente en establecer un equilibrio que no existía, y ha de tener en cuenta, aparte de la alteridad unitaria "inter partes", la alteridad intersubjetiva, satisfaciendo además los intereses de los sujetos, ajenos a la obligación bilateral en sí, y los de la organización social, estimando los de la sociedad como cuerpo único, que puedan verse afectados por causa del incumplimiento

acaecido. Configuradores los pertenecientes a las dos últimas esferas de expectativas, no de derechos subjetivos, al no haberse formalizado en la relación obligatoria que se trata de componer (53).

La solución del incumplimiento de obligaciones bilaterales no puede representar la absorción, la sujeción, la disposición, la aceptación íntegra de una realidad desenvuelta únicamente hacia la contemplación de objetivos y finalidades bipersonales. Sino que ha de mirar también, al interés del resto de los sujetos individualmente considerados, y al interés común globalmente estimado, según se sigue de la previsión garantizante contenida en el ordenamiento que va más allá de la mera voluntad y previsiones efectivas, realizadas por las partes (54). Causa por la que la función señalada puede recibir la denominación de garantía extracontractual de expectativas, entendiéndose que la responsabilidad extracontractual, como otra cara de esta clase de garantías se da:

a) Entre los protagonistas, en cuanto a lo que no se haya estipulado en el contrato.

b) Entre los protagonistas y aquellos terceros que no son corresponsables, pero resultan afectados por las condiciones y circunstancias de aquellos intereses sobre los que verse el contrato, y

c) Entre los protagonistas e intereses difusos públicos o privados, presentes o futuros, acerca de los cuales existe alguna limitación, prohibición o imposibilidad legal (55). Es posible distinguir entre la función social en sentido impropio para el sujeto del derecho, constituido por la vertiente contrapuesta a la que para el deudor es la responsabilidad extracontractual examinada; y la perteneciente al sentido propio dado entre los protagonistas de una relación jurídica respecto de terceros, o en relación al "ius cogens" entre las partes.

La "compensación correctiva" es la instrumentación jurídica que protege y satisface intereses de terceros y difusos en su actuar, mediante una adecuación "formalizadora" de la función social del Derecho. Muy de acuerdo con la idea hegeliana de la transferencia de lo interior a lo exterior, impregnando de razón el mundo real, la cual ha sido la gran misión histórica de la humanidad hasta el presente, haciendo que las instituciones jurídicas sean asientos orgánicos de la adquisición por los hombres de la conciencia de su misión en el mundo (56).

Esta "compensación" realiza la función social del Derecho considerada como "fin", en consonancia con su "presupuesto". En la medida en la que se corrige el dese-

equilibrio producido como consecuencia del incumplimiento, ponderando los intereses legítimos señalados, se permite evaluar todos los merecimientos existentes como método de organización de la responsabilidad personal y de ofrecer una solución encauzadora de las libertades concretas de los individuos (57). De lo que se sigue que la solución propuesta opera en la conexión del "suum" en un sentido pleno, respetándolo en su integridad.

7.2.5. La conveniencia de la desregulación jurídica

El título de este criterio fundamentador no significa sostener la abolición de la legalidad y dar entrada a un poder judicialista omnipotente, que no encuentre en su operatividad ningún tipo de cortapisa. Puesto que el principio de la sumisión del juez y del árbitro de Derecho al ordenamiento jurídico es una consecuencia del fin mismo del Derecho, los postulados principales de éste (el de orden, el de igualdad, el de unidad, el de libertad) exigen dicha finalidad del juzgador. Todos los resultados precedentes se aseguran si se establece una norma jurídica válida que introduzca en la sociedad la certidumbre, y haga que el individuo quede sometido no al arbitrio de otro individuo sino a una justicia que pueda preverse, según principios conocidos y comprobables (58).

Esta afirmación presenta una serie de exigencias que no se llevan a cabo con el mero cumplimiento de la nota de generalidad o abstracción de las normas jurídicas, en el sentido de aplicarse a todas las relaciones integradas en las mismas, siendo cuestión indiferente el mayor número de personas o de relaciones que por ellas son regidas (59). A la idea que aquí nos referimos cuando hablamos de una conveniencia de la desregulación jurídica es a que en la consideración de que las normas concretas no pueden acoger la totalidad de los casos que pueden surgir en la vida real, por muy detalladas que estas sean, se distorsiona algunas veces, con tal intento exhaustivo, el sentido auténtico de la institución jurídica en cuestión y del orden jurídico en general.

La norma puede convertirse entonces en instrumento técnico o ideológico del aparato estatal, con riesgo de que la función legislativa comprometa gravemente el ejercicio de concretas posibilidades humanas. El hombre queda indefenso por no contar con dispositivos específicamente "jurídicos" a los que apelar. El Estado de Derecho se convierte en un expediente vacío de legitimación del poder establecido, si no se traduce prácticamente en un Estado de justicia. Esto exige que el ordenamiento, gracias a sus contenidos particulares, sea algo más que norma, debiendo ser algo que pueda satisfacer las legítimas aspiraciones de los sujetos manifestados como intereses. El concepto de

la desregulación tiene un alcance limitado: el "destronamiento" del poder absoluto de la ley, pero sin llegar a una "privatización" de los criterios normativos propios de "ius publicum" que sean necesarios en el orden jurídico (60).

Si bien no resultan imaginables hoy los aspectos decisivos de la realidad jurídica sin el respaldo de la organización estatal; por el contrario, la reducción del Derecho a instrumento del Estado no es admisible (61). Se piensa en la necesidad de realizar una operación determinadora de las dos esferas señaladas, desregulando la normativa existente, con lo cual la decisión del juez compartía una dimensión racional autárquica, estimativa de la norma en proporción de la norma a la razón (62).

Así, todas las aspiraciones individuales que sean legítimas, se estimarán, no como puras pretensiones arbitrarias, sino llevando consigo la referencia a un marco de convivencia social que las convierte en auténticos derechos.

Desde este prisma no es admisible reducir el Derecho a búsqueda de la seguridad (norma), porque ella sólo tiene sentido como condición imprescindible de valores que la trascienden. No cabe tampoco entenderlo como mero ejercicio de la fuerza, ya que ésta no se legitima

radicalmente por el juego de controles formales, sino en la medida en que respalda un auténtico marco de convivencia. Es preciso profundizar en la justicia como límite demarcador de lo jurídico, entendiéndola como ajustamiento efectivo de las relaciones del hombre en sociedad, planteando una nueva dimensión de la validez.

Esta última no puede radicar en una voluntad privilegiada. Tampoco puede identificarse con el respaldo de una fuerza política que -paradójicamente- sólo será realmente legítima en la medida en que garantice dicho ajustamiento. Por su parte, la norma con su homologación formal marca el campo de un imprescindible desarrollo posterior (63).

Con la desregulación la validez jurídica cobra una dimensión "material" en la medida en que existe un contenido de tal naturaleza captable por el juzgador. Gracias a lo que cobra posibilidades auténticamente prácticas mediante el logro del efectivo "ajustamiento" de las relaciones intersubjetivas al asumir aquél su responsabilidad de realizar la justicia y culminar la realidad jurídica (64).

En resumen, lo que en última instancia se recomienda es impedir:

a) La reducción de la actuación judicial a una mera función factual y procedimental.

b) La eliminación del momento concretizador de lo jurídico en que entra en juego, más allá de la seguridad aunque apoyada en ella, la equidad;

c) La acentuación del carácter instrumental de las instituciones jurídicas y del Derecho que haciendo omisión de sus contenidos propios se convierte en utensilio estatal y se aleja de los intereses globales de la justicia.

Así entendida la desregulación en esta materia, conforme al contenido del sentido inteligente de la obligación bilateral como institución y del conjunto normativo, integra la esencia de las normas mismas para que se pueda resolver sin contradecir su función coincidente exactamente con el sentido de las normas posibles y, por lo tanto, aplicándolas al caso concreto, con un alto margen de discrecionalidad (65).

La tarea del juez sería facilitada, asegurándose en la norma una especificación equivalente a la conseguida en el proceso judicial de determinación ontológica en la que se apoya la "compensación correctiva". Al mismo tiempo se haría cognoscible explícitamente para todos el sentido

normativo, para alcanzar una mayor certeza jurídica, en cuanto al reconocimiento y satisfacción del conjunto de los intereses reales.

7.2.6. El amparo y ejercicio de los derechos subjetivos de las partes

En la "compensación correctiva" se reconoce y protege la totalidad de los derechos subjetivos afectados, pertenecientes a las partes, según su situación actual y en atención a su desarrollo.

El criterio utilizado estima tales derechos, al igual que lo hacen las demás soluciones estudiadas, es decir, como interés jurídicamente protegido, estando a disposición de los sujetos titulares su protección y tutela, gracias a su actualización materializada en las acciones puestas a su alcance para que pueda recurrir jurídicamente contra las violaciones de aquél. Sin embargo, de la determinación del sentido y alcance ontológico de la obligación bilateral se desprende que, dada la estructura bilateral de la obligación incumplida, se han de atender todos los intereses formalizados y hechos valer por las partes conforme a la tendencia a conseguir: que ninguna de ellas los vea conculcados por una actuación prepotente o hábil de la otra (66).

Tal protección lo que procura es que se mantengan inalterables todos los derechos. Inalterabilidad que se patentiza en una integridad patrimonial que únicamente pueda verse modificada en el sentido preciso que prevé la norma particular a que se han sujetado los sujetos intervinientes.

En sus consecuencias tiene, por tanto, el amparo y ejercicio de los derechos subjetivos un claro alcance patrimonial. Alcance equilibrador y nivelador. Pero, su perspectiva es formal. Y ello porque la estructura propia de la bilateralidad es compatible con el contenido y la norma contractual libremente establecida por las partes. Y, como es lógico, las previsiones del ordenamiento son respetuosas con ambas (67).

Lo que garantiza la "compensación correctiva" en la esfera que tratamos es una paridad jurídica entre las partes. Una igualdad formal de posiciones. Una equivalencia en sentido jurídico. Equivalencia que por razón de su juridicidad no alcanza a tutelar la economía material, pero que no la excluye. Y que en cierto modo la favorece, hasta el punto de poder considerarla un efecto normal (68).

7.2.7. La salvaguarda de la equidad

La equidad constituye el medio técnico de actuación de la "compensación correctiva", a pesar de que nunca podemos mantener que se fundamenta exclusivamente en ella. Pues, parte del sentido conocido inteligentemente del ordenamiento jurídico, sin negar el contenido de la ley, aunque su solución mejor no se encuentre expresamente determinada en la misma (69).

Desde este punto de vista se mantiene una concepción de la equidad como justicia extralegal en su actuación discrecional, lo mismo que ocurre en las decisiones que dictan alguno de los contenidos ya estudiados. Sin embargo, su grado de aplicación es superior por intensidad y extensión, si lo comparamos con ellos.

En efecto, en este caso apreciamos cómo al ser mayor el grado de discrecionalidad dejado al juzgador, el de la equidad también lo es, habiéndose de adecuar únicamente el juzgador a la necesidad del restablecimiento del equilibrio de las prestaciones, como expresión del equilibrio de los intereses. A la vez que, por otro lado, se dictamina, gracias a la corrección operada, una decisión mucho más equitativa, al tener en cuenta todos los intereses presentes; y no sólo a los de alguna de las partes, que en ocasiones pudieran dar lugar a un abuso del

derecho dañando y sacrificando los de los demás, también legítimos (70).

La noción vista se configura, por ello, en el entendimiento de que la equidad es actuante del principio de racionalidad perteneciente a la igualdad de carácter material o económico (equivalencia de las prestaciones) y formal (relativo al amparo y ejercicio de los derechos subjetivos y a la función social del Derecho).

7.2.8. El equilibrio de las prestaciones

Este criterio constituye el núcleo en cuyo ámbito gira, y para cuya consecución se determina, la "compensación correctiva". Conforme al principio general captado por el proceso racional de aprehensión ontológica que ya conocemos y se manifiesta como expresión del equilibrio de los intereses puestos en juego (71).

7.2.9. La reciprocidad

La manera de entender y de operar la reciprocidad en el supuesto investigado es la expuesta en el funcionamiento de la "compensación correctiva" a la que nos remitimos.

7.2.10. La prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa

Tal prohibición se manifiesta como una consecuencia inherente a la actuación de la compatibilización de intereses legítimos propia de la racionalización llevada a cabo, dirigida a obtener el máximo grado de satisfacción de los mismos. Los cuales nunca podrán integrarse en un enriquecimiento injusto o sin causa, ya que en este caso nos encontraríamos ante intereses ilegítimos que habrán de ser sacrificados.

Es claro que cualquier admisión de un enriquecimiento de este tipo rompería con la idea propia de toda compensación de no producir más cargas que beneficios (72).

7.2.11. El postulado "pacta sunt servanda"

El postulado "pacta sunt servanda" se mantiene, de modo que toda operación correctiva se ha de desenvolver mirando esencialmente a lo que las partes pactaron inicialmente, para poder considerarse cuáles son los intereses a proteger, según su contenido.

No cabe duda de que el aforismo "pacta sunt servanda" y el carácter de ley privada, a la que se sujetan las partes (art. 1091 C.C.) expresan la protección del ejercicio de los derechos subjetivos y la realización de la función social del Derecho.

No obstante, la imparcialidad del ordenamiento respecto de lo pactado tiene como consecuencia que las garantías de la exigencia del equilibrio de las prestaciones que establece tiendan a un equilibrio que si, por un lado, es patrimonialmente nivelador, por otro, no impide que el riesgo tenga consecuencias contrarias al mantenimiento de una equivalencia material de tipo económico. Y tan "normales" son los resultados equilibradores como los que, como consecuencia del "aleas" normal del contrato, redundan en un desequilibrio, comprendido este no sólo respecto de una medida objetiva, sino también respecto de una equivalencia subjetiva luego desbordada (73).

Por esta razón es por la que en sí misma la "compensación correctiva", corrige compensatoriamente y puede modificar los términos expresados en el convenio, orientándose siempre hacia la obtención del máximo equilibrio entre los intereses, si es que sobrevenidamente surgió algún evento que pudiera producir un perjuicio desproporcionado para el deudor, aún en caso de cumplimiento.

7.2.12. La exigencia de la buena fe

La buena fe no constituye en realidad un fundamento de la "compensación correctiva", pudiendo darse aunque las partes, o cualquiera de ellas, hubieran actuado con una conducta contraria a ella. Su exigencia sólomente se tiene en cuenta en el momento de la valoración ponderativa realizada por el juzgador. Y en caso de haber habido mala fe, los intereses que a esta conducta se corresponden se entienden como ilegítimos, y no dignos de protección jurídica con riesgo de no ser tomados en consideración.

7.2.13. La reparación del perjuicio y la imposición de sanción

La reparación del perjuicio opera, por la misma actuación de la corrección realizada, en el desequilibrio producido por el incumplimiento, al compatibilizarse todos los intereses, los de una y otra parte, valorándose con esta ocasión los perjuicios producidos:

a) Al acreedor por el incumplimiento.

b) Al deudor en caso de realizarse el cumplimiento.

to.

c) A los terceros no intervinientes en la relación jurídica de la que nace la obligación bilateral, en los casos de cumplimiento y de incumplimiento.

d) A la sociedad en los mismos supuestos.

De modo conjunto, según su propia situación para llegar a una decisión satisfactoria para todos en la que cada una de las partes se resarza debidamente, conforme al modelo equilibrador de las prestaciones que haya sido fijado (74).

Por otro lado, en relación con lo dicho, se constituye la imposición de sanción como conexiónada a la corrección, en la medida en que se sacrifican los intereses ilegítimos que quiere satisfacer el deudor incumplidor por medio del incumplimiento, o los pertenecientes al acreedor-cumplidor que representan un abuso de derecho en el supuesto de cumplimiento (75).

Contrariamente, no podemos hablar de sanción cuando se lleve a cabo el sacrificio de ciertos intereses legítimos en virtud de la acción compatibilizadora, expresión del principio lógico de no-contradicción, correspondiente a la satisfacción de otros intereses igualmente le-

gítimos, aunque contrarios por su procedencia.

7.2.14. La seguridad y certeza jurídicas

La seguridad se mantiene en la expresión de la garantía de los derechos subjetivos, estableciendo la "compensación correctiva" una concreción o refuerzo de este criterio, como derivación de la racionalidad de la conducta atinente a los intereses de los sujetos del vínculo obligatorio.

Y la certeza jurídica se manifiesta en la transparencia especificadora en el sentido de la institución que examinamos y del bloque de normatividad, dirigiéndose de manera muy especial a la realización de la función social del Derecho, al protegerse los intereses de los terceros y de la sociedad.

7.2.15. La congruencia en las decisiones judiciales

Este criterio, aunque también sea una materialización del principio lógico de no-contradicción se distingue de la compatibilización de intereses, que se presenta como una manifestación diferente configuradora de un criterio independiente. En él se ha de matizar, según se tra-

te de la "compensación correctiva" facultativa o "convencional", o bien la "institucional": sólo en las primeras actuará la razón de la congruencia tal y como la entendemos en su sentido clásico, con la peculiaridad de que se produce entre lo pedido por una de las partes o por ambas respectivamente y el sentido de la obligación bilateral y del Derecho, no con respecto a lo preceptuado en la letra de la norma jurídica.

Esto se debe a que en la "compensación" denominada institucional no es necesaria para que ella se decida, la petición de parte(s). Existe una congruencia, "sui generis", únicamente con respecto al sentido dicho. Su explicación se encuentra en que este criterio de racionalidad es el que verdaderamente realiza la exigencia constituida por el principio del equilibrio de las prestaciones, intrínseco a las relaciones jurídicas contractuales y en concreto a las obligaciones bilaterales; con una visión totalizadora de la misma en la manifestación de equilibrio de los intereses (76).

8. VALORACION DE LA FIGURA PROPUESTA

Los aspectos positivos por los cuales se acepta y recomienda la aplicación de la "compensación correctiva" son numerosos, si bien todos ellos caben ser reconducidos

a las siguientes consideraciones:

Partiendo de que la citada figura tiene como causa inicial la elaboración de una solución para resolver el problema del incumplimiento de las obligaciones bilaterales, que valoradas las ya existentes y puestas en práctica las supera y transfigura; comprende los argumentos contrarios para reafirmar una postura propia, y presupone la posibilidad de un lenguaje común para todos al hacer abstracción de los demás, surgiendo una elaboración válida en todo espacio y lugar (77) a la vez que verdadera y completa. Pues el planteamiento hermeneútico que renuncia a una profundización ontológica, puede ser honrado, pero nunca será auténtico ni íntegro (78).

La demostración de la valoración efectuada se realiza, en primer lugar, en la evidencia del hecho de no caer en el extremo de una interpretación estrictamente literal de la norma, consecuencia de la relatividad del conocimiento, que no vea más allá de lo externamente expresado, con el consiguiente y necesario mecanicismo actuado por medio del silogismo, procedente de la creencia en una ordenación estrictamente racional y de la identificación del quehacer científico con la actividad rigurosamente deductiva (79).

Por lo tanto, se impide la producción del fraude

del sentido de la institución y del orden jurídico en general. Consecuencia lógica en el caso de llevarse a cabo una actuación enjuiciadora limitada que, implicaría la vulneración oblicua del ordenamiento (80).

Lo que se logra con la "compensación correctiva" se corresponde con la finalidad que quiere alcanzar la doctrina propia del fraude de ley: la defensa del cumplimiento del orden jurídico, no la represión de la que se encargan otros institutos (81).

Las consideraciones expuestas no significan que se caiga en el extremo opuesto, es decir, en la arbitrariedad absoluta, tratando de resolver los problemas únicamente como problemas, incluso vivificándolos en tal calidad. El arranque del razonamiento se encuentra, lejos de partir de apriorismos, en la cuestión misma y reclama por sí un planteamiento propio, de modo que un problema bien planteado es ya un problema resuelto. Lo único que importa es la cuestión en su mismidad, en las implicaciones concitadas por las preguntas que encierra y en lo cierto e incitante de su respuesta exigida (82).

Efectivamente, la "compensación correctiva" se encuentra en una posición condenatoria de todo este planteamiento que niega ciertos intereses realizados lícitamente por el esfuerzo de determinados sujetos, reemplazán-

dolos en nombre de otros presuntos o distintos no incluidos en la normatividad.

En segundo lugar, la decisión judicial comprensiva de este criterio, se mueve en la estimación condensadora de los factores constantes y mudables actuantes de forma integral. La cuestión que se pretende en este sentido, para estabilizar la controversia surgida, es realizar un control operacional aprehensivo del elemento estático, relativo a la propia funcionalidad, propia del ser de la obligación bilateral y del orden jurídico, aplicándolo al caso de que se trata, en la medida del dinamismo de la realidad existencial, para que no se produzca el divorcio de las normas jurídicas con tal realidad. Los dos aspectos se sintetizan: el estático y el dinámico, dominando los elementos particulares y variables a través de su constancia conocida inteligiblemente (83).

En síntesis, el juez que aplica la "compensación correctiva", realiza plenamente la función a la que está llamado de solventar los litigios en los que tiene competencia, con el respeto necesario a los fines del Derecho (orden, justicia y seguridad) y el otorgamiento de la tutela efectiva que impida la producción de indefensión alguna conforme al art. 24 de la C.E. Para lo cual satisface todos los intereses legítimos afectados y no se desconoce ningún derecho subjetivo ni expectativa; materializándose

el derecho fundamental de defensa jurídica, que constituye el sustitutivo de otro anterior y primario que es el de autodefensa (B4). A diferencia de lo que en realidad ocurre, como ejemplos más distantes entre sí, si se dictamina el cumplimiento de la obligación incumplida, supuesto en el que se colma únicamente el interés del cumplidor, o al disponerse la resolución, con la cual se pueden sacrificar los pertenecientes a las dos.

El juzgador se convierte en el intermediario auténtico, en el intérprete que establece la comunicación entre lo abstracto y lo concreto. Es el verdadero órgano de expresión del Derecho de las relaciones de la vida social por cuyo medio el ordenamiento se infiltra en ellas y rectifica correctivamente la obligación incumplida para imponer el equilibrio roto, puesto que el resultado último de la actividad jurídica, nunca debe ser confundido con el resultado inmediato del cumplimiento normativo, sino que debe ser una mediación posible hacia el resultado de la acción judicial.

