

Algunas consideraciones en torno a la condonación de la deuda. El problema de la forma del negocio

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La gratuidad u onerosidad de la condonación. La condonación como acto de liberalidad.*—III. *La existencia de enriquecimiento del deudor. Su influencia en la estructura bilateral o unilateral de la condonación.*—IV. *Requisitos del negocio.* 1. Requisitos subjetivos. 2. Requisitos objetivos. 3. Elementos accidentales del negocio.—V. *El problema de la forma del negocio: La coexistencia de la condonación expresa, como negocio formal, con la condonación tácita.* 1. Estado de la cuestión. 2. Derecho Comparado. A) Derecho Francés. B) Derecho italiano. a) Código Civil de 1865. b) Código Civil de 1942. D) Derecho alemán y suizo. 3. Antecedentes históricos. A) Derecho romano y Derecho histórico español. B) Proyecto de 1836. C) Proyecto de 1851. D) Anteproyecto de 1882-1888. 4. Análisis de los requisitos de forma aplicables a la condonación expresa. 5. La entrega del documento justificativo del crédito como único supuesto de condonación tácita admisible en el CC. A) La relación entre las declaraciones tácitas de voluntad y las presunciones. B) Examen de los posibles supuestos de condonación tácita.—VI. *Examen del artículo 1188 CC.* 1. Planteamiento. 2. Análisis del párrafo primero del artículo 1188. A) Efectos de la entrega del documento justificativo del crédito. B) Elementos del supuesto de hecho de la norma. a) Documento privado justificativo del crédito. b) Entrega voluntaria. c) Entrega hecha por el acreedor o persona autorizada por él en su nombre, al deudor o persona autorizada por éste para recibirlo. d) Posesión del documento por parte del deudor. 3. Análisis del párrafo segundo del artículo 1188.—VII. *La entrega del documento justificativo del crédito como condonación tácita: Recapitulación.*

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendemos abordar algunos problemas sobre la condonación que, en nuestra opinión, todavía no han sido estudiados con el detenimiento necesario.

En particular llama la atención el hecho de que no se haya intentado encontrar una explicación a la contradicción que se desprende de la admisión de la condonación tácita junto con la exigencia de forma para la condonación expresa, afirmándose reiteradamente que existen tres tipos de

condonación: expresa, tácita y presunta, sin que, por lo demás, se haya estudiado detenidamente el artículo 1188 CC¹. El adecuado análisis de estas cuestiones requiere, sin embargo, solventar otras que necesariamente han de tomarse como punto de partida. Por ello examinamos también la naturaleza jurídica de la condonación y los requisitos de ésta. Concretamente en relación a la naturaleza jurídica de la condonación y, dado que el artículo 1187 CC se remite a las reglas de la donación