Este sentido sólomente se dejará de tener en cuenta como límite natural en todas aquellas posibilidades que son expresamente prohibidas, o que están contenidas en una forma estrictamente imperativa o exhaustiva. Ya que tales supuestos serían ajenos al campo de la decisión, siendo propio de la política legislativa por entrar en el

terreno de las razones que existen para regular una materia conforme a un contenido u otro. Se piensa que la posibilidad de hacer plenamente compatible entre sí los diversos intereses en presencia y la realización equiparable de cada uno de ellos es un principio normativo prevalente sobre todos los demás.

NOTAS

- (1) Cfr. ARISTOTELES: "Ética a Nicómaco", Libr. V, cap. 4, 1132 a y 1132b.
- (2) JARROSON, afirma que "el arbitraje no tiene definición legal", y que "el arbitraje es la institución por la cual un tercero resuelve la diferencia que oponen dos o más partes, ejerciendo la misión jurisdiccional que éstas le han confiado (Cfr. "La notion d'arbitrage", L.G.L.J. París 1987, pp. 368 y 372, respectivamente). Y, en el mismo sentido ROBERT y MOREAU, da una definición "amplia" al decir: "arbitraje es la institución de una justicia privada mediante la cual los litigios son sustraídos a las jurisdicciones del derecho común, para ser resueltas por individuos revestidos, en tal circunstancia de la misión de juzgarles" (Cfr. "L'arbitrage" 1, Dalloz, París 1983, cit. por JARROSON, CH.: op. cit. p. 369).
- (3) No se puede sostener una cierta concomitancia con la novación impropia que es modificativa, cuando se lleve a cabo una variación en la cuantía de la prestación, como ocurre con la "compensación correctiva". Ya que las meras alteraciones que afectan al "quantum" debido, reduciéndolo o aumentándolo, se considera por la doctrina más usual que no encierran un "animus novandi", y sí una mera modificación de la obligación (J. ENNECCERUS, GIORGI y PLANIOL. Igual que sucede con la jurisprudencia, V. S. de 17 de marzo de 1933).
- (4) CASTAN TOBEÑAS, I.: "Derecho civil español común y foral", t. III, Reus, Madrid 1986, p. 438.
- (5) Cfr. HUND, J.: "New Light on Dworkin's Jurisprudence" A.R.S.P. LXXV/4 1989, pp. 468 y ss.; OLLERO, A.: "Equidad, Derecho y Ley". A.A.C.F.S. Granada 1973, p. 167.
- (6) Cfr. DWORKIN, R.: "Law beyond Law" en "Law's Empire". Harvard University Press, Cambridge 1986, pp. 400 y ss. La tesis de ENGISCH de lo que el orden jurídico encierra implícitamente es desarrollado explícitamente por el conocimiento científico, expuesta en "La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia ju-

rídica actuales", trad. Edit. Universidad de Navarra, Pamplona, 1968. ESSER, J.: *Volverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt 1970, pp. 72 y ss. y 190 y ss. Y art. 113 "in fine" del C.P.C. que dice: "El conciliador prescribirá según equidad observando el principio regulativo de la materia".

Por su parte, es conveniente distinguir, entre los principios generales del Derecho y el espíritu de la Ley, puesto que en ambos casos se trata de criterios jurídicos, de reglas intelectuales para determinar las normas positivas. Sin embargo, los primeros se configuran como los criterios generales inspiradores de la elaboración legislativa por el poder público en generar las normas, constituyendo las reglas causales de las disposiciones concretas. Y, el segundo, se define como los criterios específicos inspiradores de la elaboración concreta de las normas legales por el poder público. (Cfr. LLUIS y NAVAS, J.: "Analogía y diferencias entre los principios generales del Derecho y el espíritu de la Ley "R.G.L.J. CXXXI, 1982, pp. 519 y ss.).

- (7) Cfr. CICERON: "De legibus", I, 19 y 42; "Tópica" 9; KRATOCHWIL, F.: "Rules, norms, values, and the limits of "rationality", A.R.S.P. LXXIII/3, 1987, pp. 301 y ss.
- (8) Cfr. SANTO TOMAS: "Summa Theologica", I-II, q.94, 3.
- (9) PECZENIK, A.: "Rationality of legal Justification", A.R.S.P. LXVIII/2, 1982, pp. 137 y ss. V. también AARNIO, A.: "The Rational as Reasonable: A Treatise of Legal Justification". Reidel. Dordrecht 1987; JORI, M.: "Saggi di metagiurisprudenza", Giuffrè, Milano 1985. PERELMAN, cit.: "Justice, Law and Argument". Essays on Moral and Legal Reasoning, Reschel, Dordrecht 1980.
- (10) Cfr. SANTO TOMAS: Op. cit. I-II, q. 90 a 3, ad. 1; I-II, q. 95, , q. 4 cit. 1; I-II, q. 91 a 2.
- (11) Cfr. LINS, M.: "Search for the Functional invariants of Law". Rio de Janeiro 1955, p. 19.
- (12) Cfr. ARITOTELES; Op. cit. Libr. V, cap. 4, 1132 a.

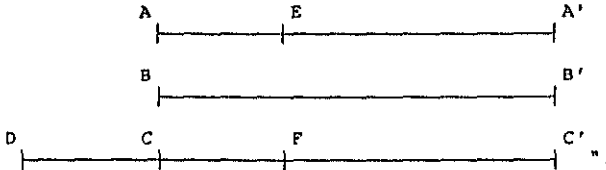
- (13) Cfr. LOPEZ TACOISTE, J.I.: "Sobre la aporía de la equivalencia contractual, en "Estudios jurídicos en homenaje al Prof. F. de Castro II, Madrid 1976, p. 857. Aunque en el caso de las obligaciones bilaterales siempre se cumplirá el requisito de la reciprocidad.
- (14) ARISTOTELES considera precisamente la igualdad aritmética del valor de las prestaciones característica de la justicia correctiva que impone el juez (Libr. V, cap. 4, op. cit. 1132 a 5).
- (15) Cfr. A. PEREZ.: "De iustitia et iure et de restitutione et poenitentia", Lyon 1661, Disp. II, cap. III, n° 79, refiriéndose a la compensación en general.
- (16) Cfr. nota 3 de este Capítulo, ALVARADO VELLOSO, A.: "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses". R.C.V.A., N° 1, t. III 1988, pp. 15 y ss.: ARISTOTELES, op. cit., Libr. V, capit. 4, 1132 a 22 y 23; BERTRAND.: "L'arbitrage en Droit privé, étude de sociologie juridique". La Documentation française 1979; COET, P.M.: "Les notions-cadres dans le Code Civil. Etude des lacunes intralegem" (Thèse), Paris 1985; MENTHON, F. de.: "Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire" (Thèse) Paris 1926; RUBELLIN-DEVICHI, J.: "De l'imprévision dans le rapports de Droit privé" (Thèse). Nancy 1922.
- (17) Paralelamente el árbitro común de equidad que actúa según su leal saber y entender, ha de considerarse que no puede decidir arbitraria y caprichosamente, puesto que, si bien su enjuiciamiento no es del mismo género que el arbitraje de Derecho, lo que sucede es que las reglas de equidad constituyen las premisas de las que trae causa la ponderación a realizar. Es preciso, indicar que no se deberán violar las normas de "ius cogens", y si procede en su planteamiento más allá de éstas, el único límite que debiera tener sería el respeto a las reglas básicas del orden público. Esto porque la violación de una norma de "ius cogens" no es motivo suficiente para que el laudo arbitral pueda ser anulado, pues la anulación sólo cabría en caso de infracción de orden público (art. 45.4 L.A.).

De aquí que no exista la necesidad de acomodarse al rigor de las reglas sustantivas establecidas por la ley, y por tal razón no es oportuno aludir a "al-

teraciones de la litis" o a "modificaciones del objeto del arbitraje" ni tampoco a "un concepto de congruencia rígido y formalista". (V. S. de 14 de julio de 1986). Todo ello en conformidad con la idea de que los árbitros en su función decisora, pueden reputar comprendidas en las cuestiones a decidir aquéllas pautas que se hallen íntimamente vinculadas a la misma y que sean consecuencia lógica y obligada de las que se han planteado (V. S.S. de 22 de octubre de 1982; y S. 10 de enero de 1989) (Cfr. LORCA NAVARRETE, A.M.: "Derecho de arbitraje interno e internacional". Tecnos. Madrid, 1989, pp. 29 y 30).

(18) De acuerdo con la teoría expuesta fundamentalmente por ALONSO PEREZ, M: "Sobre la esencia del contrato bilateral". Univ. de Salamanca, 1967.

(19) ARISTOTELES dice de forma muy gráfica que "cuando, siendo dos cosas iguales, se quita una unidad de una de ellas y se añade a la otra, la segunda excede a la primera en dos unidades, ya que si se quitara a la una y no se añadiera a la otra, ésta sólo excedería a la primera en una unidad. De esta manera sabremos, por consiguiente, qué es lo que se debe quitar al que tiene más, y qué añadir al que tiene menos: la cantidad en que el primero excede al término medio es la que debe añadirse al que tiene medio por él rebasado. Sean las líneas AA', BB' y CC' iguales entre sí, quítese de la línea AA' el segmento AE y añádase a la línea CC' el segmento CD, de modo que la línea entera DCC' exceda a la línea EA' en los segmentos CD y CF; excederá entonces a la línea BB' en el segmento CD.



(op. cit. Libr. V, cap. 4, 1132b 1 y ss.).

(20) Cfr. SCHAPP, W.: "La nueva ciencia del Derecho". R.-O., Madrid 1931, pp. 9 y ss. El art. 1196 .2 del C.C. en relación con la compensación legal prescribe: "Que

ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles, las cosas debidas sean de la misma especie y también de la misma calidad, si esta se hubiese designado".

Por lo que no es necesario que intervenga una cantidad de dinero, pero sí es preciso que las prestaciones sean valorables económicamente.

- (21) Ver S.S. 5 de febrero de 1976; 19 de noviembre de 1977; 17 de mayo de 1983; 17 de mayo de 1984.
- (22) Esto es causa de que no sea posible la reserva de la parte que alaga en un proceso su concreta reclamación. Y significa que, como consecuencia del efecto productor de la cosa juzgada material de la sentencia, ya no podrá volverse a repetir el enjuiciamiento de esa cuestión; quedando, por tanto, alcanzadas por los límites de la cosa juzgada las cuestiones que efectivamente se alegaron, así como las que, pudiendo hacerlo no se alegaron (Cfr. TAPIA, I.: "La compensación en el proceso civil". Trivium, Madrid 1988, p. 153).
- (23) ARISTOTELES tuvo ya el mérito de haber llevado a la teoría de la justicia un mayor acento social. V. sobre el tema CASTAN TOBEÑAS, J.: "La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas" (Discurso de apertura de los Tribunales). Ministerio de Justicia, Madrid 1967, p. 88.
- (24) Cfr. FASSÒ: "La legge della ragione", Il Mulino, Bologna 1964, pp. 215 y 216.
- (25) Cfr. GÉNY, F.: "Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif", t. II, L.G.L.J., París ed. 1954, pp. 88 y ss.; LARENZ, K.: "Metodología de la Ciencia del Derecho", trad. Ariel, Barcelona 1966, p. 321.
- (26) Esto ocurriría también aunque se acogiera la posición adaptada por la mayoría de la doctrina y por la jurisprudencia, ya que la concausalidad y la condicionalidad mutua se daría en todo caso a la hora de iniciarse la obligación bilateral pasando posteriormente a un segundo plano. Cfr. GOULDNER, A.W.: "The Norm of Reciprocity", A.R.S.P. XXV, Abril 1960, pp. 161 y ss.; LEVY-STRAUSS, C.: "The Principle of Reciprocity"

en "Sociological Theory"; I. MacMillan, New York 1957).

- (27) Cfr. CARDENAL FERNANDEZ, J.: "El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones". Madrid 1979; FERNANDEZ CANTOS, J.L.: "La resolución de los contratos por causa de incumplimiento", R.G.L.J., julio-agosto 1960, p. 61; y S.S. de 6 de julio de 1952; 8 de mayo y 28 de septiembre de 1965 y 25 de noviembre de 1985.
- (28) Cfr. ARISTOTELES en la determinación de lo que se entiende por justicia correctiva (op. 43, V. Libr. V cap. 4, 1132 b).
- (29) Cfr. LARENZ, K: op. cit. p. 213.
- (30) Cfr. S.S. de 9 de octubre de 1981 y 13 de mayo de 1985.
- (31) LARENZ, K.: op. cit., p. 229.
- (32) De acuerdo con el mismo concepto de interés contenido en BETTI, E.: "Voz "Interesse", Nov. D.I.; ORNAGHI, L.: "Il concetto di "interesse" Giuffrè, Milano 1986.
- (33) BRUSIIN mantiene la tesis de que "sin objetividad, la jurisprudencia no puede cumplir su misión social. Y que a pesar de su subjetividad, los ciudadanos esperan y exigen de la jurisprudencia, por lo menos en los modernos Estados civilizados, sobre todo objetividad (Cfr. "La objetividad de la Jurisdicción", trad., Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) 1966).
- (34) Cfr. BOZZI, R.: "Diritto sobbiiettivo ad interesse", en N.D.I.; GUASP, J.: "Derecho", Madrid 1971, p. 271.
- (35) Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "¿Hay un principio lógico adecuado para definir el rigor científico del pensamiento jurídico?". R.F.D. (U.C.M.) 1990, p. 942. V. también: CASTANEDA, H.N.: "Intentionality and Identity in Human Action and Philosophical Method". *Noûs* 113, 1979, pp. 235 y ss.; id.: "Practical Reason, Reason for doing and Intentional Action". *Theoria* 4, 1986-87, pp. 71 y ss.

- (36) En este sentido V. REDHEAD, L.: "Symmetry in Inter-theory Relations", *Sythèse* 32, 1975, pp. 77 y ss; SANCHEZ DE LA TORRE, A.: Explicaciones de clase (inéditas).
- (37) Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "¿Hay un principio lógico...", cit. pp. 943 y 944; KRAJEWSKI, W.: "Correspondence Principle and Growth of Science". Reidel. Dordrecht 1977; STEGMÜLLER, W.: "The Structure and Dynamics of Theories". Springer Verlag, Berlin 1976.
- (38) Cfr. CASSIRER, E.: *An Essay on Man. An Introduction to a Philosophy of Human Culture*. Yale University Press 1944, p. VIII; WHITEHEAD, A.N.: "Nature and Life", Greenwood Press, New York 1977. El entronque de este tema con la filosofía jurídica se encuentra en A. PEREZ, en su concepción de Derecho como forma de libertad. (V. su obra "De iustitia et iure, et de retributione et poenitentia". Lyon 1661).
- (39) Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "¿Hay un principio lógico...", cit. p. 944; V. además FRE, M.: "Schemi giuridici e rapporti di interessi". Padova 1972; IRTI, N.: "Rilevanza giurídica", *J*, 1967, pp. 16 y ss.
- (40) Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A., en explicaciones de clase (inéditas) de acuerdo con el principio de no-contradicción perteneciente a ARISTOTELES: "Metafísica" III, 1005 b.
- (41) V. art. 1254 del C.C.
- (42) Cfr. en RUGGIERO, cit. por CASTAN TOBEÑAS, I.: "Derecho Civil...", cit. t. III, p. 509.
- (43) V. en este línea, entre otras muchas, S.s. de 13 de mayo de 1963; y 14 de diciembre de 1964.
- (44) Cfr. IRTI, N.: "La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere". Dott. Jovene, Napoli, 1973, pp. 88 y 89.

- (45) Cfr.: ESPIN CANOVAS, D.: "Los límites de la autonomía de la voluntad en Derecho privado". Murcia 1954, pp. 9 y ss; GHESTIN, J.: "Traité de Droit Civil", t. II, L.G.D.J., t. II, vol. I L.G.D.J., París 1980, pp. 144 y ss.
- (46) La S. de 2 de abril de 1946 dice: "El principio de autonomía de la voluntad preside la contratación en nuestro Código Civil, pero no de modo absoluto, puesto que no obstante su sentido, marcadamente individualista, restringe la libertad de pactos mediante normas imperativas o prohibitivas que cercenan o anulan la contratación, según estatuyen generalmente los arts. 1116 y 1255; y si desde el Código Civil se pasa revista a la legislación posterior, pronto se advierte que la evolución jurídica camina decididamente hacia una infiltración cada vez mayor de elementos éticos y sociales, de tono imperativo, que de modo general y absoluto disciplinan las relaciones del Derecho privado, imprimiéndoles carácter público, a expensas del principio de autonomía de la voluntad, que de ésta suerte va perdiendo volumen en su clásica y amplia esfera de acción".
- (47) Cfr. GHESTIN; J.: op. cit., pp. 144 y ss.
- (48) Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L.: "Filosofía del Derecho". Bosch. Barcelona 1979, pp. 267 y ss.
- (49) Cfr. HERNANDEZ GIL, A.: "La función social de la posesión"(Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación). Madrid 1966, pp. 66 y ss.
- (50) Cfr. id., p. 68, el cual recomienda que para el estudio de este aspecto de lo social es muy interesante la obra de FERROUX, F.: "Economía y Sociedad", trad. 1962, que, acogiendo las ideas de DRUCKER, P. y HUXLEY, J., sobre el "fin del hombre económico" y la "era del hombre social" somete a crítica la organización mercantilista de la sociedad (sociedad de mercado).
- (51) V. las obras de BAGOLINI, L.: "Giustizia e società". Dino Editori, Roma 1983; FRIEDMAN: "The Legal System: A social Science Perspective". Russell Sage New York 1977; JENKINS, J.: "Social Order and the Limits of

Law". Princeton 1980; VARIOS: "Teoría del sistema e razionalità sociale": Atti del Convegno di Bologna, Ottobre 1983, a cura de E.M. Forni, Bologna 1986.

- (52) Cfr. HERNANDEZ GIL, A.: Op. cit., pp. 73 y 74. En la revisión que hace SARTRE del materialismo histórico censura el estricto determinismo causal o condicionante ("Situaciones" III, Losada 1965 p. 103). Y en cuanto al Derecho Civil, V. COGLIOLO, F.: "L'interpretazione sociale del Codice Civile", en "Scritti vari di Diritto privato", t. I. Torino 1913; GIERRE, O, von: "La función social del Derecho privado", trad. de Navarro de Palencia. Madrid 1904; GRASSERIE, R. de la: "Principios sociológicos del Derecho Civil", trad. Reus, Madrid 1908; SERRANO JOVER, A.: "Bases sociológicas del Derecho privado, Madrid 1908; SOLAR, G.: "L'idea individuale e l'idea sociale nel diritto privato", Torino 1918.
- (53) Cfr. DUGUIT, L. y KELSEN, H.: "La notion du Droit subjectif dans le Droit privé", París 1931; LACAL, P.: "Las expectativas de Derecho y los derechos expectantes", R.C.D.I. 83, 1931, pp. 826 y ss.; y, en concreto, sobre la alteridad ver BALLESTEROS, J.: "Notas sobre la alteridad del Derecho en la filosofía jurídica actual italiana". Universidad de Granada 1973.
- (54) La función social conlleva en cuanto a la garantía de los derechos en el Derecho privado, una previsión normativa análoga a la que en cuanto a la responsabilidad civil significa la responsabilidad prevista en el art. 1591 del C.C., al lado de la responsabilidad por saneamiento del art. 1484 del C.C. en relación con el 1490. Pues el plazo de prescripción legal, señalado en la última disposición, es de seis meses contados desde la entrega de la cosa vendida, tiempo que se amplía a diez años (art. 1591) al tener en cuenta que el primer plazo se determina con referencia a construcciones poco complejas y a bienes inmuebles. Cosa que no corresponde con las necesidades de las construcciones inmobiliarias, en las que pueden aparecer los defectos sobrepasados los seis meses.
- (55) Los supuestos contenidos en las letras a) y b) pueden constituir o no responsabilidad legal dependiendo de que se haya producido daño, o que, por el contrario, no se haya producido. Sin embargo, el supuesto de la letra c) conforma propiamente la responsabilidad legal, aunque no se haya producido algún daño (Según

- SANCHEZ DE LA TORRE, A.: Explicaciones de clase (inéditas).
- (56) Cfr. HEGEL, G.W.F.: "Filosofía del Derecho", trad. Dirección General de Publicaciones, Méjico 1975, p. 270: cit.: en LÖWITH, K.: "Meaning in History", Chicago 1949, pp. 52 y ss.: SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "El Derecho...", cit. p. 235.
- (57) Cfr. SANCHEZ DE LA TORRE, A.: "El derecho...", cit. pag. 235; y SEMPRUN y GURREA, I.M.: "El sentido funcional del Derecho de propiedad", Madrid 1933, pp. 314 y ss., con respecto al Derecho de propiedad y su función social. V. también la línea seguida por BRAYBROOKE, D.: "A Strategy of Decision: Policy Evaluation as a Social Process". Lindblom. New York 1970; BREDEMEIER, H.C.: "La teoría funcionale del Diritto", Unicopoli, Milano 1983; TREVES, R.: "El juez y la sociedad", trad. Edicusa, Madrid 1974; VILAR BADIA, R.: "La perspectiva sociológica en la aplicación del Derecho", R.J.C. 1, 1978, pp. 119 y ss.
- (58) Cfr. CASTAN TOBEÑAS, J.: "La formulación judicial del Derecho", Reus, Madrid 1954, p. 148.
- (59) Cfr. RUGGIERO, C.: "Instituciones del Derecho civil". trad. Reus, Madrid 1929, p. 30, sobre el concepto de abstracción de las normas jurídicas.
- (60) Cfr. IRTI, N.: "L'età della decodificazione". Guiffrè, Milano 1979 y JORI, M.: op. cit.
- (61) Cfr. OLLERO, A.: "La interpretación...", cit. p. 38.
- (62) Cfr. SANTO TOMAS.: op. cit. I-II, p. 95, a 2.
- (63) Cfr. La interconexión que realiza HAURIUO, M.: "L'ordre social, la justice et le Droit" R.T.D.C. XXVI, 1927, p. 795 y ss.
- (64) Cfr. OLLERO, A.: "La interpretación ...", cit., pp. 36 y ss.
- (65) SANCHEZ DE LA TORRE dice: "A través de la teoría tra-

dicional de las clases de justicia, así como de las teorías tradicionales acerca de la legitimación del poder público, se ha desarrollado una noción del Derecho en la cual éste aparece globalmente definido por finalidades comunes ("bonum commune", "endsén"), pero no desde las intencionalidades subjetivas, las cuales son vistas, por las doctrinas jurídicas (tradicionales y contemporáneas), más como factores que han de ser regulados externamente que como factores portadores de su propia intencionalidad subjetiva que el Derecho sólo debería aludir para hacerlas compatibles dentro del ámbito de las distintas intencionalidades y hacer posible su coexistencia en términos generales (Cfr. "¿Hay un principio lógico... , cit., p. 943); V. también RAZ, J.: "The Concept of a Legal System", Clarendon Press, Oxford 1980, pp. 143 y ss.; REDHEAD, L.: Op. cit., pp. 77 y ss.)

- (66) V. para la aplicación de la idea de garantía aplicada a la estructura sinalagmática del contrato realizada por CERDÁ; GARRIDO DE PALMA; SAPENA: "Las garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores" XIII, Congreso Internacional del Notariado Latino, Barcelona 1975; y RIERA AISA, L.: Voz "Garantía" en N.E.J.
- (67) Cfr. BOZZI, R.: "Voz "Diritto soggettivo... , cit.
- (68) Cfr. ARECHEDERRA, L.I.: "La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual". Montecorvo, Madrid 1978, pp. 30 y 31.
- (69) De acuerdo con la noción de equidad que da ARISTOTELES en "Ética... , cit. 2, Libr. V, cap. 10, 1137 b y 1138a 1-4; y en "Retórica, Libr. I, cap. XIII; la posición de CICERON contenida en "De officiis" 1, II^o, 12, 42; y el esquema trazado por CHIODI: a) La justicia es una instancia superior y transcendente, un valor tendencial del juicio normativo práctico; b) la equidad es una justicia práctica y concretizada; c) por esto se puede decir que la justicia práctica es el valor tendencial del Derecho; d) la ley es la forma de realización práctica y concreta del Derecho. (Cfr. "Equità. La categoria regolativa del Diritto". Guida Edit. Napoli, 1989 p. 112).
- (70) Cfr. CHIODI, G.M.: id., pp. 51 y ss.; y los postulados del pensamiento rawlsiano expresado en "The Theory of Justice". Harvard University Press, Cambridge

1971, pp. 237 y ss. y "Justicia como equidad", trad. Rodilla. Tecnos, Madrid 1978, pp. 41 y 42.

- (71) Cfr. ADDEO, P.: "Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi", Torino 1921; ARECHEDERRA, L.-I.: op. cit.; BATHOLOMECZIK, H.: "Aequivalenzprinzip. Woltengleichkeit und Gegengewichtsprinzipien der modernen Rechtsentwicklung". A.R.S.P. 166, 1966, pp. 30 y ss.; FUENMAYOR, A.: "La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos". A.D.C. III-4, 1950, pp. 1189 y ss.; HACKL: "Aequivalenzstörung und Littenwidrigkeit", en Der Betriebs-Berater 29, 1977, pp. 1412 y ss.; HUNGERBÜHLER: "Die Aequivalenz von Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag"; MAURY, M.: "Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit Civil français". Toulouse 1920; PATARIN, J.: "Le problème de l'équivalence juridique des résultats". Dalloz. Paris 1954; PERROT-MOREL, M.A.: "De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat". Paris 1961.
- (72) A. PEREZ: op. cit., Disp. II, Cap. III, n° 79.
- (73) Cfr. GAVAZZI, G.: "L'onere - tra la libertà e l'obbligo. Giappichelli, Torino, 1970, pp. 20 y ss.
- (74) Cfr. CHIODI, G.M.: op. cit., pp. 47 y ss. V. también MACCORMICK, N.: "The Obligation of Reparation". P.-A.S. 78, London 1978.
- (75) Cfr. BONVICINI, E.: "La responsabilità per i danni nel Diritti delle obbligazione". Giuffrè, Milano 1963; OSTI, G.: "Deviazioni do dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni". R.T.D.P.C. 1954, pp. 604 y ss.
- (76) Este sentido de "congruencia" impulsa la inteligencia de una legalidad "destronada" de su poder absoluto convertido en mediación para la justicia, pero sin sustituir a la justicia y convertirse en objeto último de la razón jurídica. Véase el sentido de "desregulación" anteriormente expuesto.
- (77) V. las consideraciones que no refiriéndose a la "compensación correctiva", sino a las características de una teoría que contenga estos caracteres hace MACINTYRE, A.: "Whose justice?, Which rationality?. Duck-

work, London 1988, pp. 167 y 400.

- (78) Cfr. OLLERO, A.: "La interpretación...", cit., p. 51.
- (79) Cfr. sobre este método. BONNECASE, J.: "L'école de l'Exégèse en Droit Civil", París 1924.
- (80) El art. 6.4 del C.C., español dice: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se consideran ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

Por lo que, en el fraude de ley, a diferencia del fraude que tratamos, se habla del ordenamiento jurídico en su conjunto y de la norma en concreto. Pero, normalmente, se entiende que la primera alusión no pasa de ser un criterio para la interpretación de la norma defraudada que habrá de interpretarse no aisladamente, sino en relación con las demás del ordenamiento, buscando su "ratio" (Cfr. DIEZ-PICAZO, L y GULLON, A.: "Sistema...", cit. V, I, p. 234.

- (81) La S. de 13 de Junio de 1959 dispone textualmente con respecto a la doctrina del fraude de ley que: "... es la defensa del cumplimiento de las leyes, no la represión del concierto o intención maliciosa de que se encargan otras instituciones".
- (82) Cfr. BERGSON: "La pensée et le mouvant". Paris 1934, pp. 50 y ss.; BREHIER: "La notion de problème en philosophie". Etudes de philosophie antique 1955, pp. 10 y ss; LOPEZ JACOISTE, J.J.: "Sobre la agoría de la equivalencia contractual". Estudios jurídicos en homenaje al Prof. F. de Castro, Madrid 1976, pp. 831 y ss. V. también ZIPELIUS, R.: "Einführung in die juristische Methodenlehre. München 1971.
- (83) Cfr. LINS, H.: Op. cit., pp., 25 y 32.
- (84) Cfr. en relación con los ideales de justicia material a realizar en el Derecho privado. STONE, J: "Human Law and Human Justice". Stanford University Press, 1966, pp. 341 y ss. Y en lo referente a la tutela jurídica ALMAGRO NOSETE, J.: "Artículo 24". Comentarios

a las Leyes políticas. Constitución Española de 1978, t. III. Edersa, Madrid 1983, pp. 19 y ss. ENTRENA KLETT, C.M.: "La efectividad de la tutela jurídica en nuestro Derecho". R.P.J. 3, 1983, pp. 51 y ss.

CONCLUSIONES

A) ANALISIS GENERAL DE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS CRITERIOS DEL ORDENAMIENTO POSITIVO VIGENTE EN LA COMPOSICION DE CONFLICTOS DE INTERESES.

I

Las fuentes de producción de los criterios de discrecionalidad y equidad en las que se fundamentan las modalidades de composición conflictual, corresponden a la vía jurisdiccional (Jueces y Tribunales) y a la vía arbitral (arbitros).

Las instancias jurisdiccionales actúan de ordinario desde una esfera técnica, atendiendo a lo determinado expresamente en la norma al aplicar las resoluciones contenidas en el artículo 1124 del C.C. y concordantes, al igual que en el 1469, 1470 y 1471 del mismo texto legal, y la compensación propia. De forma semejante a lo que ocurre con los árbitros de Derecho, los cuales han de acomodar su decisión a lo prescrito positivamente.

Pero cuando un Juez público sentencia cualquier otra solución no regulada previamente, está actuando como un árbitro de equidad, dándose en ambos una coincidencia mediadora en la operatividad efectuada, al recrear la norma, considerar su espíritu y estimar un criterio relacional en la valoración de los intereses concurrentes.

II

Tanto una aplicación estricta de la norma jurídica como un uso amplio de la arbitrariedad puede conducir a resultados no deseables, desde el punto de vista de la igualdad en la contraprestación y de la seguridad jurídica.

Hay que huir de las posiciones extremas y apoyar la necesidad de la norma, sin excluir la actuación de la discrecionalidad y de la equidad, teniendo siempre el binomio de ambos términos en el ámbito judicial una unidad indisoluble: En la apreciación discrecional se materializa la equidad que es su instrumento esencial e irremplazable para llegar como resultado a una solución del conflicto mediante la aplicación de criterios de racionalidad que no nieguen la norma jurídica, aunque la decisión dictaminada no se haya previsto en ella como consecuencia explícita.

III

La interpretación del juzgador, por clara que se muestre la norma jurídica en sus postulados, es siempre necesaria para que su decisión no desemboque en una subjetividad caprichosa contraria al ordenamiento jurídico. La citada hermenéutica se ha de dirigir al conocimiento y entendimiento de la realidad jurídica que sustente lo razonable de una solución, determinando el "ser" que aparece bajo la dimensión "existencial" del Derecho, en correlación con el sentido y alcance de la institución jurídica de la que se trate.

Si la norma legal no se identifica con la plenitud de las posibilidades de realización del Derecho, la discrecionalidad, en cuanto determinadora de la posibilidad técnica más adecuada entre todas las llamadas a cumplir un mismo fin, y la equidad, como medio técnico de consecución de tal objeto en cada supuesto concreto, han de complementar y explotar aquélla haciéndola capaz de todas las consecuencias jurídicas pertinentes, al mismo tiempo que colaboran en lograr una progresiva objetivización de la actividad judicial.

Con lo cual se obtiene un resultado de la labor interpretativa realizada, en lo que se refiere al incumplimiento de obligaciones bilaterales, que la solución que

se dicte ha de dirigirse al logro del equilibrio de las prestaciones como expresión del de intereses. Esta es la exigencia consustancial al sentido y alcance de las obligaciones bilaterales derivadas de una relación contractual, y de la normatividad en su conjunto que se instituye como criterio de lo razonable, limitador de las coordinadas seguidas en el juicio.

IV

Si la posibilidad de implantar el equilibrio de las prestaciones, como manifestación perteneciente a la dimensión de los intereses, se presenta como un criterio normativo prevalente sobre todos los demás; la suposición legal nunca debe impedir la aplicación de otras soluciones, siempre y cuando sean conformes con el resultado final buscado por aquélla, el cual se infringiría como inferencia del cumplimiento estricto de la misma.

Unicamente, se habrá de dejar de considerar este sentido como límite natural, por razones de política legislativa, ajenas a la esfera de las decisiones judiciales y propia de las causas que existen para regular una materia conforme a un contenido u otro. Tales limitaciones se darían a conocer al juzgador por medio de todas aquellas posibilidades que sean expresamente prohibidas, o que constituyan una forma estrictamente imperativa o exhausti-

va.

B) TIPOLOGIA DE SOLUCIONES POSIBLES Y CRITERIOS FUNDAMENTADORES DE DISCRECIONALIDAD Y EQUIDAD EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES BILATERALES.

V

La auténtica función del orden jurídico es la definición y protección de derechos. Así, se explica que cuando el aseguramiento que el ordenamiento otorga falla, entonces sea posible la entrada en funcionamiento de un segundo plano, mediante la actuación de distintas posibilidades técnicas, aplicadas como decisiones para resolver la controversia surgida, realizando el Derecho en forma de reparación.

Expresado esto en términos obligacionales, significa que la responsabilidad se contrae, precisamente, porque se tiene el deber de realizar la prestación, perteneciendo tanto al "debitum" como la responsabilidad al orden sucesivo, al contenido del vínculo obligatorio. No se pueden distinguir dos elementos independientes o independizables, sino, a lo más, dos aspectos intelectuales de una misma relación de deuda, que en las obligaciones bilatera-

les atañe, según su concepto, a ambas partes, al estimarse simultáneamente como acreedoras y deudoras.

VI

Las modalidades para la solución de conflictos nacidos del incumplimiento de obligaciones bilaterales, según el criterio de regulación normativa, se pueden dividir en aquéllas que se encuentran prescritas por la norma jurídica; y las que sin ser contrarias a su sentido, carecen de prescripción positiva y son creación doctrinal y jurisprudencial.

Entre las primeras hay que señalar:

- a) El cumplimiento de la obligación incumplida (más el resarcimiento de daños y abono de intereses en su caso (arts. 1124 y 1536 del C.C.)).
- b) La variación de la prestación por disminución o aumento del cumplimiento de lo debido (1469, 1470 y 1471 del C.C.).
- c) La resolución (más el resarcimiento de daños y abono de intereses en su caso) (arts. 1124, 1469, 1470, 1471, 1504, 1505 y 1556 del C.C.).

d) La compensación propia (arts. 1195 y ss. del C.C.).

Y, entre las segundas, caben ser citadas:

- a) La revisión del contrato por alteración de las circunstancias.
- b) La resolución del contrato, por igual causa que el anterior.
- c) El cumplimiento precontractual bilateral.
- d) La "compensación correctiva".

VII

Las modalidades señaladas, en cuanto tales, presentan como aspectos comunes un origen indicativo de una larga trayectoria histórico-jurídica, que hunde sus raíces en el Derecho romano, incluyendo la "compensación correctiva". Si bien, tal "compensación" traspasa la frontera citada y se sitúa con anterioridad a todas las soluciones conocidas, al insertarse en la teoría aristotélica sobre la justicia particular correctiva, su concepción y operatividad.

En cuanto a su contenido el artículo 1124 del

C.C. aparece como una norma general, con la que se identifican las demás modalidades resolutorias que no se encuentran prescritas en él, pero que se dictaminan en otras normas jurídicas. Igual que sucede con aquellas variantes que no se regulan positivamente, pero que la doctrina y la jurisprudencia se han visto obligadas a establecer, como son la resolución contractual por cambio de circunstancias y el cumplimiento de los precontratos. De forma que, solamente, constituyen determinaciones nuevas, la revisión del contrato por alteración circunstancial y la "compensación correctiva".

VIII

Las diferencias entre unas y otras se encuentran, esencialmente, en los resultados obtenidos, conforme a los intereses que son protegidos en la decisión dictada. La exigencia del cumplimiento sólo satisface las de la parte cumplidora; la resolución puede llegar a sacrificar los de ambas partes; y la variación de las prestaciones por diferencia en la cabida o cualidades en la compra-venta de bienes inmuebles protege, principalmente, los pertenecientes al cumplidor.

Por su lado, la compensación en general no ha de imponer más cargas que beneficios. La compensación propia produce la satisfacción exclusiva de las partes cumplido-

ras en cada una de las relaciones jurídicas conflictuales. Y la "correctiva" tiene presente, además de la satisfacción de los intereses de las dos partes, las de los terceros y de la sociedad en general, manteniendo cierta equiparación con la revisión contractual por cambio de circunstancias, aunque tal decisión no atiende a la funcionalidad completa que el Derecho también ha de realizar.

IX

La "compensación correctiva" es la variante decisoria que ofrece mayores ventajas. Aparece configurada como una posibilidad técnica superadora y transfiguradora de las demás, por realizar una aproximación entre las opciones comprendidas en la letra del art. 1124 del C.C., junto con sus afines, y los que no se encuentran comprendidos en los mismos. Por lo que:

- a) Desde el punto de vista de los fines del Derecho referentes al orden, la libertad y la seguridad en el ámbito estudiado, éste es el resultado judicial que los satisface íntegramente: El orden porque impone una corrección que restablece el equilibrio querido por el sentido inteligente del Derecho y que había sido roto por el incumplimiento de la obligación; la libertad porque posibilita la realización de los intereses individuales y sociales gracias al paso del "ser" al

"debe ser", por medio del "poder ser", y la seguridad porque no se trata de una solución arbitraria, sino que está sujeta al sentido y al alcance de las obligaciones bilaterales y del bloque normativo que garantiza el conjunto de los intereses que hayan de ser tenidos en cuenta.

b) Este planteamiento abre camino a una previsión constitucional, aún no realizada. Se ha de afirmar que la "compensación correctiva" es la única que realmente cumple con aquella garantía establecida en la Ley Fundamental, referida a la tutela efectiva de los "derechos e intereses legítimos". Con lo que se impedirá la producción de indefensión, de acuerdo con el artículo 24 de la C.E., al acogerse el principio de igualdad mantenido en la adecuación equilibradora de los derechos y deberes de las partes, ya que ningún derecho o expectativa puede estar privado de tutela.

c) En lo referente a la función social del Derecho, ésta sólo puede ser estimada y actuada mediante la citada "compensación", ya que tiene en cuenta los intereses, tanto de los terceros como de la sociedad en su conjunto, garantizados en el ordenamiento jurídico, el cual va más allá de la voluntad y de las previsiones de las partes. Si bien cuando no están formalizados tales intereses no constituyen derechos subjetivos, sino expec-

tativas que sólo pueden ser aseguradas si se considera que el Derecho debe protegerlas desde la dimensión propia de su función social.

X

Las soluciones expuestas se constituyen sobre el fundamento de ciertos criterios de discrecionalidad y equidad, pertenecientes al ámbito de la racionalidad práctica e integradores de un todo conocido bajo la denominación de "justicia material". Las que sirven de base y ulterior explicación a todas ellas son, en mayor o menor medida, según los supuestos, y con algunas matizaciones y especializaciones:

- a) El amparo y ejercicio de un derecho subjetivo entendido como interés jurídicamente protegido, en el que la tutela está puesta a disposición de su titular, gracias a la existencia de una norma que así lo avala a partir del momento de su nacimiento. O sea, desde que se produce el no cumplimiento del deudor que, en las obligaciones bilaterales precisa ser simultáneo al de la otra parte. Sin embargo, no se puede, bajo ningún concepto, traspasar los límites particulares de cada relación, ni los de carácter institucional: la buena fe y el abuso del derecho.

- b) La salvaguarda de la equidad, que actúa técnicamente como discrecionalidad judicial, aplicando el espíritu de la norma jurídica a las circunstancias del caso concreto, y conduciendo a la moderación de las consecuencias rigurosas a las que se llegaría si se diera una subsunción automática del asunto litigioso en el precepto escrito. Por lo que se trata de un medio técnico aplicable para obtener los objetivos hacia los que tiende todo Derecho.

- c) El equilibrio de las prestaciones, el cual queda embebido en el tratamiento de la relación, considerada "inter partes" al ser tomada en cuenta la onerosidad como una reciprocidad real de las prestaciones, operativa de la garantía de determinados intereses. De manera que la justicia de intercambio que entra en juego no requiere una igualdad del valor exacto y matemático de cada prestación, sino la consecución del equilibrio establecido según la apreciación subjetiva de las partes intervinientes.

- d) La reciprocidad significativa de que en la circunstancia de que un dato de la relación jurídica es conocido en su implicación con una prestación realizada por una de las partes, el favorecido con ella puede y debe ser requerido, por lo general, para que corresponda cumplida y simultáneamente a la acción del acreedor, salvo en

el caso de que la pretensión del acreedor sea inadecuada, o que ponga al deudor en un conflicto con otros valores que podrían ser estimados como prioritarios en una situación marginal.

- e) La prohibición del enriquecimiento injusto, o sin causa, originado por el mero incumplimiento y productor de un empobrecimiento correlativo del acreedor. Es decir, respectivamente, la necesidad de que toda atribución y todo desplazamiento entre patrimonios se justifique con arreglo a la justicia o conforme a una situación previa que el ordenamiento considere bastante para efectuarla. Razón por la que los dos conceptos se puedan reducir a la indispensabilidad de una razón jurídica. Pues si ésta existe, se sostiene que el enriquecimiento es justo y con causa.
- f) El postulado "pacta sunt servanda" que requiere la necesidad de que cada una de las partes de la relación obligatoria se mantengan fieles a las promesas contenidas en ella y cumplan con la obligación debida, por medio de un comportamiento honrado, leal, limpio, recto, justo, sincero, íntegro... Este argumento es asumido normativamente, mas se ha de explicar en términos de una práctica social lógica anterior, cuyas normas constitutivas confieren a las personas un poder para realizar ciertas declaraciones que tienen el rango de

promesas y que acarrear obligaciones.

- g) La exigencia de la buena fe, surge como consecuencia de la confianza que se tiene en que el obligado ha de cumplir con lo pactado ateniéndose a la conducta descrita de honradez y lealtad. Se objetiva a modo de "standard" jurídico, como módulo de actuación conscientemente asumido y socialmente entendido como arquetipo, que restringe el campo de la autonomía privada y sirve de límite genérico al ejercicio de los derechos subjetivos. Al mismo tiempo este criterio es un elemento imprescindible para que se susciten oportunidades de contacto y de cooperación intersubjetivas, y se desenvuelva en condiciones productivas el tráfico jurídico.
- h) La reparación del perjuicio y la imposición de sanción conformadoras de la responsabilidad causada por el incumplimiento de las obligaciones y, por lo tanto, de las consecuencias jurídicas que de ello dimanar. Su diferencia radica en que la reparación se dirige, primordialmente, al resarcimiento del acreedor que ha sido víctima de un perjuicio y mira al crédito que este tiene derecho a satisfacer. Mientras que, por el contrario, la sanción pretende, en particular el castigo del deudor infractor, en base al no cumplimiento del "debitum" que tenía asignado.

- i) La seguridad y certeza jurídico-legales, derivadas de la noción de conservación social, en cuanto que ésta tiene como finalidad el logro de la paz. Subjetivamente, se representa en la seguridad de acuerdo con la idea de confianza en el posible ejercicio eficaz de los derechos subjetivos. Y, objetivamente, en la certeza de un conocimiento de las consecuencias de toda acción u omisión ilícitas.

- j) La compatibilización realizada en las decisiones dictadas materializadora del principio lógico de no-contradicción (v. la conclusión Duodécima).

XI

La compensación en sus dos vertientes: propia y correctiva, se apoya sobre criterios de racionalidad específicos, que le dan una entidad particular comprensiva de su mismo concepto y naturaleza. De forma que la propiamente dicha se fundamenta en:

- a) La facilidad para el cumplimiento de las obligaciones, puesto que en vez de tener que realizarse dos pagos entre las mismas personas, cada acreedor cobra por medio de la liberación de su respectiva deuda, sin que tenga que verificarse ningún pago efectivo, si ambas deudas son de igual cuantía; o, en caso contrario, ve-



rificándose sólomente el de la diferencia por el deudor de la mayor.

El logro que se obtiene es el de la agilización de la solución dada al conflicto, conforme a una economía procesal y material; junto con la comodidad aportada a las partes de llevar a efecto un doble pago simplificado.

- b) El desenvolvimiento de una función de garantía aseguradora de que los derechos subjetivos de los individuos cumplidores se podrán ejercitar con eficacia. Ya que de no aplicarse la compensación del deudor que pagará, siendo también acreedor en virtud de otra obligación, se expondría a no poder cobrar su crédito si sobreviniera la insolvencia del otro deudor. Por lo que parece más equitativo que no se haga el pago efectivo, para evitar el riesgo de pagar y no cobrar.

Los criterios peculiares que operan en la "compensación correctiva" son:

- a) La especialidad técnico-valorativa de hechos e intereses de las obligaciones bilaterales, que requiere, primeramente, que la decisión fallada estime con exactitud el cumplimiento parcial, el defectuoso y el incumplimiento por imposibilidad posterior o excesiva

onerosidad, según el supuesto de que se trate, sin que se establezca un límite rígido, a partir del que no se pueda aplicar la "corrección compensatoria".

Y, en segundo lugar, que debido a los caracteres de heterogeneidad de los intereses en presencia, para lograr un equilibrio equitativo, sea necesario el ejercicio de una resolución que mantenga un criterio relacional ponderado que establezca la congruencia entre aquéllos.

- b) El aseguramiento de los intereses mediante la sustitución de la voluntad contractual de las partes por la co-responsabilidad resultante en la aplicación de esta solución. En consonancia con los términos de equiparación entre la actuación de las partes en un contrato, fuente de obligaciones bilaterales, en que cada sujeto al definir su "debitum" ofreció unas garantías que deben adaptarse a las nuevas condiciones por ser causa de que la contraparte llegara a consentir; y con la labor del juez mediador de una controversia y determinante de la co-responsabilidad de cada sujeto, incluso del cumplidor, en el cumplimiento de las prestaciones no realizadas.
- c) La función social del Derecho garantizadora de las expectativas de los terceros, individualmente considera-

das y de la sociedad, tema ya visto en la conclusión Novena a la que nos remitimos.

- d) La conveniencia de la desregulación jurídica, en base a una noción del Derecho en la cual este aparezca globalmente definido por finalidades comunes exteriorizadas a través de la teoría tradicional de las clases de justicia, y de las teorías clásicas acerca de la legitimación del poder público. Sólo deberían ser aludidas las intencionalidades subjetivas para hacerlas compatibles dentro de su ámbito de acción y posibilitar su coexistencia en términos generales.

XII

La materialización del principio lógico de no-contradicción se muestra como el criterio de racionalidad que mediatiza todos los demás criterios en los que se fundamentan las soluciones posibles manifestándose:

- a) A modo de adecuación entre lo que pide la parte cumplidora y lo establecido en la norma jurídica, en los supuestos de dictarse el cumplimiento, la variación de la cantidad de la prestación, la resolución y la compensación propia.
- b) Como adaptación entre lo que pide el incumplidor y el

contenido de la valoración aplicada en los casos relativos a la revisión y resolución contractual por alteración de las circunstancias.

- c) En forma de compatibilización entre la totalidad de los intereses legítimos en presencia con relevancia jurídica, y una decisión judicial, cuya congruencia no sea meramente procesal (petición-sentencia), sino globalmente sustantiva (garantía y compatibilidad de intereses conforme al sentido de la normatividad y sentencia). Esto sucede cuando se emplea la "compensación correctiva".

XIII

Los "tria iuris praecepta" configuran el armazón en el que se articulan cada uno de los criterios que sirven de sustentación para adoptar las diferentes modalidades compositivas enunciadas. Aquéllos integran los elementos del ordenamiento en la tradición europea al conformar su estructura preconstitutiva. Es en el ámbito de tales preceptos, en donde se actualiza cualquier pretensión de justicia en el campo jurídico.

Desde esta perspectiva, los criterios de racionalidad se mantienen desde tres enfoques, estrechamente conexiónados entre sí - a pesar de la prevalencia directa de

alguno de ellos en cada una de las expresiones de la racionalidad práctica - cuyas directrices son:

- a) Cómo debe ser la persona capaz de llevar a cabo su función como sujeto de Derecho ("honeste vivere").
- b) Cómo debe responder cada persona por las consecuencias de sus propios actos, frente a los demás, dentro de los vínculos que la convivencia común haya establecido con ellos por la eficacia de la estrecha sociabilidad propia de la vida humana ("alterum non laedere").
- c) La responsabilidad de la autoridad pública frente a la comunidad y a cada uno de sus miembros (también la responsabilidad de los árbitros particulares, con respecto a las partes litigantes), conlleva garantizar la seguridad común y la paz interna, con el deber de otorgar a cada uno la libertad de su propia vía de realización ("suum cuique tribuere").

ABREVIATURAS

- A.A.C.F.S. Anales de la Cátedra de Francisco Suarez.
- A.A.F.G.G. Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova.
- A.A.F.G.Pe. Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia.
- A.A.M.N. Anales de la Academia Matritense del Notariado.
- A.A.P. Annali di Palermo.
- A.A.U.CH. Anales de la Universidad de Chile.
- A.A.U.G. Annales de l'Université de Grenoble.
- A.A.U.M. Anales de la Universidad de Murcia.
- A.A.U.Pa. Annali della Università di Palermo.
- A.A.U.V. Anales de la Universidad de Valladolid.
- A.A.U.T. Annali della Università di Trieste.

- A.C.P. Archiv für die Civilistische Praxis
- A.D.C. Anuario de Derecho Civil.
- A.D.P. Anuario de Derecho Penal.
- A.E.R. American Economic Review.
- A.G. Archivio Giuridico.
- A.H.D.E. Anuario de Historia del Derecho Español.
- A.I.I.P.D. Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit
- A.P.D. Archives de Philosophie du Droit.
- A.R.S.P. Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie.
- A.S.G.U.C. Anuario del Seminario Giuridico dell' Università di Catania.
- A.S.R. American Sociological Review.
- B.I.D.R. Bull. Istituto di Diritto Romano.
- C.C. Código Civil.
- C. Co. Código de Comercio.
- C.E. Constitución Española.
- C.L.R. Columbia Law Review.

- C.L.R. Columbia Law Review.
- C.N.R.S. Centro National de la Recherche Scientifique.
- C.P. Código Penal.
- C.P.C. Código de Procedimiento Civil.
- C.P.Co. Código de Procedimiento Comercial.
- D.I. Digesto Italiano.
- D.J. Documentación Jurídica.
- Droits R.F.T.J. Droits. Revue Française de Théorie Juridique.
- E.D. Enciclopedia del Diritto.
- E.G.I. Enciclopedia Giuridica Italiana.
- E.J.E. Enciclopedia Jurídica Española.
- F.C. Foro Canario.
- F.G. Foro Gallego.
- F.I. Foro Italiano.
- F.L.R. Fordham Law Review.
- F.P. Foro de Padova.
- Har. L.R. Harvard Law Review.

- Has. L.R. Hastings Law Review.
- J. Jus.
- J.A.J.S. Journal of the American Judicature Society.
- J.C.P. Juris Classeur Périodique.
- J.L.P.C. Journal of Legal and Political Sociology.
- J.Ph. Journal of Philosophy.
- L.A. Ley de Arbitraje.
- L.A.R. Ley de Arrendamientos Rústicos.
- L.A.U. Ley de Arrendamientos Urbanos.
- L.E.C. Ley de Enjuiciamiento Civil.
- L.E.Cr. Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- L.E.F. Ley de Expropiación Forzosa.
- L.G.D.J. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- L.H. Ley Hipotecaria.
- L.J.C. Ley de la Jurisdicción Contenciosa.
- L.O.P.J. Ley Orgánica del Poder Judicial.

- P.W. Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft
- R.A. Revue de l'Arbitrage.
- R.C. Revue Critique.
- R.C.D. Revista Cubana de Derecho.
- R.C.D.I. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
- R.C.D.P. Rivista Critica di Diritto Privato.
- R.C.L.J. Revue Critique de Legislation et Jurisprudence.
- R.C.V.A. Revista del Círculo Vasco de Arbitraje.
- R.D.B. Revue de Droit Belgue.
- R.D.C. Rivista di Diritto Civile.
- R.D.Co. Rivista di Diritto Commerciale.
- R.D.E.A. Revista de Derecho Español y Americano.
- R.D.I. Revista de Derecho Internacional.
- R.D.J. Revista de Derecho Judicial.
- R.D.M. Revista de Derecho Mercantil.

- R.D.N. Revista de Derecho Notarial.
- R.D.P. Revista de Derecho Privado.
- R.D.Por. Revista de Derecho Portorriqueño.
- R.D.Pro. Revista de Derecho Procesal.
- R.D.Pro. (italiana) Revista di Diritto Processuale.
- R.D.P.C. Rivista di Diritto Processuale Civile.
- R.D.P.I. Revista de Derecho Procesal Iberoamericano.
- R.D. Pubbl. Rivista di Diritto Pubblico.
- R.D.Publ. Revue de Droit Public.
- R.E.J. Revista de Estudios Jurídicos.
- R.F. Rivista di Filosofia.
- R.F.D. (U.C.M.) Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Complutense de Madrid).
- R.F.D. y CC.PP. (U.A.) Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Autónoma).
- R.F.T.J. Revue Française de Théorie Juridique.

- R.G.A. Revue Générale d'Administration.
- R.G.D. Revista General del Derecho.
- R.G.D.J. Revue Générale du Droit de la Législation et de la Jurisprudence.
- R.G.L.J. Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
- R.H. Reglamento Hipotecario.
- R.I.D. Revista Investigación y Derecho.
- R.I.D.C. Revue International de Droit Comparé.
- R.I.D.F. Revista Italiana di Diritto Finanziario.
- R.I.D.P. Rivista Italiana di Diritto Penale.
- R.I.F.D. Rivista International di Filosofia del Diritto.
- R.I.S. Revista Italiana de Sociología.
- R.I.S.G. Rivista Italiana per la Scienza Giuridiche.
- R.J.C. Revista Jurídica de Cataluña.
- R.J.E. La Ley Revista Jurídica Española La Ley.
- R.M. Review of Metaphysics.

- R.O. Revista de Occidente.
- R.P.J. Revista del Poder judicial.
- R.S. Rivista di Scienza
- R.T. Revista dos Tribunais,
- R.T.D.C. Revue Trimestrielle de Droit Ci-
vil.
- R.T.D.P.C. Rivista Trimestrale di Diritto e
Procedura Civile.
- R.U. Revista Universidad.
- S.C.L.R. Southern California Law Review.
- S.S. Sentencias del Tribunal Supremo.
- T.S. Tribunal Supremo.
- U.CH.L.R. University of Chicago Law Review.
- Y.L.J. Yale Law Journal.

BIBLIOGRAFIA

- AARNIO, A.: - "The rational as reasonable: A treatise of legal justification", Reidel, Dordrecht 1987.
- ABERCROMBIE, N.: - "The anatomy of judgement. An investigation into the processes of perception and reasoning", Penguin Books, New York 1985.
- ADDEO, P.: - "Sul concetto di equilibrio economico nei contratti onerosi", R.D.Co., 1920.
- ADLER, M.: - "The idea of freedom. A dialectical examination of the conceptions of freedom", Greenwood Press, Westport 1973.
- AKIL, F.: - "Averroes. Su filosofía de la jurisdicción y su teoría de la jurisprudencia" (Tesis), Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 1970-1971.
- ALBALADEJO, J.: - "La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato", R.D.P. 361, 1947.
- "La mora en las obligaciones recíprocas", R.C.D.I. 464, 1968.
- "Derecho Civil", t. II, vol. 1, Bosch, Barcelona 1983.
- ALBANESE, B.: - "Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del Diritto", J, 10, 1959, IV.
- ALBERICI: - "Il dovere precontrattuale di

buona fede, analisi delle giurisprudenza", en Rass, Dir. Civ. 1982.

- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N.: - "Notas relativas al concepto de Jurisdicción", en "Estudios de teoría general e historia del proceso" (1945-1972) I, Universidad Nacional Autónoma, México 1974, pp. 29 y ss.
- ALEXY, R.: - "Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.
- ALMAGRO NOSETE, J.: - "Garantías constitucionales del proceso civil", Justicia, 1981.
- "Artículo 24", Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española de 1978, t. III, Edersa, Madrid 1983, pp. 19 y ss.
- ALMAGRO NOSETE Y OTROS: - "La Jurisdicción" en "Derecho Procesal", t. I, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia 1990, pp. 47 y ss.
- ALONSO PEREZ, M.: - "Sobre la esencia del contrato bilateral", Universidad de Salamanca, 1967.
- ALVARADO VELLOSO, A.: - "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses", R.C.V.A. III, 1, 1988.
- ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A.: - "El enriquecimiento sin causa". Comares, Granada 1989.
- ALVAREZ ROBLES, A.: - "La seguridad en los negocios jurídicos" en Estudios jurídicos del Colegio Notarial de Barcelona 1979.

- ALVAREZ VIGARAY, R.: - "El efecto automático de la compensación" en "Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. J. Castan Tobeñas", IV, Pamplona 1969, pp. 39 y ss.
- "La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento", Comares, Granada 1972.
- ALLORIO, E.: - "El ordenamiento jurídico en el prisma de la declaración judicial", Trad. de Sentis Melendo, Europa-América, Buenos Aires 1958.
- AMADEO, T.: - "La función social", Museo Social Argentino, Buenos Aires 1929.
- AMBROSETTI, G.: - "Racionalità e storicità del Diritto", Giuffrè, Milano 1953.
- AMOROS GUARDIOLA, M.: - "La protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales: el requisito de la buena fe", A.D.C. XXV, 1972, pp. 189 y ss.
- ANDREOLI, G.: - "Contributo alla teoria dell'adempimento", Padova 1937.
- ANDRONESCO: - "L'inégalité des prestations dans le contrat", París 1922.
- ANGEL YAGÜEZ, R.: - "Lecciones sobre responsabilidad civil". Universidad de Deusto, 1978.
- ANSON: - "Principles of the English Law of Contracts", Oxford 1940.
- ARAGONESES, P.: - "Sentencias congruentes (Preten-sión. Oposición. Fallo)", Aguilar, Madrid 1957.

- ARECHEDERRA, L.I.: - "La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual", Montecorvo, Madrid 1978.
- ARIAS RANOS, J.: - "En torno a la génesis del enriquecimiento infundado", R.J.C., 1952.
- ARISTOTELES: - "Ética a Nicómaco".
- "Retórica".
- ARTHAUD, C.: - "De la bonne foi et des effets en matière civile", (Thèse), Paris 1874.
- ARRILLAGA, J.I.: - Voz "Compensación", N.E.J., Seix.
- ARROW, K.: - "Le dimensioni dello svantaggio", Fond L. Einaudi, Torino 1978.
- ARROYO CAMACHO, D.: - "Algunas causales de terminación de los contratos y sus denominaciones", Arias Fábrega y Fábrega, Panamá 1986.
- ARROYO DEL RIO: - "Compensaciones de créditos", R.C.D., 1933.
- ASCARELLI, T.: - "Arbitri e arbitratori", en "Studi in tema di contratti", I, Milano 1952.
- "Certeza del Diritto e autonomia delle parti" en "Problemi giuridici", I, Milano 1959.
- ASHBURNER, W.: - "Principles of Equity", Browne Butterworth, London 1933.
- ASTUTI, G.: - Voz "Compensazione", E.D.

- ATIAS, CH.: - "Judges, jurists and legal knowledge", A.R.S.P., LXXIV/13, 1988, pp. 368 y ss.
- "Contra arbitrariedad, teoría", Edersa, Madrid 1988.
- ATYAH, P.S.: - "The rise and fall of freedom of contract", Clarendon Press, Oxford, 1979.
- "Promises, morals and law", Clarendon Press, Oxford 1981.
- ATYAH, P.S. y SUMMERS, R.S.: - "Form and substance in anglo-american law. A comparative study in legal reasoning, legal theory and legal institutions", Oxford 1987.
- ATTARD ALONSO, E.: - "En torno a la cláusula "rebus sic stantibus"", Domenech, Valencia 1956.
- ATTARDI, A.: - "L'interesse ad agire", Cedam, Padova 1955.
- AUBENQUE, P.: - "La prudence chez Aristote", P.U.F., Paris 1976.
- AULETTA, G.: - "La risoluzione per inadempimento", Milano 1942.
- "Importanza dell'inadempimento e diffide ad adempire", R.T.D.P.C., 1955.
- AZARD: - "Instabilité monétaire et notion d'Équivalence dans le contrat", J.C.P., I, 1957.
- AZZARITI, G.: - "Premesse per uno studio sul potere discrezionale", en "Scritti in onore di M.S. Giannini", Milano

1988, pp. 89 y ss.

- BADENES GASSET, R.:** - "El riesgo imprevisible", Bosch, Barcelona 1946.
- "Obligación de resarcir el daño causado: ¿Con referencia a qué fecha debe el juez evaluarlo?" R.I.D.C., enero-junio 1955.
- BADOSA COLL, F.:** - "La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil". Real Colegio de España, Bolonia 1987.
- BAESTNAGEL:** - "De aequitate in iure romano", B.I.D.R., XLV, 1938, pp. 367 y ss.
- BAGOLINI, L.:** - "Definizione del Diritto e visioni della giustizia". A.A.F.G.G., 1964.
- BAGOLINI, L.:** - "Giustizia e società", Dino Edit., Roma 1983.
- BALIS:** - "Dommages-intérêts dûs pour retard dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent", R.C.L.J., 1934.
- BALLESTEROS, J.:** - "Notas sobre la alteridad del Derecho en la Filosofía jurídica actual italiana", Universidad de Granada, 1973.
- "Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica", Tecnos, Madrid 1986.
- BARASSI, L.:** - "Teoria generale delle obbligazioni", 3 vols., Milano 1964.
- BARATTA, A.:** - "Responsabilità civile e certe-

- zza del Diritto", R.I.F.D., XLII, 1965.
- BARBERIS, M.: - "Equità", "Il mulino", 304a XXXV, n. 2, marzo-abril, 1986, pp. 304 y ss.
- BARBERO, D.: - "Del diritto soggettivo", J. 1952, pp. 326 y ss.
- BARBIERA, L.: - "L'ingiustificato arricchimento", Jovene, Napoli 1964.
- BARCELLONA, P.: - "Ruolo del giudice e forme della mediacine", en "Stato e Magistratura nella crisi", Venezia 1979, pp. 19 y ss.
- "Formazione e sviluppo del Diritto privato moderno", Jovene, Napoli 1987.
- BARTHOLOMEYCZIK, H.: - "Äquivalenzprinzip. Wertgleichheit und Gegengewichts Prinzipien der modernen Rechtsentwicklung", A.C.P., 166, 1966, pp. 30 y ss.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. y BARDE, L.: - "Des obligations", en el "Traité théorique et pratique de Droit civil", t. II, Paris 1907.
- BEDUSCHI, G.: - "Tipicità e Diritto. Contributo allo studio del racionalismo giuridico", Patron, Bologna 1984.
- BEHRENS, P.: - "Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz", Mohr, Tübingen 1986.
- BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, I.: - "El cumplimiento de las obligaciones", Edit. R.D.P.,

Madrid 1956.

- BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS, P.: - "La obligación: (concepto, estructura y fuentes)", Edit. R.D.P., Madrid 1989.
- BENATTI, F.: - "La responsabilità precontrattuale dei contratti", Padova 1972.
- BERLIN, I.: - "Equality", PAS 1956, pp. 301 y ss.
- BERNALDO DE QUIROS, D.C.: - Voz "Arbitrio Judicial", E.J.E. Seix.
- BERTRAND, E.: - "L'arbitrage en Droit privé. Étude de sociologie juridique", La Documentation Française, 1979.
- BESSONE, M.: - "Rapporto precontrattuale e doveri de correttezza", A.A.F.G.G., 1971.
- "Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno "ingiusto", Giurisprudenza di merito I, 1978, pp. 1162 y ss.
- BETTI, E.: - Voz "Interesse", Nov. D.I.
- "Teoría general de las obligaciones", Trad. de J.L. de los Mozos, 2 vols., Edit. R.D.P., Madrid 1969-70.
- "Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos", Trad. J.L. de los Mozos, Edit. R.D.P., Madrid 1975.
- BIANCA, C.M.: - "L'autonomia dell'interprete a proposito del problema della responsabilità contrattuale", R.D.C., I, 1964, pp. 478 y ss.

- "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", R.D.C., I, 1983, pp. 205 y ss.
- BIONDI, B.:**
- "In tema di potere discrezionale del giudice", R.D. Pro. (italiana), 1928, pp. 228 y ss.
 - Voz "Compensazione", en Nov. D.I.
 - "Equità e buona fede" en "Scritti giuridici", I, Milano 1965, pp. 93 y ss.
- BLAU, P.M.:**
- "Exchange and power in social life", Wiley, New York 1964.
- BOBBIO, N.:**
- "La certezza del Diritto è un mito?", R.I.F.D., XXVIII, 1951.
- BODENHEIMER, E.:**
- "Jurisprudence. The Philosophy and method of the Law", Harward University Press, Cambridge 1974.
- BOEHMER, G.:**
- "La creación judicial del Derecho: El Derecho a través de la jurisprudencia. Su aplicación y creación", Bosch, Barcelona 1959.
- BONASI BENUCCI, E.:**
- "La responsabilidad civil", trad. Bosch, Barcelona 1957.
- BONET CORREA, J.:**
- "Los actos contrarios a las normas y sus sanciones", A.D.C., 1976, pp. 309 y ss.
 - "Las deudas de dinero", Civitas, Madrid 1981.
- BONET NAVARRO, A.:**
- "Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad", Institución Fernando el Católico (C.S.I.C.), nº 799.

- BONET RAMON, F.: - "La equidad en los ordenamientos jurídicos privados", R.F.D. (UCM), 4, 1960, pp. 287 y ss.
- "La prestación y la causa debitoria", R.D.P., LII, 1968, pp. 227 y ss.
- "Perspectivas de la responsabilidad civil", (Discurso), Madrid 1975.
- BONFANTE, P.: - "L'equità", R.D.C., XV, 1923, pp. 190 y ss.
- BONVICINI, E.: - "La responsabilità per i danni nel Diritto delle obbligazione", Giuffrè, Milano 1963.
- BORRELL SOLER, A.M.: - "Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles", Bosch, Barcelona 1954.
- BOSELLI, A.: - "La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità", Torino 1952.
- BOZZI, R.: - "Diritto soggettivo e interesse", N.D.I.
- BRAYBROOKE, D.: - "A strategy of decision: policy evaluation as a social process", Lindblom, New York 1970.
- BRECCIA, U.: - "Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffrè, Milano 1968.
- BREDEMEIER, H.C.: - "La teoria funzionale del Diritto", Milano 1983.
- BRETON, S.: - "Les effets civils de la bonne

- foi", R.C.D.I., XLVI, 1926.
- BROGGINI, G..** - "Equità. Aspetti storici e comparativistici" en "L'equità", Giuffrè, Milano 1975.
- BROWN, B.F.:** - "Equity in the Law of United States of America" en "Equity in the World's Legal System", Ed. R. Newman, Bruselas 1973, pp. 205 y ss.
- BRUGI, B.:** - "L'equità e il Diritto positivo", R.I.F.D., 1923, pp. 453 y ss.
- BRUNETTI, G.:** - "Norme e regole finali nel Diritto", Edizione Scientifiche Italiane, Università di Camerino, 1979.
- BUCH, H., FORIERS, P. y PERELMAN, CH.:** - "L'égalité", Bruylant, Bruselles 1971.
- BUCHANAN Y CORDON:** - "The calculus of consens", Michigan University Press, 1972.
- BUEN, D. de:** - "Las normas jurídicas y la función judicial (alrededor de los artículos 5 y 6 del Código Civil)", R.G.L.J., 129, 1916, pp. 351 y ss.
- "Introducción al estudio de Derecho Civil", Edit. R.D.P. Madrid 1932.
- BURNET, D.A.:** - "Dworkin and Pound", A.R.S.P., LXXI/2, 1985, pp. 234 y ss.
- BURTON:** - "L'esecuzione del contratto secondo buona fede", R.C.D.P., 1984, pp. 13 y ss.

- BUSTAMANTE MONTORO, A.S.: - "Ensayo de valoración", La Habana 1931.
- CAEMMERER, E.: - "Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause", R.I.D.C., 18, 1966, pp. 573 y ss.
- CAHN, E.: - "The sense of injustice", New York University Press, 1949.
- CAIANI, L.: - "Il giudizi di valore nell'interpretazione giuridica", Padova 1954.
- CALAMANDREI, P.: - "Diritto ed equità nell'arbitrato", R.D.Pro. (italiana), II, 1930, pp. 63 y ss.
- "Il significato costituzionale delle giurisdizione di equità" en "Studi sul processo civile" III, Padova 1930.
- CALASSO, F.: - "Equità. Premessa storica en "Storicità del Diritto", Milano 1966.
- CALASSO, F., FROSINI, V., ROMANO, S., NASI, A., FEDELE, P.: - Voz "Equità", E.D.
- CALVILLO MARTINEZ, J.: - "Promesa bilateral de comprar y vender: efectos que produce su incumplimiento (en torno a la Sentencia de 1 de julio de 1950)", R.G.L.J., mayo 1951.
- CAMACHO EVANGELISTA, F.: - "La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones", Universidad de Granada, 1962.
- CAMARA, M. de la y DIEZ PICAZO, L.: - "Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa", Civitas, Madrid 1988.

- CAMPANINI, G.: - "Ragione e volontà nella legge", Giuffrè, Milano 1965.
- CANDIL, F.: - "La cláusula rebus sic stantibus", (Discurso inaugural del curso 1942-43), Universidad de Sevilla, 1942.
- CAPO PORCEL: - "Algunas consideraciones sobre el artículo 1124 del C.C.", F.C., septiembre-diciembre, 1956.
- CAPPELETTI, M.: - "Giudici legislatori?", Giuffrè, Milano 1984.
"Formazioni sociali e interessi di grupo davanti dalla giustizia civile", R.D. Pro. (italiana), julio-septiembre 1975, pp. 362 y ss.
- CARAVELLI: - "Teoría della compensazione", Pisa 1930.
- CARBONNIER, J.: - "Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del Derecho", Tecnos, Madrid 1974.
- "Derecho Civil", vol. II, Trad. Bosch, Barcelona 1979.
- CARCATERRA, A.: - "Intorno ai bonae fidei iudicia", Napoli 1964.
- "Le norme costitutive", Giuffrè, Milano 1974.
- CARDENAL FERNANDEZ, J.: - "El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones", Madrid 1979.
- CARDOZO, B.N.: - "La naturaleza de la función judicial", trad. de E. Ponssa, Arayú, Buenos Aires 1955.

- CARLE, G.: - "La vida del Derecho en sus relaciones con la vida social, estudio comparativo de Filosofía del Derecho", trad., Madrid 1912.
- CARNACINI, T. y VASETTI, M.: - Voz "Arbitri", N.D.I.
- CARNELUTTI, P.: - "Compensazione giudiziale", R.D.Pro. (italiana), 1942.
- "Appunti sull'arbitrato di equità", R.D.Pro (italiana), II, 1953, pp. 173 y ss.
- "La certeza del Derecho", en "Estudios de Derecho Procesal", I, pp. 321 y ss.
- CARON, P.G.: - "Aequitas romana, misericordia patristica ed epicheia aristotelica nella dottrina dell "aequitas canonica" (del origini al rinascimento), Giuffrè, Milano 1971.
- CARRARO, L.: - "La mediazione", Cedam, Padova 1960.
- CARRESI, F.: - "Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico", R.T.D.P.C., I, 1949.
- CASAMAYOR: - "La justicia para todos", Vicens-Vives, Barcelona 1974.
- CASIELLO: - "Desvalorización monetaria", Depalma, Buenos Aires 1961.
- CASSIN: - "Refléxion sur le résolution judiciaire des contrats pour exécution" en R.T.D.C., 1945.
- CASSIRER, E.: - "An essay on man. An introduc-

tion to a philosophy of human culture", Yale University Press, 1944.

CASTAN TOBEÑAS, J.:

- "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. Metodología y técnica operatoria en Derecho privado positivo", Reus, Madrid 1947.

- "La idea de equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines". (Discurso de apertura de los Tribunales), Reus, Madrid 1950.

- "La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea", (Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas), Reus, Madrid 1950.

- "La formulación judicial del Derecho. (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)", Reus, Madrid 1954.

- "Situaciones jurídicas subjetivas", Reus, Madrid 1963.

- "Derecho Civil español común y foral", t. III, Reus, Madrid 1986.

CASTAÑEDA, H.N.:

- "Intentionality and identity in human action and philosophical method", Noûs, 13, 1979, pp. 235 y ss.

- "Practical reason, reason for doing and intentional action", Theoria, 4, 1986-1987, pp. 71 y ss.

CASTONI, G.B.:

- "El divieto di ingiusto arricchimento come principio generale del Diritto", R.D.C., 1926, pp. 340 y ss.

CASTRILLO, J.:

- "La guerra y los contratos", R.D.P., 1940, pp. 79 y ss.

- "Autonomía y heteronomía de la voluntad", A.D.C., 1949.
- CASTRO Y BRAVO, F. de: - "La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)", A.D.C., octubre-diciembre, 1950.
- "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", A.D.C., 1982, pp. 987 y ss.
- "Derecho civil de España", Civitas, Madrid 1984.
- CASTRO LUCINI, F.: - "Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del Prof. F. de Castro", A.D.C., octubre-diciembre, 1983.
- CATANIA, A.: - "Decisione e norme", Jovene, Napoli 1979.
- CAZZANIGA, F.: - "L'equità e le sue applicazioni", Dumolard, Milano 1988.
- CESARINI-SFORZA, W.: - "Il concetto del Diritto e la giurisprudenza integrale", Milano 1913.
- "Aventure del diritto soggettivo", Roma 1941.
- "Sul concetto di obbligo", R.I.F.D., 1963, p. 435 y ss.
- CICERON: - "De officiis".
- "Tópica".
- "De legibus".
- CICU, A.: - "La compensazione dei debiti nei nuovi Codici", R.D.C., 1947.
- CIURO CALDANI, M.A.: - "Meditaciones sobre la razón en

- el Derecho", en "Reason in Law", III, Milano 1988, pp. 237 y ss.
- CLEMENTE DE DIEGO, F.: - "El art. 6º del C.C. y el llamado Derecho judicial", (Discurso inaugural del curso 1940-1941 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid 1942.
- "Instituciones de Derecho Civil español", t. II, Madrid 1959.
- CÔET, Ph.: - "Les notions-cadres dans le Code Civil. Etude des lacunes intra legem", (Thèse), Paris 1985.
- COGLIOLO, P.: - "L'interpretazione sociale del Codice civile" en "Scritti vari di Diritto privato", t. I, Torino 1913.
- COHEN, F.S.: - "Reason and Law", Glencoe 1950.
- COHEN, M., NAGEL, T., SCANLON, T.- (contribución de DWOR-
KIN, R.): - "Equality and preferential treatment", Princeton University Press, 1977.
- COING, H.: - "Il concetto dell'obbligazione e la disfunzione tra debito e responsabilità", Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'economia, Diritto sociale", IV, 1951, pp. 22 y ss.
- "Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts", Zeitsch. Sav-Stift LXIX, 1952, pp. 24 y ss.
- COLIN, A. y CAPITANT, H.: - "Curso elemental de Derecho Civil", Notas de De Buen y Batlle, t. III, Reus, Madrid, 1960.

- COMPORTI, M.: - "Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo" en "Studi Santoro-Passarelli", I, Napoli 1972, pp. 715 y ss.
- CONDORELLI, O.: - "Equità e Diritto", A.S.G.U.C., I, 1943, pp. 3 y ss.
- COOK, W.W.: - "Cases and materials on Equity", Ed. A. Seavy Warren (American Cases Book), St. Paul, Minnesota 1940.
- COOKE: - "The Common Law of obligations", Butterworths, London-Edinburg 1989.
- COOPER, D.A.: - "Reason and human good in Aristotle", Cambridge 1975.
- CORRADINI, D.: - "Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto privato", Giuffrè, Milano 1970.
- CORSALE, M.: - "La certez'za del Diritto", Giuffrè, Milano 1970.
- COSENTINO PATTI, M.: - "La compensazione nei suoi aspetti giuridici", Jovene, Napoli 1983.
- COSSIO, A.: - "La concepción anglosajona del Derecho", R.D.P., 361, 1947.
- "Instituciones de Derecho Civil", t. I, Civitas, Madrid 1988.
- COSSIO, C.: - "El Derecho en el Derecho judicial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1967.
- COTTINO, G.: - "L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore", Milano 1955.

- COUCHEZ, G.: - "Référé et arbitrage (essai de bilan... provisoire)", R.A., 1986.
- COWAN, T.H.: - "Le istanze della sicurezza sociale e la Filosofia del Diritto", R.I.F.D., V-VI, 1954.
- CREMADES, B.: - "Estudios sobre arbitraje", Madrid 1977.
- CRISTOBAL MONTES, A.: - "La mora del deudor en los contratos bilaterales", Civitas, Madrid 1984.
- "El pago o cumplimiento de las obligaciones", Tecnos, Madrid 1986.
- "El incumplimiento de las obligaciones", Tecnos, Madrid 1989.
- CUENDET: - "Le faute contractuelle et ses effets", Berna 1970.
- CUTURI: - "Trattato della compensazione", Milano 1909.
- CHABAS, F.: - "Réflexions sur le compensation judiciaire", J.C.P., I, 1966, c2026.
- CHAPMAN, G.: - "Decision making", Routledge and Kegan paul, London 1968.
- CHIPMAN, L.: - "Formal justice and rational individualism", A.R.S.P., 1981, pp. 145 y ss.
- CHECCHINI, A.: - "Rapporti non vincolanti e regola di correttezza", Cedam, Padova 1977.

- CHERCHI: - "Considerazioni sulla buona fede", R.D.C., 1942, pp. 25 y ss.
- CHIARONI: - "La domanda di giustizia nel settore civile", en "Giustizia tra Diritto e organizzazione", Torino 1989, pp. 17 y ss.
- CHILLON MEDINA, J.M. y MERINO MERCHAN, J.F.: - "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", Civitas, Madrid 1978.
- CHIODI, G.M.: - "Equità. La categoria regolativa del Diritto", Guida Edit., Napoli 1989.
- DABIN, J.: - "La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de Droit privé", Sirey, Paris 1929.
- "Le droit subjectif", Dalloz, Paris 1952.
- D'AGOSTINO, F.: - "L'equità come limite trascendentale del Diritto", R.I.F.D., 1974, pp. 413 y ss.
- "L'equità", Milano 1975.
- "Dimensioni dell'equità", Giappichelli, Torino 1977.
- DAICHES, D.R.: - "Equality and Equity" en "Philosophy", 1946, pp. 118 y ss.
- DALMARTELLO: - "Appunti in tema di contratti reali, contratti restitutori e contratti sinallagmatici", R.D.C., 1955, pp. 834 y ss.
- D'AMATI, N.: - "La diversità degli ordinamenti giuridici positivi e il concetto

- universale di giustizia",
R.I.F.D., 1954.
- D'ANGELO, S.: - "De aequitate in Codice Iuris Canonici", Periodica de re morali, canonica, liturgica, 1927, pp. 210 y ss.
- DARBELLAY, J.: - "La règle juridique. Son fondement moral et social", Editions de L'oeuvre St. Augustin, St. Maurice 1945.
- DAVID, R.: - "Les grands systems de Droit contemporain", Dalloz, Paris 1978.
- DAVIES, D.J.: - "Equity in English Law" en el vol. "Equity in the World's Legal Systems", Ed. por R. Newman, Bruselas 1973, pp. 159 y ss.
- DAWSON: - "Unjust enrichment. A comparative analysis", Boston 1951.
- DECUGIS, H.: - "Les étapes du Droit dès origines à nos jours", t. II, Sirey, Paris 1946.
- DELGADO OCANDO, J.M.: - "Programa de Filosofía del Derecho actual", Edit. Universitaria LUZ, Maracaibo s.a.
- DELMAS-SAINT HILAIRE: - "L'adaptation du contrat aux circonstances économiques. La tendance à la stabilité du rapport contractuel", Paris 1960.
- DELL'AQUILA, E.: - "La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes", Edit. Universitaria, Salamanca 1979.
- DENNING, A.: - "Freedom under the law", Stevens, London 1986.

- DENTI, V.: - "Contributo allo studio del giudizio di equità nell processo civile", Pavia 1944.
- DERS: - "The basis of legal justification", Lund, 1983.
- DERRET, J.D.M.: - "Justice, equity and good conscience", en "Changing law and developing countries", Ed. J.N.D. Anderson, London 1963, pp. 114 y ss.
- DEVEREUX, D.T.: - "Particular and universal in Aristotle's conception of practical knowledge", R.M., 1986.
- DEVIS ECHANDIA, H.: - "Facultades y deberes del Juez en el moderno proceso civil", en "Estudios de Derecho procesal" I, Bogotá 1979, pp. 255 y ss.
- DEVLIN, P.: - "The judge", Oxford, University Press, 1981.
- DEWEY, J.: - "La busca de la certeza", Fondo de Cultura Económica, Méjico 1952.
- DIAS, R.W.M. y HUGHES, G.B.J.: - "Jurisprudence", Butterworths, London 1985.
- DIAZ CRUZ, M.: - "La cláusula "rebus sic stantibus", R.G.L.J., mayo 1946, pp. 530 y ss.
- "La doctrina del derecho subjetivo (en pro de la independencia de la ciencia jurídica y del mantenimiento de sus conceptos fundamentales)", R.G.L.J, mayo 1947.
- DIAZ PAIRÓ, A.: - "Teoría general de las obligaciones", 2 vols., La Habana 1948.

- DIAZ VALCARCEL, L.: - Voz "Juez", N.E.J. Seix.
- DICKINSON, J.: - "The law behind law", C.L.R., 1929.
- DIEZ-PICAZO, L.: - "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", A.D.C., 1969, pp. 383 y ss.
- "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", t. I, Tecnos, Madrid 1970.
- DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A.: - "Sistema de Derecho Civil", vol. II, Tecnos, Madrid 1982.
- DISTASO, N.: - "Causa e simultaneità del sinallagma funzionale nell'esecuzione de contratti con prestazioni corrispettive", en Giurisprudenza completa della Corte d' Cassazione Civile, serie II, vol. XXVII, año 1948, 2º trimestre, Roma 1949, pp. 120 y ss.
- DJUVARA: - "Droit rationnel et Droit positif" en "Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de F. Geny", I, Sirey, Paris 1934.
- DONAGAN, A.: - "Human ends and human actions", Milwaukee 1985.
- DONATI, B.: - "Dottrina pitagorica e aristotelica della giustizia", Moderna 1911.
- "Sul principio di equità", A.A.F.G.P., 1913, pp. 351 y ss.
- DORF: - "Les dimensions du Droit", L.G.D.J., Paris 1978.

- d'ORS, A.: - "De la "prudentia iuris" a la jurisprudencia del Tribunal Supremo", I.J., 1947
- "Para una interpretación realista del artículo 6 del Código Civil Español" en "Studi E. Betti, Milano 1962, pp. 117 y ss.
- DROMI, J.R.: - "Derecho subjetivo y responsabilidad pública", Grouz, Madrid 1986.
- DUALDE, J.: - "Una revolución en la lógica del Derecho. (Concepto de la interpretación del Derecho privado)", Barcelona 1933.
- DUBOC, G.: - "La compensation et les droits des tiers", L.G.D.J., Paris 1989.
- DUGUIT, L. y KELSEN, H.: - "La notion du droit subje-tif dans le Droit privé", Paris 1931.
- DURANT, P.: - "Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privé", Paris 1961.
- DURRANT, R.G.: - "Promising", J.Ph., 44, 1963.
- DUXBURY, N.: - "Human security and the basic norm", A.R.S.P., LXXVI/2, 1990, pp. 184 y ss.
- DWORKIN, R. y MACCALLUM, G.: - "Symposium on "Judicial Discretion", J.Ph., 1963.
- DWORKIN, R.: - "The model of rules", U.C.H.L.R., 1967.
- "Equality and preferential treatment", Princeton University Press, 1977.

- "Los derechos en serio", trad. Ariel, Barcelona 1984.
- "A matter of principle", Harvard University Press, Cambridge 1985.
- "Law's Empire", Harvard University Press, Cambridge 1986.
- EBEL:** - "Berichtung, transactio und Vergleich, Untersuchungen zu Schuldversprechen und Vergleichsvertrag des Zivilrechts", Tübingen 1978.
- ENGISH, K.:** - "La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales", trad. Edic. Universidad de Navarra, Pamplona 1968.
- ENNECCERUS-LEHMANN, H.:** - "Derecho de Obligaciones", t. II, vol. 1, trad. y notas de Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona 1954.
- ENTENZA ESCOBAR:** - "El incumplimiento de las obligaciones", R.D.Por., 1963, pp. 38 y ss.
- ENTRENA KLETT, C.M.:** - "La efectividad de la tutela jurídica en nuestro Derecho", septiembre 1983, pp. 51 y ss.
- ESAN:** - "La excepción de incumplimiento contractual", A.D.C., 1964.
- ESPERT, V.:** - "La frustración del fin del contrato", Tecnos, Madrid 1968.
- ESPIN CANOVAS, D.:** - "Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado", Murcia 1954.
- "Tendencias modificadoras de la

categoría de contrato bilateral" en "Homenaje al Prof. N. Pérez Serrano, Madrid 1959, pp. 445 y ss.

- "La excepción de incumplimiento contractual", A.D.C., 1964, pp. 543 y ss.

- "Manual de Derecho Civil", vol. III, Edit. R.D.P., Madrid 1983.

ESPINAR LAFUENTE, F.:

- "Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas" en Estudios de Homenaje a Castán Tobeñas, Edit. Universidad de Navarra, Pamplona 1969, pp. 111 y ss.

ESPUNY GOMEZ, T.:

- "Perfil y límites del enriquecimiento infundado", R.J.C., LXIX, 1952.

ESSER, J.:

- "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado", trad. Bosch, Barcelona 1961.

- "Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del Diritto: Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice", Edizione Scientifiche Italiane, Napoli 1983.

FAGGELLA:

- "Dei periodi precontrattuali" en "Studi Giuridici in onore de C. Fadda", III, pp. 271 y ss.

FAIREN, V.:

- "El proceso como satisfacción jurídica" en "Temas de ordenamiento procesal", I, Madrid 1969.

FARINA, J.M.:

- "Rescisión y resolución de los contratos", Rosario 1965.

- FASCHINI: - "La compensazione nell fallimento", Napoli 1965.
- FASSÒ, G.: - "La legge de la ragione". Il Mulino, Bologna 1964.
- "Società, legge e ragione", Comunità, Milano 1974.
- FEDELE, P.: - "Aequitas canonica" en "Atti del Colloquio romanistico-canonistico, Pontificia Università Lateranense, Roma 1979.
- FEINBERG, J.: - "Rights, justice and the bounds of liberty", Princeton, 1980.
- FENECH, M.: - "El arbitraje", R.I.D.C., 3, 1954, pp. 182 y ss.
- FERGUSON, J.F.: - "The philosophy of equality", Washington 1943.
- FERNANDEZ CANTOS, J.L.: - "La resolución de los contratos por causa de incumplimiento (Requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1124)", R.G.L.J., julio-agosto 1960.
- FERNANDEZ GONZALEZ, J.: - "Algunas consideraciones generales acerca del carácter social que debe imprimirse al Derecho para que éste responda a su naturaleza, al bien de la sociedad y a los fines humanos", Discurso de apertura en la Universidad de Valladolid, 1926.
- FERNANDEZ RODRIGUEZ, C.R.: - "La cláusula "rebus sic stantibus" (Comentario a la sentencia de 17 de marzo de 1957)", A.D.C., XI-4, 1958, pp. 1267 y ss.

- FERNANDEZ SERRANO: - "Sobre los arbitrajes de Derecho privado", R.J.C., 1954.
- FERRANTE, M.: - "Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni", Milano 1947.
- FERRARA, F.: - "Potere del legislatore e funzione del giudice", R.D.C., 1911.
- FERRARI, G.: - "La funzione del Diritto", Giuffrè, Milano 1987.
- "La giustizia e il giudice", Cedam, Padova 1989.
- FERREIRA RUBIO, D.M.: - "Algunas reflexiones acerca de la relación jurídica, seguridad y justicia", R.G.L.J., t. LXXXI, 1980, pp. 459 y ss.
- "El principio general de la buena fe", (Tesis), Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1982.
- FERREIRO-RODRIGUEZ LAGO, F.: - "Los arbitrajes de Derecho privado", Aranzadi, Bilbao 1954.
- FIALLOS OYANGUREN: - "Enfoque pragmático del racionalismo jurídico", (Tesis), El Centroamericano, León (Nicaragua) 1957.
- FIGA FAURA, L.: - "Las equidades (con especial consideración de la equidad mercantil)", en "Homenaje a Juan Vallet de Goytisolo", Consejo General del Notariado, Madrid 1988.
- FILANGIER, G.: - "La certezza giuridica" en "Scienza della legislazione", Texto mecanografiado sin portada ni cubierta.



- FISCHER, A.:** - "Los daños civiles y su reparación", Trad. de W. Roces, Madrid 1928.
- FOLGADO, A.:** - "Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos juristas españoles del siglo XVI", San Lorenzo de El Escorial 1960.
- FORCHIELLI, P.:** - "Compensazione giudiziale e omogeneità dei crediti", Unione Tipografica Editrice, Torino 1951.
- FRANCESCHELLI:** - "La svalutazione monetaria come causa di risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità" en "Temi", 1949.
- FRANCISCI, de:** - "Synallagma", II, Pavia 1916.
- FRANK, I.:** - "Fate and Freedom", New York 1945.
- FRE, M.:** - "Schemi giuridici e rapporti di interessi", Padova 1972.
- FREUND, J.:** - "An analysis of judicial reasoning", en "Law and Philosophy, Hooks, S., New York University Press, 1964.
- "Sociologie du conflict", P.U.F., Paris 1983.
- PREZZA, P.:** - "Fides bona" en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milano 1975.
- FRIEDMAN, L.M.:** - "The legal system: A social science perspective", Russell Sage, New York 1977.
- FROSINI, V.:** - "La struttura giuridica del giudizio d'equità" en "Teoremi e pro-

- blemi di scienza giuridica", Giuffrè, Milano 1971.
- FUBINI, R.: - "Incumplimiento del contrato por parte del deudor, sus consecuencias para la actuación del acreedor", R.D.P., noviembre 1929, pp. 353 y ss.
- FUCHS, W.: - "Fatto e conseguenza giuridica", R.I.F.D., septiembre 1978.
- FUENMAYOR, A.: - "La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos", A.D.C., 1950, pp. 1189 y ss.
- "Alcance del principio constitucional de igualdad", A.D.C., octubre-diciembre 1983.
- FUEYO ALVAREZ, J.: - "El sentido del Derecho y el Estado moderno", A.F.D., 1953.
- FUEYO LANERI, F.. - "La reajustabilidad del valor de la deuda de dinero como requisito del pago efectivo cualquiera que sea la fuente de la obligación", R.G.L.J., 1976.
- FULLER y PERDUE: - "The reliance interest in contract damages", 46, Y.L.J., 1936.
- "Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza", trad. y comentarios de Puig Brutau, Barcelona 1957.
- FURNO: - "Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato", R.D.Pro (italiana), II, 1951, pp. 157 y ss.
- GABRIEL, L.: - "Lógica integral: la verdad del todo", trad. Gredos, Madrid 1971.

- GABRIELLI, G.: - "Recesso e risoluzione per inadempimento", R.T.D.P., 1974, pp. 725 y ss.
- GALFO RUTA: - "La buona fede e la sua applicazione", Catania 1899.
- GALOPPINI, A.: - "Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale", R.T.D.P.C., 1965, pp. 1386 y ss.
- GALSTON: - "Justice and the human good", University of Chicago Press, 1980.
- GALLARDO RUEDA, A.: - "La voluntad privada y la génesis de los derechos subjetivos", R.C.D.I., 1944.
- GAMMAL, M.M. el: - "L'adaptation du contrat aux circonstances économiques", L.G.D.J., París 1967.
- GANGI, C.: - "Le obbligazioni". Parte generale. Lezioni tenute nella R. Università di Milano nell'anno accademico 1940-1941, Raccolte e compilate da ... F. Cisotti, Giuffrè, Milano 1941.
- GARBAGNATI, E.: - "Azione ed interesse", en "Scritti giuridici in onore de F. Rovelli", pp. 316 y ss., Milano 1988.
- GARCIA GOYENA, P.: - "Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español", tomos III y IV, Barcelona 1973.
- GARCIA LOVERNIA, J.: - "Significación y alcance de la equidad en el Título Preliminar del Código Civil", R.J.C., 3, 1975, pp. 515 y ss.

- GARCIA MAYNEZ, E.: - "Doctrina aristotélica de la justicia: Estudio, selección y traducción de textos", Universidad Nacional Autónoma, México 1973.
- GARDIES, J.L.: - "Essai sur le fondement a priori de la rationalité morale et juridique", t. XIV, Bibliothèque de Philosophie du Droit, Paris 1972.
- GARETTO, L.: V. - "Arbitro e arbitratore", (Diritto intermedio), Nov. D.I.,
- GASPARRI, G.: - "Gli interessi umani e il Diritto", Bologna 1951.
- GAVAZZI, G.: - "L'onere tra la libertà e l'obbligo", Giappichelli, Torino 1970.
- GAZZONI, F.: - "Equità e autonomia privata", Giuffrè, Milano 1970.
- GENY, F.: - "Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif", L.G.D.J., Paris 1919.
- "Science et technique en Droit privé positif", Sirey, Paris 1921.
- GERVAIS, A.: - "Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts", t. I, Paris 1961.
- GETE-ALONSO, C.: - "Estructura y función del tipo contractual", (Tesis), Barcelona 1975.
- GHESTIN, J.: - "Les obligations. Le contrat", Paris 1980.
- GIANNINI, A.: - "L'equità", A.G., 1931, pp. 45 y ss.

- GIARDINA, A.: - "Dell'applicazione della legge in generale: ART 16-21", Zanichelli, Bologna 1978.
- GIERKE, O von: - "La función social del Derecho privado", trad. de Navarro de Palencia, Madrid 1904.
- GIORGI, J.: - "Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno", Reus, Madrid 1909.
- GIORGIANNI, M.: - "Pagamento", N.D.I.
- "La obligación", trad. E. Verderra, Barcelona 1958.
- "L'inadempimento", Giuffrè, Milano 1959.
- GIULIANO, M.: - "Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico", Bologna 1965.
- GLASANTI, A.: - "La teoria funzionale del Diritto", a cura de A. Glasanti y V. Pocar, Unicopoli, Milano 1983.
- GOLDFREY Y WILSON: - "The analysis of social change", Cambridge University Press, 1945.
- GOLDING, M.P.: - "Legal reasoning", New York 1984.
- GOLDSCHMIDT, W.: - "Conducta y norma", Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1952.
- GOMEZ-ACEBO, F.: - "La buena fe y la mala fe en la teoría general del Derecho privado", R.D.P., XXXVI, 1952, pp. 101 y ss.
- "La buena y la mala fe: su en-

cuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil", R.D.P., XXXVI, 1952, pp. 192 y ss.

- GOMEZ-FERRER: - "Algunas consideraciones en torno a la cláusula "rebus sic stantibus" en el Derecho interno e internacional", R.D.N., enero-marzo 1970, pp. 103 y ss.
- GOMEZ DE LIAÑO, F.: - "La Jurisdicción", en "Abogacía y proceso", Oviedo 1988, pp. 47 y ss.
- GOMEZ ORBANEJA, E.: - "El ejercicio de los derechos", (Discurso de apertura del curso 1954-1955), Valladolid 1954.
- GONZALEZ, J.: - "Jurisprudencia constructiva", R.C.D.I., 1935.
- GONZALEZ GONZALEZ, A.: - "La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales", Bosch, Barcelona 1987.
- GONZALEZ PALOMINO, J.: - "La compensación y su efecto", (Conferencia), en el vol. "Estudios de Derecho Histórico y Moderno", Colegio Notarial de Barcelona, 1947, pp. 49 y ss.
- GORDON, R.: - "Security, freedom and happiness", Catholic Social Guild., Oxford 1945.
- GORETTI, C.: - "Il valore delle massime d'equità" en "Scritti in onore di F. Carnelutti", I, Padova 1950, pp. 331 y ss.
- GORLA, G.: - "La garanzie reali dell'obbligazione", Giuffrè, Milano 1935.

- GORPHE, F.: - "Le principe de la bonne foi", Dalloz, Paris 1928.
- "Las resoluciones judiciales", trad., Buenos Aires, 1953.
- GOULDNER, A.W.: - "The norm of reciprocity", A.R.S.P., abril 1960, pp. 161 y ss.
- GRAY, J. CH.: - "Giustizia e relatività nell'ordinamento giuridico positivo", Domodossola 1929.
- GRAZIANI: - "L'azione d'ingiustificato arricchimento in Diritto moderno", Napoli 1925.
- GRECO: - "Compensazione giudiciale: presupposti e limiti" en "Temì", 1954, pp. 401 y ss.
- GREENWALT, K.: - "Discretion and judicial decision", C.L.R., 1975.
- GRIFFITH, V.A.: - "Outlines of the Law", Indianapolis 1950.
- GROSSO, G.: - "La crisi della legalità", R.D.C., 1960.
- GUALTIERI, G.: - "Il valore della legge e i fattori pratici della legalità", Milano 1946.
- GUARINO, A., DELLA ROCA F., VECCHIONE, A.: - Voz "Equità", Nov. D.I.
- GUASP, J.: - "Derecho", Madrid 1971.
- GUEULLETTE: - "Des effets juridiques de la guerre sur le contrats", (Thèse),

Paris 1919.

- GUIARA, A.: - "Equità e legalità negli ordinamenti della giurisprudenza", Giuffrè, Milano 1970.
- HAARSCHER, G. and INGER, L. (eds.): - "Justice et argumentation" en "Essais à la mémoire de CH. Perelman", Bruxelles 1986.
- HACKL: - "Aequivalenzstörung und Sittenwidrigkeit" en Der BetriebsBerater 29, 1977, pp. 1412 y ss.
- HAESAERT: - "La forme et le fond juridique", R.D.B., 1934.
- HALL, J.: - "Integrative Jurisprudence" en "Interpretations of Modern Legal Philosophies", 1947.
- "Razón y realidad en el Derecho", trad. Depalma, Buenos Aires 1959.
- "Foundations of jurisprudence", The Bobbs-Merrill Co. Indianapolis, New York 1973.
- HAMLYN: - "The obligation to keep a promise", P.A.S., 1961-1962.
- HANDBURY, H.G. y MAUDSLEY, R.H.: - "Modern Equity", Stevens & Sons, London 1989.
- HANFLING: - "Promises, games and institution", P.A.S., 13, 1975.
- HARDIE, W.F.R.: - "Aristotle's ethical theory", Clarendon Press, Oxford 1968.
- HARE, R.M.: - "Freedom and Reason", Clarendon

Press, Oxford 1963.

- HART, H.L.A.:**
- "Il concetto de obbligo", R.F., 57, 1966, pp. 125 y ss.
 - "Promises and obligations" en "Law morality and society", Oxford 1977, pp. 210 y ss.
- HARRISON, J.:**
- "Knowing and promising", Mind LXXI, 1962.
- HAURIOU, M.:**
- "L'ordre, la justice et le Droit", R.T.D.C., XXVI, 1927, pp. 795 y ss.
 - "Le pouvoir discrétionnaire et sa justification", en "Mélanges Carré de Malberg", París 1933.
- HEBRAUD, P.:**
- "Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques" en "Mélanges J. Maury", II, Dallaz-Sirey, París 1960.
- HECK, Ph.:**
- "Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudez", Tübingen 1914.
- HERNANDEZ GIL, A.:**
- "La función social de la posesión", (Discurso leído en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia), Madrid 1967.
 - "Metodología de la Ciencia del Derecho", vol. III, Madrid 1973.
 - "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe", Discurso de apertura de curso de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1979.
 - "Derecho de Obligaciones", t. III de las Obras completas, Espasa-Calpe, Madrid 1988.

- HERNANDEZ MARTINEZ, M.P.: - "La tutela jurisdiccional efectiva de los intereses difusos y colectivos: un estudio comparativo", (Tesis), Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid 1990.
- HERPIN, N.: - "L'application de la loi: deux poids, deux mesures", Seuil, Paris 1977.
- HERZOG: - "Le Droit jurisprudentiel et le Tribunal Suprême en Espagne; Essai sur les conditions de création du Droit par la juridiction de Cassation", Toulouse 1942.
- HERRERA FIGUEROA, M.: - "Justicia y sentido", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tucumán 1955.
- HILSENRAD, A.: - "Las obligaciones precontractuales", trad., Góngora, Madrid s.a.
- HOFMANN, P.: - "Subjektives Rechts und Wirtschaftsordnung", Fischer Verlag, Stuttgart 1968.
- HOHFELD, W.N.: - "Conceptos jurídicos fundamentales", trad. de Carrió, Centro editor de América latina, Buenos Aires 1968.
- HOLMES, O.W.: - "La senda del Derecho", trad., Buenos Aires 1959.
- HOVIN: - "La distinction des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux", (Thèse), Paris 1937.
- HUBER, E.: - "El Derecho y su realización: problemas de legislación y de Filosofía del Derecho", trad. Grim, Madrid 1927-29.

- HUBNER GALLO, J.: - "La justicia y la seguridad" en "La justicia y el orden social", Idearium, Mendoza 1977.
- HUGON, E.: - "De epikeya et aequitate", Angelicum 1928, pp. 359 y ss.
- HUND, J.: - "New light on Dworkin's jurisprudence", A.R.S.P., LXXV 74, 1989, pp. 468 y ss.
- HUNGERBÜHLER: - "Die Aequivalenz von Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvetrog", Berna Frankfurt am Main, Las Vegas 1972.
- HUSSON, L.: - "Les transformations de la responsabilité", Etude sur la pensée juridique, P.U.F., Paris 1947.
- IBAÑEZ FROCHAM, M.: - "La Jurisdicción: Doctrina. Jurisprudencia. Legislación comparada", Astrea, Buenos Aires 1972.
- IGLESIAS, M.: - "La actividad jurisdiccional del Pretor y el D. I, II, II", I.J. 192, 1950.
- IHERING, R.V.: - "La lucha por el Derecho", trad., Madrid 1881.
- "El fin en el Derecho", trad. Heliasta, Buenos Aires 1978.
- "Bromas y veras en la ciencia jurídica", trad. Civitas, Madrid 1987.
- INGER, L.: - "Justice et argumentation" en "Essais à la mémoire de Ch. Perelman, Edit. de l'Universite de Bruxelles, Faculté de Droit, 1986.

- IONASCO, T.R.: - "La cause dans les actes à titre onéreux", (Thèse), Paris 1923.
- IONESCU, T.: - "La notion de droit subjectif dans le Droit privé", Bruylant, Bruxelles 1978.
- IORIO, A. di: - "El concepto de Jurisdicción" en "Temas de Derecho procesal", Depalma, Buenos Aires 1988, pp. 3 y ss.
- IRTI, N.: - "Rilevanza giuridica", 1967, pp. 16 y ss.
- "Crisi della legge e giudizio di equità" en "Diritto e società", J, 1978, pp. 371 y ss.
- "L'età della decodificazione", Giuffrè, Milano 1979.
- "Norme e fatti" (saggi di teoria generale del Diritto)", Giuffrè, Varese 1984.
- ITURMENDI BAÑALES, A.: - "De la justicia y de los Jueces", Reus, Madrid 1952.
- JACK, H.: - "On the analysis of promises", J.Ph., LV, 1958.
- JARROSSON, CH.: - "La notion d'arbitrage", L.G.D.J., Paris 1987.
- JAUBERT, P.: - "Des effets civils de la bonne foi", Paris 1899.
- JELLINEK, G.: - "System der subjektiven öffentlichen Rechte", Aalen Scientia Verlag, Tübingen 1964.

- JOHANN:** - "Rationality, justice and dominant ends", New York 1979.
- JONES, D.H.:** - "Making and keeping promises", 76, Ethics 287, 1965-1966.
- JORI, M.:** - "Saggi di metagiurisprudenza", Giuffrè, Milano 1985.
- JORDANO BAREA, J.:** - "Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita", (Comentario a la sentencia del T.S. de 9 de Junio 1950), A.D.C., IV, 1951, pp. 303 y ss.
- JORDANO PRAGA, F.:** - "La responsabilidad contractual", Civitas, Madrid 1987.
- JOSSERAND, L.:** - "De l'esprit des droits et de leur relativité", Paris 1939.
- "Los móviles de los actos jurídicos de Derecho privado", Méjico 1946.
- JUNG, E.:** - "Subjektives und objektives Recht", Braun, Marburgo 1939.
- KALINOWSKI, G.:** - "Logique et philosophie du droit subjectif", A.P.D., IX, 1946.
- "Le raisonnement juridique: état actuel de la question. Bilan et perspective", A.R.S.P., 1972.
- "Concepto, fundamento y concreción del Derecho", trad., Buenos Aires 1982.
- KAY:** - "Arbitration", Sweet & Maxwell, London 1980.
- KELLER HALS, J., COENEN-HUTHER, J. y MODAK, M.:** - "Figures

de l'équité. La construction des normes de justice dans les groupes", P.U.F., Paris 1988.

- KENNY, A.J.P.: - "The aristotelian ethics", Oxford 1978.
- KONVITZ: - "Civil disobedience and the duty of fair play", en "Law and Philosophy", Hook, S., New York University Press, 1964.
- KRATOCHWIL, F.: - "Rules, norms, values and the limits of "rationality", A.R.S.P., LXXII/3, 1987, pp. 301 y ss.
- KRETSCHMAR, P.: - "Über die Entwicklung der Kompensation im Römischen Rechts", Leipzig 1907.
- KUHNS: - "Rule and case" en "Law and Philosophy", Hook S., New York Press, 1964.
- LACAL, P.: - "Las expectativas de Derecho y los derechos expectantes", R.C.D.I., 1931, pp. 826 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, E.: - "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", R.C.D.I., 470, 1969.
- "Elementos de Derecho civil", t. II, vol. 1, Bosch, Barcelona 1985.
- LACHANCE, L.: - "Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas", Montreal 1933.
- LALAGUNA, E.: - "Libertad contractual", R.D.P., 1972, pp. 871 y ss.
- LANE, R.E.: - "Market choice and human choice", Nomos, XXXI, New York and

London University Press, 1989.

- LANGGE:** - "Ius aequum" und "ius strictum",
Zeitschr. SawStif, LXXI, 1954, pp.
319 y ss.
- LANGHOLM:** - "Price and value in the aristo-
telian tradition: a study in scho-
lastic economic sources", Oslo
1979.
- LARENZ, K.:** - "Derecho de Obligaciones", trad.
y notas de J. Santos, t. I, Edit.
R.D.P., Madrid 1958-59.
- "Metodología de la ciencia del
Derecho", trad. de E. Gimbernat,
Ariel, Barcelona 1966.
- LA TORRE, M.:** - "Reason in rights reflections on
rationality and law", en "Reason
in law", III, Milano 1988, pp. 359
y ss.
- LEFEVRE, C.:** - "Les pouvoirs du juge en Droit
canonique", Paris 1938.
- LEGAZ LACAMBRA, L.:** - "Filosofía del Derecho", Bosch,
Barcelona 1979.
- LEIBNIZ, G.W.:** - "Iuris et aequi elementa", Leip-
zig, 1893
- "Tres ensayos: El Derecho y la
equidad. La justicia. La sabidu-
ria", trad. de E. García Maynez,
Centro de Estudios Filosóficos,
Universidad Nacional Autónoma de
Méjico, 1960.
- LENAERTS, K.:** - "Le juge et la constitution aux
Etats-Unis d'Amérique et dans
l'ordre juridique européen", Bruy-
lant, Bruxelles 1988.

- LENEL: - "La cláusula "rebus sic stantibus", R.D.P., 1923.
- LENHOFF: - "Extra-legislational progress of the law. The place of the judiciary in the shaping of new law", N.L.R. 28, 1949.
- LEONI, B.: - "Freedom and the law", Princeton, 1961.
- LEPELTIER, E.: - "La résolution judiciaire des contrats par inexécution des obligations", 1934.
- LETE DEL RIO, J.M.: - "Derecho de obligaciones", vol. 1, Tecnos, Madrid 1988.
- LEVI, E.H.: - "Attività lecita e attività discrezionale" en "Studi Comneo", II, pp. 81 y ss.
- LEVI-STRAUSS, C.: - "The principle of reciprocity" en "Sociological Theory", MacMillan, New York 1957.
- LINS, M.: - "Search for the functional invariants of law", Rio de Janeiro 1955.
- LIPARI, A.: - "Il Diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo)", R.D.C., XIV, 1968.
- LOMBARDI-VALLAURI, L.: - "Saggio sul Diritto giurisprudenziale", Giuffrè, Milano 1967.
- LONGO, M.: - "Diritto delle obbligazioni", U.T.E.T., Torino 1950.
- LOPEZ ALARCON, M.: - "La equidad en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", D.J., octubre-diciembre 1974.

- LOPEZ BERENGUER, J.: - "La colisión de derechos", A.A.U.M., vol. XIV/1-2, curso 1955-1956, pp. D 67 y ss.
- LOPEZ CALERA, N.: - "La racionalización social del Derecho", A.C.F.S., 1973.
- LOPEZ JACOISTE, J.J.: - "Sobre la aparición de la equivalencia contractual" en "Estudios jurídicos en homenaje al Prof. F. de Castro y Bravo", II, Madrid 1976, pp. 831 y ss..
- LOPEZ DE OÑATE, F.: - "La certeza del Derecho", trad., Europa-América, Buenos Aires 1953.
- LOPEZ ORTIZ, J.. - "Derecho musulmán", Labor, Barcelona 1932.
- LOPEZ VILAS, R.: - "De la compensación" en "Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales", t. XVI-I, Edersa, Madrid 1980.
- LORCA NAVARRETE, A.: - "Derecho de arbitraje interno e internacional", Tecnos, Madrid 1989.
- "Enjuiciamiento arbitral y enjuiciamiento estático", R.C.V.A., I, 1986, pp. 19 y ss.
- LUCES GIL, F.: - "El problema de las obligaciones pecuniarias devaluadas ante la doctrina española y la jurisprudencia del T.S.", F.G., 84, 1952, pp. 589 y ss.
- LUDOVICI: - "L'évolution de la notion du pouvoir discrétionnaire", 1937.
- LUGARINI, G.: - "Verso una giurisprudenza di equità", R.D.Pro (italiana), 1961,

pp. 275 y ss.

- LUMIA, G.: - "L'equità tra la giustizia e la legge" en "Studi in onore di A. Arena", II, Padova, pp. 1079 y ss.
- LUNSTEDT, V.: - "Law and justice. A criticism of the method of justice" en "Interpretations of modern legal philosophies", 1947.
- LYON-CAEN, G.: - "Evolution de la notion de la bonne foi", R.T.D.C., 1946.
- LLEWELLYN, K.: - "What price contract?", Y.L.J., 1931, pp. 708 y ss.
- LLOYD, A.C.: - "Form and universal in Aristotle", Liverpool 1981.
- LLUIS Y NAVAS, J.: - "La llamada cláusula "rebus sic stantibus" como delimitadora del alcance del principio de que los pactos han de ser observados", R.G.L.J., octubre 1956, pp. 370 y ss.
- "Analogía y diferencias entre los principios generales del Derecho y el espíritu de la ley", R.G.L.J., 131, 1982, pp. 519 y ss.
- MACCORMICK, N.: - "Voluntary obligations and normative powers", P.A.S., 1972.
- "The obligation of reparation", P.A.S., 1978.
- "Legal reasoning and legal theory", Clarendon Press, Oxford 1978.

- MC DOWELL, G.L.: - "Equity and the constitution",
{The Supreme Court, Equitable relief and public policy}, Chicago University Press, 1981.
- MACINTYRE, A.: - "Whose justice? Which rationality?", Duckworth, London 1988.
- MACIOCE, F.: - "Risoluzione del contratto e imputabilità dell'inadempimento", Edizione Scientifiche Italiane, Napoli 1988.
- MACCHIA: - "Il pagamento", Milano 1936.
- MACNEIL, I.: - "The many futures of contract", S.C.L.R., 1974.
- MADRID PARRA, A. - "La cabida en la compraventa de bienes inmuebles", R.C.D.I., 1983.
- MAGGIORE, G.: - "L'equità e il suo valore nel Diritto" en R.I.F.D., 1923, pp. 2-56 y ss.
- MAIORANA, B.: - "La teoria della moneta e del valore in Aristotele", Giornale degli Economisti, 34, 1926.
- MAITLAND, F.W.: - "Equity. A course of lectures", Cambridge University Press, 1969.
- MANN, G.: - "Zum Privatrecht der deutschen Reparationsleistung", J.C.B., Mohr, Tübingen 1962.
- MANRESA, J.M.: - "Comentarios al Código Civil", Reus, Madrid 1983.
- MAÑERO VELASCO, C.: - "Arbitraje interno", R.C.V.A., t. III/1, 1988, pp. 95 y ss.

- MARDAM BEY: - "L'histoire comparative de la justice", Paris 1928.
- MARIN CASTAN, M.L.: - "Significado y alcance de la "Equity" anglosajona", (Tesis), Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho 1982.
- "Los principios generales de la Equity inglesa: aproximación a un tratamiento sistemático", R.C., 1990.
- MARINI, C. de: - "Il giudizio di equità nel processo civile", Cedam, Padova 1959.
- "Della scommessa legislativa sulla discrezione dei giudici", R.I.F.D., 4, 1989, pp. 290 y ss.
- MARKOVITCH, G.: - "Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du Droit privé positif", Paris 1930.
- MARTIN: - "Rawls and rights", Kansas University Press, 1985.
- MARTIN-BALLESTERO, L.: - "La doctrina del riesgo imprevisible", sep. de la Rev. "Universidad", Zaragoza 1941.
- "El pago de las prestaciones debidas en moneda devaluada", R.G.L.J., 1950.
- MARTIN DEL BURGO, A.: - "La función judicial en España", R.G.L.J., septiembre, 1959.
- MARTIN OVIEDO, J.M.: - "Formación y aplicación del Derecho", Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid 1972.
- MARTINEZ CALCERRADA, L.: - "Cumplimiento defectuoso de la prestación", R.C.D.I., 1976, pp. 1335 y ss.

- "La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos", R.D.P., LXIII, 1979, pp. 434 y ss.
- MARTINI, de: - "L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti", Milano 1950.
- MARTINO, P.: - "Arbiter", Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma 1986.
- MARTON: - "Les fondaments de la responsabilité civile", Paris 1937.
- MARTONE, L.: - "Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del Diritto comune", Napoli 1984.
- MARTY, G.: - "Teoría general de las obligaciones", trad. de Cajica, t. I, Puebla (Méjico) 1952.
- MASCHI, C.A.: - "Humanitas come motivo giuridico", A.A.U.T., XVIII, 1948, pp. 263 y ss.
- "Humanitas romana e caritas cristiana", J., I., 1950, pp. 226 y ss.
- MASCHI, C.A.: - "La certezza del Diritto nel Diritto romano e nel pensiero contemporaneo", J. 1959.
- MASSINI, C.I.: - "La prudencia jurídica: introducción a la gnoseología del Derecho", Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1983.
- MAURY, M.: - "Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit Civil français", Toulouse 1920.

- HAZEAUD, H.: - "Les notions du Droit, de justice et d'équité" en "Aequitas und bona fides", Festgabe für A. Simonius, Bârel 1955, pp. 229 y ss.
- HAZEAUD, H. y JUGLART, M.: - "Obligations, théorie générale" en "Leçons de Droit Civil", Paris 1978.
- HAZZONI: - "Condizioni costitutive", R.I.F.D., LXIII, 1986, pp. 160 y ss.
- MEDINA PEREZ, J.: - "La buena fe en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia", Concepción (Chile) 1950.
- MELDEN, A.J.: - "On promising", LXV, Mind 1956.
- MELICH-ORSINI, J.: - "La resolución del contrato por incumplimiento", Temis, Bogotá-Caracas, 1979.
- MENCHINI: - "Il giudicato civile", Utet, Torino 1988.
- MENDEGRIS, R.: - "La nature juridique de la compensation", L.G.D.J., Paris 1969.
- MENDIZABAL ALLENDE, R.: - "Lo "social" como criterio de interpretación judicial", R.D.J., 3, año I, pp. 90 y ss.
- MENDIZABAL VILLALBA: - "La doctrina de la justicia según la Summa Theologica", R.U., 1925.
- MENGONI, L.: - "Sulla natura della responsabilità precontrattuale", R.D.Co., II, 1956, pp. 370 y ss.

- MENTHON, F. de: - "Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire", (Thèse), Paris 1926.
- MERCADANTE, F.: - "Il regolamento della modalità dei Diritti. Contenuto e limiti della funzione sociale secondo Rosmini", Giuffrè, Milano 1981.
- MERINO GUTIERREZ, A.: - "Alteraciones monetarias y obligaciones pecunarias en el Derecho privado actual", Universidad de Oviedo, 1985.
- MESSINEO, F.: - "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", vol. III, Giuffrè, Milano 1959.
- MICHAELIDES-NOVAROS, G.: - "L'évolution récente de la notion de droit subjectif", R.T.D.C., 1966, pp. 216 y ss.
- MIER VELEZ, A.: - "La buena fe en la prescripción y en la costumbre hasta el siglo XV", Edit. Univ. de Navarra, Pamplona 1968.
- MIGUEL Y ROMERO, M.: - Voz "juez", E.J.E. Seix.
- MILLAN, C.: - "La incongruencia civil", Tecnos, Madrid 1983.
- MILLER, F.D.: - "Aristotle of rationality in action", R.M., XXXVII, 1984.
- MIQUEL, J.L.: - "Resolución de los contratos por incumplimiento", Depalma, Buenos Aires 1986.
- MOISSET DE ESPANES, L.: - "Notas sobre enriquecimiento sin causa", R.G.L.J., 2, 1980, pp. 263 y ss.

- MOLINA, L. de: - "La teoría del justo precio", Edit. Nacional, Madrid 1981.
- MONTEL, A.: - "Buona fede", N.D.I.
- "Considérations sur la réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent", R.T.D.C., 1932, pp. 1107 y ss.
- MONTELEONE, G.: - "I limiti soggettivi del giudicato civile" en "Studi in memoria di S. Satta", I, Padova 1982, pp. 893 y ss.
- MONTERO AROCA, J.: - "Los principios informadores del proceso civil en el marco de la Constitución", Justicia IV, 1982, pp. 7 y ss.
- MONTERO AROCA, J. y otros: - "La potestad y la función jurisdiccionales" en "Derecho Jurisdiccional", t. I, Bosch, Barcelona 1989.
- MONTES, V.: - "Comentario al art. 7.1" en "Comentarios a las reformas del Código Civil", t. I, Tecnos, Madrid 1977, pp. 356 y ss.
- MOORE, M.S.: - "The semantics of judging", S.C.L.R., 1981.
- MORELLO, A.: - "La indemnización del daño contractual", Buenos Aires 1967.
- "Deuda pecuniaria, inflación y justicia", Jurisprudencia, XXIX, 1975.
- MORENO MOCHOLI, M.: - "Reconversión y compensación", R.D.P., julio-septiembre, 1951.
- MORO LEDESMA, S.: - "El precontrato. Notas para su

- estudio", R.C.D.I., 1934.
- MORTATI, C.: - Voz "Potere discrezionale", N.D.I.
- MOSCO, L.: - "Onerosità e gratuità degli atti giuridici", Milano 1942.
- "La resolución de los contratos por incumplimiento", trad. y notas con un apéndice sobre "la condición resolutoria tácita", por J.J. Pintó Ruiz, Barcelona 1956.
- MOSSET-ITURRASPE, J.: - "Justicia contractual", Buenos Aires 1978.
- MOTULSKY, H.: - "La théorie des éléments générateurs de droits subjectif", (Thèse), Lyon 1947.
- "Principes d'une réalisation méthodique du Droit privé", Sirey, Paris 1948.
- MOZOS, J.L. de los: - "El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español", Bosch, Barcelona 1963.
- "Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno", Edit. R.D.P., Madrid 1977.
- "Derecho Civil. Método y categorías jurídicas", Civitas, Madrid 1988.
- MULLER: - "Richterrecht", Elemente einer Verfassungstheorie IV, Duncker & Humblot, Berlín 1986.
- MULLERAT BALMAÑA, R.M.: - "El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (art. 1504 del Código Civil)", A.D.C., 1971, pp. 481 y ss.

- MUÑOZ ALONSO: - "Un Estado de equidad" en "Estudios Jurídico-Sociales en homenaje a L. Legaz", II.
- MUÑOZ ROJAS, T.: - "El interés en el proceso civil", Temis, Zaragoza 1958.
- MUSATTI, A.: - "Principi della nuova equità" en "Scritti in onore di V. Scialoja", IV, Bologna 1953, pp. 331 y ss.
- NAGEL, H.: - "Fair play and civil disobedience" en "Law and Philosophy", Hook Edit., New York University Press, 1964.
- NANNI, L.: - "La buona fede contrattuale", Cedam, Padova 1988.
- NARVESON: - "Promising, expecting and utility", J.Ph, I., 1971.
- NATOLI, V.: - "Limiti e presupposti dei conflitti dei Diritti" en "Scritti giuridici in onore di A. Scialoja", vol. III, Bologna 1953.
- "La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 del C.C.)" en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milano 1975, pp. 119 y ss.
- NEUMAYER: - "Exposición y crítica de la modificación judicial de las obligaciones afectadas por la crisis", R.D.P., 1951.
- NEWMAN, R.: - "Equity and Law. A comparative study", The Oceana, New York 1961.
- "The general principles of Equity" en el vol. "Equity in the

World's Legal Systems", ed. por R. Newman, Bruselas 1973, pp. 589 y ss.

- NICOLÒ, R.: - "L'adempimento dell'obbligo altrui", Milano 1973.
- "Istituzioni di Diritto privato", I, Milano 1962.
- NICHET: - "Du jeu de la compensation des créanciers et des débiteurs", (Thèse), Lyon 1934.
- NOGUER, N.: - "Una justicia "sui generis" la "epiqueya", Razón y Fé, XLIX, Agosto 1932.
- NOIREL: - "L'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de Droit privé" en "L'influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique", Paris 1961.
- NOVALVOS PEREZ-ACEVEDO, M.: - "Arbitrio y actividad judicial", R.D.P., 1978, pp. 513 y ss.
- "Fuentes materiales como elementos integradores de la ley", R.D.P., 1978, pp. 1056A.
- NOVELLI: - "La eccessiva onerosità della prestazione conseguenza delle alterazioni monetarie", Archivio della Ricerche Giuridiche, 1947, pp. 658 y ss.
- NUÑEZ LAGOS, R.: - "El enriquecimiento sin causa en el Derecho español", Reus, Madrid 1934.
- NUSSBAUM, A.: - "The fragility of goodness", Cambridge University Press, 1986.

- OERTHANN, P.: - "Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft", W. Scholl, Leipzig 1931.
- OFSHE, L.: - "Utility and choice in social interaction", Englewood Cliffe, Prentice-Hall, 1970.
- OGAYAR Y AYLLON, T.: - "Problemas que plantea la actuación arbitral" en "Escritos en homenaje al Prof. Prieto Castro" II, Edit. Nacional, Madrid 1979.
- "Efectos que produce la obligación bilateral". (Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1124 y 1504) del Código Civil), Aranzadi, Pamplona 1983.
- OLIVA SANTOS, A. de la: - "Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional", Bosch, Barcelona 1980.
- "Compensación y proceso civil de declaración", R.J.E. La Ley, 1982.
- "Sobre la congruencia de la sentencia civil", R.J.E. La Ley, 1982.
- OLLERO, A.: - "Interpretación del Derecho y positivismo legalista", Edit. R.D.P., Madrid 1982.
- OPOCHER, E.: - "Il Diritto senza verità" en "Studi on Carnelutti", I, Milano 1950.
- "Anàlisi dell'idea della giustizia", Giuffrè, Milano 1977.
- OPPO, G.: - "Adempimento e liberalità", Giuffrè, Milano 1947.
- ORGAZ: - "El daño resarcible", Buenos Aires 1952.

- ORNAGHI, L.: - "Il concetto di "interesse", Giuffrè, Milano 1986.
- ORTEGA DIAZ-AMBRONA, J.A.: - "Qué significa la expresión "tengo derecho a ... x?. (Apunte para una sociología del Derecho)", A.F.D., XIV, 1969.
- ORRÚ, G.: - "Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea", Giuffrè, Milano 1983.
- OSILIA: - "L'equità sul Diritto privato", Soc. Tip. Modenense, Modena 1923.
- "Eccessiva onerosità ed impossibilità sopravvenuta della prestazione", Genova 1950.
- OSSORIO MORALES, J.: - "Notas para una teoría general del contrato", R.D.P., diciembre 1965, pp. 1071 y ss.
- OST, F.: - "Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice" en Ph. Gérard, M. Van der Kerchove, et F. Ost (dir). Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements", Publ. des Fasc. Univ. Saint-Louis, Bruselas 1983.
- OSTI, G.: - "Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni", R.T.D.C., 1954, pp. 593 y ss.
- OTAKPOR, N.: - "Judicial discretion and democratic theory", A.R.S.P., LXVIII/2, 1982, pp. 164 y ss.
- OURLIAC, P.: - "La puissance de juger: le poids de l'histoire" en "Droits",

R.F.T.J., 1989.

- FACCHIONI, G.: - "Delle obbligazioni in generale", Padova 1941.
- PAGE, H. de: - "A propos du gouvernement des juges. L'équité en face du Droit", Bruxelles-Paris 1931.
- PALADIN, L.: - "Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere legislativo", R.T.D. Pubbl., 1956. pp. 993 y ss.
- PANNICK: - "Judges", Oxford University Press, 1987.
- PAOLI, B.: - "Quelques observations sur la "fides", l'imperium et leur rapports" en "Aequitas und Bona fides", Festgabe Simonius, Bâsel 1955.
- PARDO LÓPEZ: - "El uso, el abuso y el no uso de los derechos subjetivos", R.D.P., XLVIII, 1964, pp. 3 y ss.
- PATARIN, J.: - "Le problème de l'équivalence juridique des résultats", Dalloz, Paris 1954.
- PATRIARCA, M.: - "John Rawls: Che cosa merita l'uomo (la ragioni dell'equità)", Armando Edit., Roma 1985.
- PATTERSON, E.W.: - "Pound's theory of social interests" en "Interpretations of modern legal philosophies", New York 1947.
- PECZENIK, A.: - "Rationality of legal justification", A.R.S.P., LXVIII/2, 1982,

pp. 137 y ss.

- PEDRAZ PENALVA, E.:** - "Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad", en "La reforma del proceso penal", Ponencia II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Zamora 1989.
- PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V.:** - "El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemana", R.P.J., marzo 1990, pp. 69 y ss.
- PEIDRO, I. y RODRIGUEZ-ARIAS, L.:** - "Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo", R.G.L.J., marzo 1948.
- PEKELIS, A.:** - "Il Diritto come volontà costante", Padova 1931.
- "The case for a jurisprudence of welfare", Social Research II, 1944.
- PENNOCK, J.R.:** - "The problem of responsibility", Nomos III, C.F. Friedrich (ed.), New York 1960.
- PERELMAN, C.H.:** - "Justice et raison", P.U.B., 1963.
- "Justice, law and argument. Essays on moral and legal reasoning", Reidel, Dordrecht 1980.
- PEREZ, A.:** - "De iustitia et iure, et de restitutione et poenitentia", Lyon 1661.
- PEREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J.:** - "Derecho de resolución por alteración de las circunstancias. Desaparición de la base del negocio" en R.J.C., 39, 1933, pp.

115 y ss.

- PEREZ SERRANO, N.: - El recurso de amparo judicial para la revisión de los contratos", R.J.C., I, 1941, pp. 25 y ss.
- PERITCH, B.K.: - "De la matérialisation des droits privés" en "Scritti in onore G.P. Chironi", III, 1915.
- PEROT-MOREL, M.A.: - "De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat", París 1961
- PERSICO: - "L'eccezione d'inadempimento", Milano 1955.
- PERTICONE, G.: - Voz "Arbitrio (libero)", Nov. D. I.
- "Stato di Diritto e stato de giustizia", R.I.F.D., 1963.
- PERREAU, E.H.: - "Téchnique de la jurisprudence en Droit privé", 2 vols., París 1923.
- PERRIS, C.: - Voz "Equità", N.D.I.
- PHEPS: - "Elements of judicial equity", King Brothers, Baltimore 1890.
- PIEPER, J.: - "La prudencia", trad. de M. Garrido, Rialp, Madrid 1957.
- PINA PARGAGLIA: - "Aequitas in libera repubblica", Giuffrè, Milano 1973.
- PINEDA URRUTIA, M.: - "Arbitrariedad y Derecho", Centro de Estudios de Filosofía del Derecho LUZ, Facultad del Derecho, Maracaibo 1975.

- PINO, A.:
- "La excesiva onerosidad de la prestación", trad., Barcelona 1959.
- "Il contratto con prestazioni corrispettive", Padova 1963.
- PINTO RUIZ, J.:
- "Incumplimiento de obligaciones civiles", R.J.C. 1974.
- "Resolución del contrato y la regla "periculum est emptoris", R.J.C. 1975, pp. 693 y ss.
- PIOLA, A.:
- "Equità", D. I.
- PIZARRO CRESPO, C.:
- "L'equità e la sua funzione nell Diritto", R.I.F.D., 1927, pp. 421 y ss.
- PLANIOL, M.:
- "Du fondement de la responsabilité", R.C., 1905
- "Traité élémentaire de Droit civil", t. II, L.G.D.J., Paris 1957.
- PLAZA, M. de la:
- "Jueces y equidad", Discurso Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", Madrid 1947.
- POLLASTRO:
- "Fenomenologia delle regole costitutive" en "Materiali per una storia della cultura giuridica", XIII, 1983, pp. 233 y ss.
- POLLOCK, F.:
- "The transformations of Equity", en "Essays in legal History", ed. por P. Vinogradoff, Oxford 1913.
- POUND, R.:
- "Individualization of justice", F.L.R., 7, 1938.
- "A survey of social interests", H.L.R., 1943-1944.

- PRESUTTI, E.: - "Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica", Giur. Ital. IV, 1910, pp. 10 y ss.
- PRICHARD, H.A.: - "The obligation to keep a promise", en "Moral obligation", Oxford 1949.
- PRIETO-CASTRO, L.: - "El principio de congruencia como limitación de las facultades de la jurisdicción", en "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal", Madrid 1964, pp. 279 y ss.
- PRINGSHEIM: - "Aequitas und bona fides" en Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette, Milano 1931, pp. 185 y ss.
- PUGLIATTI, S.: - "La giurisprudenza como scienza pratique", R.I.S.G., 1950.
- "Conoscenza e Diritto", Giuffrè, Milano 1961.
- PUIG BRUTAU, J.: - "La jurisprudencia como fuente del Derecho. (Jurisprudencia y arbitrio judicial)", Reus, Madrid 1954.
- "Fundamentos de Derecho civil", t. I, vol. 2, Bosch, Barcelona 1985.
- PUIG PEÑA, F.: - "El incumplimiento contractual como acto injusto", R.D.P., 1945.
- "La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral", R.G.L.J., 1966.
- "Tratado de Derecho Civil español", t. IV, vol. II, Edit. R.D.P., Madrid 1973.

- QUADRI, G.: - "Giustizia e sicurezza", R.I.F.D., 1962.
- "Principio nominalístico e disciplina dei rapporti monetari", R.D.C., 1979.
- QUINTANA REDONDO: - "Seguridad jurídica", Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación", La Coruña 1973.
- QUINTANO RIPOLES, A.: - Voz "Arbitraje", N.E.J., Seix
- RABASA, O.: - "El Derecho Angloamericano. (Estudio expositivo y comparado del Common Law)". Fondo de Cultura Económica, México, 1944.
- RADBRUCH, G.: - "Arbitrariedad legal y derecho suprallegal", trad. de M.I. Azareto de Vázquez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1962.
- RAGUSA, V.: - "Diritto ed equità", A.G. 1930, pp. 87 y ss.
- RAGUSA-MAGGIORE, G.: - Voz "Compensazione", E.D.
- RAMAT, M.: - "L'equità nel giudice e nella giustizia". La Cultura IV, 1966.
- RAMELLA, A.E.: - "La resolución por incumplimiento". (Pacto comisorio y mora en los Derechos civil y comercial). Buenos Aires 1975.
- RAPHAEL: - "Justice and liberty", P.A.S., 1950-1951, pp. 187 y ss.
- RASELLI, A.: - "Studi sul potere discrezionale del giudice civile", Giuffrè,

Milano 1975.

- RAWLS, J.:
- "Some reasons for the maximum criterion". A.E.R., LXIV, 1974, pp. 143 y ss.
 - "Justicia como equidad", trad. de Rodilla Tecnos, Madrid 1978.
 - "A theory of Justice". Harvard university Press, Cambridge 1971.
 - "Libertad, igualdad y Derecho". Las conferencias Tunner sobre filosofía moral, trad. Ariel, Barcelona 1988.
- RAZ, J.:
- "Legal principles and the limits of Law". Y.L.J., 1972.
 - "Practical reason and norms". Hutchinson. London 1975.
 - "Promises and obligations", en "Law, Morality and Society". Raz and Hacker, Oxford 1977.
 - "The concept of a legal system". Clarendon Press, Oxford 1980.
 - "La autoridad del Derecho: ensayos sobre Derecho y Moral", Trad. de Tamayo y Salmorán. Univ. Nacional Autónoma de Méjico, 1982.
- RECASENS SICHES, L.:
- "Tratado general de Filosofía del Derecho", Porrúa, Méjico 1975.
- REDHEAD, M.L.:
- "Symmetry in intertheory relations". Synthèse 32, 1975, pp. 77 y ss.
- REICHEL, H.:
- "Ley y sentencia" (orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último). Trad. Miñana, Reus Madrid 1921.

- RENARD: - "Le Droit, la logique et le bon sens". Conférences d'introduction philosophique à l'étude du Droit. Sirey, Paris 1925
- "Etude sur les conditions d'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le Droit français moderne", R.T.D.C., xix, 1926,
- "La valeur de la loi", Paris 1928.
- RENAULT, L.: - "Des actes discrétionnaires", Paris 1895.
- RENNER, K.: - "Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion", 1929.
- RICCA BARBERIS, M.: - "Un principio d'equità, le iniquità della sua applicazione ed i suoi nuovi atteggiamenti", Urbini 1980.
- RICCOBONO, S.: - "Ius est ars boni et aequi". B.I.D.R., IL-L, 1947, pp. 223 y ss.
- RIDDER, H.K.J.: - "Aequitas und equity". A.R.S.P., 39, 1950/1951.
- RIERA AISA.: - Voz "Adquisición de derechos". NEJ Seix.
- RIPERT, G.: - "La règle morale dans les obligations civiles". L.G.D.J., Paris 1925.
- RIPERT, G. - BOULANGER, J.: - "Traité de Droit Civil d'après le traité de Planiol", t. II, L.G.D.J., Paris 1958.
- RISOLIA: - "La depreciación monetaria y el

régimen de las obligaciones contractuales", Buenos Aires 1960.

- RIVALTA, V.: - "I giudizi d'arbitri. Saggio di legislazione e giurisprudenza antica e moderna", Zanichelli, Bologna, 1885.
- ROBERT Y MOREAU: - "L'arbitrage", Dalloz, Paris 1983.
- ROBILANT, E. di: - "Osservazioni sulla concezione della norma giuridica come giudizio di valore", R.T.D.P.C., 1957.
- "Sui principi di giustizia", Milano 1961.
- ROBINS, M.H.: - "The primacy of promising", LXXXV., Mind 1976.
- ROBLEDA, O.: - "L'equità in Diritto romano", en "Atti del Colloquio romanistico-canonistico, Pontificia Università Lateranense, 1979.
- ROCA SASTRE, R.: - "Estudios de Derecho privado", t. I., vol. 1, Edit. R.D.P., Madrid 1948.
- ROCA SASTRE, R. Y PUIG BRUTAU, J.: - "El enriquecimiento sin causa", t. I., Edit. R.D.P., Madrid, 1948.
- ROCAMORA, P.: - "Libertad y voluntad en el Derecho", Madrid 1947.
- ROCCA, F. della: - "Voz "Equità" (Diritto canonico), Nov. D.I.
- ROCCO, A.: - "La sentencia civil", trad. Stylo, Méjico D.F. 1944.

- ROCES, W.: - "La idea de la justicia en los juristas romanos", R.G.L.J., 1924.
- RODOTA, S.: - "Appunti sul principio di buona fede" en F.P., I., 1964, pp. 1283 y ss.
- RODRIGUEZ AGUILERA, C.: - "La sentencia", Bosch, Barcelona 1974.
- RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, L.: - "Derecho de obligaciones", Edit. R.D.P., Madrid 1965.
- RODRIGUEZ DEL BARCO, J.: - "La jurisprudencia como fuente jurídica en el nuevo Título Preliminar del C. C. aprobado por Decreto 1836/1974 de 31 de Mayo", R.D.P., Diciembre 1975.
- RODRIGUEZ GARCIA.: - "Justicia y equidad", Méjico 1950.
- RODRIGUEZ PANIAGUA, J.M.: - "Ley y Derecho: Interpretación e integración de la Ley", Tecnos, Madrid 1976.
- RODRIGUEZ VALCARCE.: - "La sentencia civil: Determinación del Derecho aplicable". R.D. Pro., 1948.
- "El arbitraje privado". Separata, R.D. Pro., 1954.
- ROMANO, S.: - "Principio di equità", en "Scritti minori", III, Milano 1980, pp. 1157 y ss.
- "La buona fede nel Diritto privato". E.D.
- ROMEO Y LAGUNAS, M.J.: - "Un problema sobre la resolución de los contratos por incumplimiento. La culpa del incumplidor ¿es presupuesto de la resolución?. R.D.E.A., Enero-Junio, 1962, pp.

- RUBINO, D.: - "La valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge", F.I. IV, 1949, pp. 4 y ss.
- RUGGIERO, C.: - "Instituciones de Derecho civil", trad. Reus, Madrid 1929.
- RUIZ PEREZ, S.: - "Juez y sociedad". Ilustre Colegio de Abogados de Granada 1977.
- RUIZ VADILLO, E.: - "Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", A.D.C. 1977.
- "Derecho civil". Ochoa, Logroño, 1988-1989.
- RUIZ DE VELASCO, J.: - "La buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico español", R.G.L.J., 1976, pp. 547 y ss.
- RÜMELIN, M.: - "Rechtsgefühl und Rechtsbewusstsein", Mohr, Tübingen 1926.
- RUTA: - "La buona fede e le sue applicazioni". Catania 1899.
- RYLE, G.: - "Knowing how and knowing that". PAS, 1945-1946.
- SACCO, R.: - "La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato", Giappichelli, Torino 1949.
- "L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto", Torino 1959.

- SACCHI: - Voz "Compensazione", D.I.
- SAINZ MORENO, F.: - "Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa". Civitas, Madrid 1976.
- SALMOND, H.: - "The first principles of jurisprudence", Stevens & Mayners, London 1983.
- SANAHUJA, J.M.: - "Cuestiones sobre cabida en la venta de inmuebles", en "Estudios sobre el contrato de compra-venta". Colegio Notarial de Barcelona, 1947.
- SANCHEZ-BLANCO, J.: - "Onerosidad, gratuidad y causa", R.F.D. XXXVI, 1952, pp. 476 y ss.
- SANCHEZ JIMENEZ.: - "El riesgo imprevisible en la vida del Derecho privado", Madrid s.a.
- SANCHEZ-MEDAL URQUIZA, J.R.: - "La resolución de los contratos por incumplimiento, Porrúa, México 1980.
- SANCHEZ ROMAN, F.: - "Estudios de Derecho Civil e Historia general de la legislación española", t. IV, Madrid 1899.
- SANCHEZ DE LA TORRE, A.: - "Los principios clásicos del Derecho", Unión Editorial, Madrid 1975.
- "Desde la justicia de la venganza hasta la justicia civil. (Reflexiones sobre Esquilo)". Separata de la R.G.L.J., 1987.
- "El Derecho en la aventura europea de la libertad", Reus, Madrid 1987.
- "El origen del arbitraje: una hipótesis". R.F.D. (U.C.M.) 73,

- 1967-1988, pp. 353 y ss.
- "Hay un principio lógico adecuado para definir el rigor científico del pensamiento jurídico?, R.F.D. (U.C.M.) 1990, pp. 939 y ss.
- SANCHEZ VELASCO.: - "Contrato de promesa y promesa de contrato". A.A.M.N. VI, 1952.
- SANCHO IZQUIERDO, M.: - "El Derecho justo de Stammler y la ley justa de Santo Tomás: los conceptos fundamentales de lo justo y lo social en la doctrina tomista". Rev. Universidad, Enero-Marzo, 1926, pp. 99 y ss.
- SANTA PINTER, J.: - "Sistema de Derecho anglosajón. Análisis esquemático". Depalma, Buenos Aires 1956.
- SANTO TOMAS DE AQUINO.: - "Summa Theologica", t. IV.
- SARDINA-PARAMO, J.A.: - "Algunas consideraciones sobre la certeza del Derecho y el ordenamiento jurídico español", en "Estudios de la Filosofía del Derecho y ciencia jurídica. Homenaje a Legaz.
- SATTA, S.: - "Contributo alla dottrina dell'arbitrato". Milano 1969.
- SAUER, W.: - "Filosofía jurídica y social". Trad. de L. Legaz, Labor, Barcelona 1933.
- SAVATIER, R.: - "Traité de la responsabilité civile". L.G.D.J., Paris 1951.
- "La théorie des obligations". Vision juridique et économique". Dalloz, Paris 1974.

- SAVIGNY, P.C.: - "Le Droit des obligations", t.I., trad., Paris 1863.
- SCALFI.: - "Corrispettività e alea nei contratti con prestazione corrispettive". R.C.Co., 1963.
- SCAVO - LOMBARDO: - Voz "Buona Fide" (la tradizione cononista), E.D..
- SCIALOJA, V.: - "L'arbitrio del legislatore nella formazione del Diritto positivo". R.S. XIII, 1910, pp. 134 y ss.
- SCIALOJA, V.: - "Del Diritto positivo e dell'equità en Studi Giuridici", III, Roma 1932.
- SCIOLDO-ZURCHER, J.: - "La résolution des contrats au cas d'inexécution partielle", Lyon 1934.
- SCOGNAMIGLIO, R.: - "Il risarcimientto del danno en forma specifica". R.T.D.P.C., 1957.
- SCUTO, C.: - "Sulla natura giuridica del pagamento. La risoluzione per inadempimento", Milano 1942.
- SCHAPP, W.: - "La nueva ciencia del Derecho". R.O., Madrid 1931.
- SCHIZZEROTO, G.: - "Dell'arbitrato", Giuffrè, Milano 1982.
- SCHLESINGER, M.L.: - Voz "Compensazione" (Diritto civile), Nov. D.I.
- "L'ingiustizia del danno nell'illecito civile". J, 1960.

- SCHMIDT: - "La ley y los jueces", en "Derecho injusto y Derecho nulo", Aguilar, Madrid 1971.
- SCHUPFER, F.: - "El débito y la responsabilidad". R.I.S.G., diciembre 1915.
- SCHUR, E.M.: - "Law and society. A sociological view". Random House, New York 1968.
- SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, H.A.: - "Les dimensions du Droit". Etudes de Philosophie du Droit. Vol. XXIII. L.G.D.J., Paris 1978.
- "Idéalité et réalité du Droit. Les dimensions du raisonnement judiciaire. L.G.D.J., Paris 1980.
- SERENI, A.B.: - "L'Equity negli Stati Uniti". R.T.D.P.C., 2 y 3, 1952.
- SERRA DOMINGUEZ, M.: - "Incongruencia civil y penal" en "Estudios de Derecho procesal". Barcelona 1969.
- SERRANO JOVER, A.: - "Bases sociológicas del Derecho privado", Madrid 1908.
- SILVA MELERO, V.: - "La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas". (Discurso de apertura de los Tribunales). Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo, Madrid 1973.
- SILLI, P.: - "Mito e realtà dell'Aequitas christiana. Contributo alla determinazione del concetto di "aequitas" negli atti degli "scrinia". Giuffrè, Milano 1980.
- SIMONE, S. de: - "La giustizia secondo S. Tommaso", Napoli 1941.

- "Il contratto con prestazioni corrispettive" en R.T.D.P., Marzo 1948, pp. 23 y ss.
- SOLARI, G.: - "L'idea individuale et l'idea sociale nell Diritto privato". Torino 1918.
- SOLOD.: - "Raison pour la Justice". Dalloz, Paris 1986.
- SOPER, E. Ph.: - "Legal theory and obligation of a judge: the Hart/Dworkin dispute", Mi.L.R., 1977.
- SOTO NIETO, F.: - "Compromiso de justicia". Montecorvo, Madrid 1977.
- SPENCE, G.: - "Equitable jurisdiction of the Court of Chancery", 2 vols., London 1846-1849.
- SPIEGELBERG: - "A defense of human equality", P.R. 53, 1944.
- SQUELLA NARDUCCI, A.: - "Dos concepciones de la equidad", en colaboración con González Rojas, Edeval, Valparaiso 1981.
- STAMMLER, R.: - "El Juez", trad. E.F. Camus, Habana 1941.
- STARCK, B.: - "Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa fonction de garantie et de peine privée". Rodstein, Paris 1947.
- STEIN, P.: - "Equitable principles in roman law", en "Equity in the World's Legal Systems". R.A. Newman ed. Edinburgh University Press, 1974, p. 75 y ss.

- STOLFI:**
- "Delle obbligazioni". Napoli 1949.
 - "Il principio di buona fede". R.D.Co, 1964, pp. 163 y ss.
- STONE, J.:**
- "The province and function of law". Harvard University Press, 1946.
 - "Human law and human justice". Stanford University Press, 1965.
 - "Social dimensions of law and justice". Stevens & Sons, London 1966.
 - "Legal system and lawyer's reasoning". Steven & Sons, London 1968.
- SUMMER MAINE, H.:**
- "El antiguo Derecho y la costumbre primitiva", trad. La España Moderna, Madrid s.a.
- TAPIA FERNANDEZ, I.:**
- "La compensación en el proceso civil". Trivium, Madrid 1988.
- TARDE, G. de:**
- "L'idée de juste prix". Paris 1906.
- TARELLO, G.:**
- "Sur la spécificité du raisonnement juridique" A.R.S.P., 1972.
- TEBALDESCHI, I.:**
- "Soggetto di Diritto e diritto soggettivo", Roma s.a.
- TEISSEIRE:**
- "Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité. (Thèse). Aix 1901.
- TERRAZA MARTORELL, J.:**
- "Modificación y resolución de

los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución". Bosch, Barcelona 1951.

- TRON, A.: - "Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagine di teoria generale del Diritto". Cedam, Padova 1951.
- TILOCCA, E.: - "Onerosità e gratuità". R.T.D.P.C. VII, 1953.
- TINSIT, G.: - "Sur l'engendrement du Droit". R.D. Publ. 1968, pp. 39 y ss.
- TOESCA DI CASTELAZZO: - Voz "Compensazione". N.D.I.
- TOMEIO, V.: - "Il Diritto come struttura del conflitto". F. Angeli, Milano 1981.
- TORRENTE: - "Il principio nominalistico dell'interpretazione della giurisprudenza in materia di incidenza della svalutazione monetaria sul risarcimento del danno" en "Diritto e Giurisprudenza", 1968, pp. 145 y ss.
- TOUFFAIT: - "L'arbitrage", en "Justicia (la) dans le monde moderne", Paris 1967, pp. 51 y ss.
- TRASBOT, A.: - "La dévaluation monétaire et les contrats de Droit privé, en "Droit privé français au milieu du XX^e siècle "Etudes offerts à G. Rippert" II. Paris 1950.
- TRAVIESAS, M.: - "Obligaciones recíprocas". R.D.P., 1929 XVI, pp. 273 y ss.
- TREVES, R. de: - "El juez y la sociedad". Madrid 1974.

- TRIGEAUD, J.M.: - "Ontologie de l'équité". McGill L.J., 34, 1989, pp. 414 y ss.
- TRIMARCHI: - "L'arricchimento senza causa". Milano 1962.
- TRIPICCIÓN, L.: - "L'equità e il Diritto". R.I.F.-D., 1925.
- TRUJILLO CALLE, B.: - "De la buena fe". R.F.D. y C.C.P.P. (U.A.). Medellín vol. XXXI, 1972, pp. 347 y ss.
- TUHR, A. VON.: - "La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual". R.D.P. 146, 1925.
- "Tratado de las obligaciones". trad. Roces. Reus, Madrid, 1934.
- USSANI, V.: - "L'utilità e la certezza: compiti e modelli del sapere giuridico", in S. Giuliano. Giuffrè, Milano, 1987.
- VALERI, C.: - "La mediazione". Carlos Cya, Florencia 1950.
- VALPUESTA, E.: - "La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado". Edit. de la Universidad de Navarra, Pamplona 1989.
- VALVERDE, C.: - "El Derecho subjetivo", Valladolid 1934.
- "Tratado de Derecho Civil español", t. III, Valladolid 1937.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: - "De la virtud de la justicia a

- los justo jurídico". R.D.E.A. I, 1965, pp. 27 y ss.
- "Panorama del Derecho civil". Bosch, Barcelona 1973.
- "La seguridad jurídica en los negocios dispositivos". R.N., marzo-abril 1978, n° 758, pp. 385 y ss.
- "Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades". Montecorvo, Madrid 1980.
- "Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico". Montecorvo, Madrid 1982.
- VARIOS: - "La décision". Colloques internationaux du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris 1960.
- VARIOS: - "Le droit subjectif en question". A.P.D. IX, 1964.
- VARIOS: - "L'arbitrato libero preorganizzato come contributo alla soluzione del problema giudiziario". Milano 1965.
- VARIOS: - "Le raisonnement juridique: Actes du Congrès mondial de Philosophie du Droit et Philosophie Sociale". E. Bruylant, Bruxelles 1971.
- VARIOS: - "L'equità". Centro Nazionale di Prevenzione e di Difesa Sociale. Giuffrè, Varese 1975.
- VARIOS: - "Studi sulla buona fede". Giuffrè, Milano 1975.
- VARIOS: - "Le ragioni della giustizia".

Fondo L. Einaudi. Torino 1979.

- VARIOS: - Comentarios al Código Civil dirigidos por ALBALADEJO, Madrid 1980-1981.
- VARIOS: - "Regola costitutiva, condizione, antinomia en "La teoria generale del Diritto. Problemi e tendenze attuali", editado por V. Scarpe-lli, Comunità, 1983.
- VARIOS: - "Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements", sous la direction de Gérard Ph. Kerchove, M. von, Ost, F. Facultad Universitaria de Saint-Louis, Bruxelles 1983.
- VARIOS: - "Six concepts of constitutive rule" en "A.A.F.G.G. XXIX, 1983, pp. 487 y ss.
- VARIOS: - "Teoria dei sistemi e razionalità sociale". Atti del Convegno di Bologna, ottobre 1983 a cura di E. M. Forni, Capelli, Bologna 1986.
- VARIOS: - "Le Droit contemporain des contrats: Bilan et perspectives". Centre de Documentation juridique de L'Ouest". Faculté des Sciences Juridiques de Rennes; travaux coordonnés par L. Cadiet, Paris 1987.
- VARIOS: - "Arguments d'autorité et arguments de raison en Droit". Etudes publiées por P. Vassart. Jour la direction de Haarscher, G.; Ingber, J. y Vander Elst, T., Meme-sis, Bruxelles 1988.
- VARIOS: - "La révolution et l'ordre juridique privé: rationalité ou scandale?. Actes du Colloque d'Orleans. Septembre 1986. Université

d'Orleans 1988.

- VASETTI, M.: - Voz "Arbitraggio". Nov. D.F.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: - "Reapertura del debate en torno a la equidad". D.J. julio-diciembre 1975, pp. 107 y ss.
- "Sobre la estructura de la obligación". Universidad de Palma de Mallorca 1980.
- "Observaciones críticas en tema de derecho subjetivo", A.D.C. 34, 1981, pp. 3 y ss.
- VECCHIONE: - "L'arbitrato nel sistema del processo civile". Napoli 1954
- VEGA BENAYAS, C. de la.: - "Introducción al Derecho judicial", Madrid 1970.
- "Teoría, aplicación y eficacia en las normas del C.C.". Civitas, Madrid 1976.
- VENEZIA: - "Le pouvoir discrétionnaire". 1959.
- VERDERA, E.: - "La jurisdicción arbitral" en Primeras Jornadas de Derecho Judicial. Madrid 1983.
- VESCOVI: - "Il concetto del diritto soggettivo e la realtà contemporanea" en R.I.F.D., 1961.
- VIAZZI, P.: - "L'equità nella filosofia e nella storia". Milano 1892.
- VIGORITI, V.: - "Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire". Giuffrè, Milano 1979.

- VILAR BADIA, R.: - "La justicia en la jurisprudencia romana". R.D.P.I., julio-septiembre 1974.
- "La equidad, factor de creación judicial del Derecho". P. 95, 1977, pp. 45 y ss.
- "La perspectiva sociológica en la aplicación del Derecho". R.J.C., 1, 1978, pp. 119 y ss.
- VILLAR PALASI, J.L.: - "La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos. A la luz del nuevo Título Preliminar del Código Civil desde una perspectiva teórica", Tecnos, Madrid 1975.
- VILLEY, M.: - "Les origines de la notion de droit subjectif". A.P.D. II, 1953-1954, pp. 163 y ss.
- VINOGRADOFF, P.: - "Introducción al Derecho". trad. Fondo de Cultura Económica, México 1952.
- VISINTINI, G.: - "La responsabilità contrattuale". Napoli 1979.
- VLASTOS, G.: - "Justice and equality" en "Social justice". Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1962.
- VOIGT, M.: - "Die Lehre von Jus naturale, aequum et bonum, und Jus gentium der Römer". Leipzig 1856.
- VOIRIN, P.: - "De l'imprécision dans les rapports de Droit privé" (Thèse). Nancy 1922.
- VOLPE, G.: - "L'ingiustizia delle leggi" (Studi sui modelli di giustizia costituzionale)". Giuffrè, Milano 1977.
- VONLANTHEN, A: - "Idee und Entwicklung der Ge-

rechtigkeit", Freiburg 1973.

- VOVIN, R.: - "La bonne foi, notion et rôle actuels en Droit privé français". Bordeaux 1939.
- WALTER E-WALSTER W.G.-BERSCHIED, E.: - "Equity: theory and Research". Allyn and Bacon. Boston 1978.
- WASSEBTROM, R.A.: - "The judicial decision". London 1961.
- WECHSLER, J.: - "The nature of judicial reasoning" en "Law and Philosophy". Hook, S. New York University Press, 1964.
- WEILL-TERRÉ.: - "Droit civil. Les obligations". Dalloz, Paris 1975.
- WHITEHEAD, A.N.: - "Nature and life". Greenwood Press, New York 1977.
- WIAECKER, P.: - "El principio general de buena fe". Trad. de Carro, Civitas, Madrid 1977.
- WOHLHAUPTER, E.: - "La importancia de la equidad en la Historia del Derecho de España". R.I.D., 1, 1930.
- "Aequitas canonica: Eine studie nur dem kanonischen Recht". Paderborn 1931.
- WOLENSKI, W.: - "A note of free choice permissions". A.R.S.P., 1980, pp. 507 y ss.
- WOLF, E.: - "Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglichen

Interessenausgleich", Tübingen
1970.

- XIRAU, J.R.: - "La funzione giurisdizionale e l'equità" en "Studi di Diritto processuale en onore de Chiovent-a", Cedam. Padova 1927.
- ZACCARIA, G.: - "La obiettività del giudice tra esegesi normativa e politica del Diritto". R.D.C. 1979.
- "Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di J. Esser". Giuffrè, Milano 1984.
- ZAMPETTI, L.: - "Il problema della conoscenza giuridica". Giuffrè, Milano 1953.
- ZANA, H.: - "La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento". "Studi sulla buona fede". Giuffrè, Milano 1975, pp. 353. y ss.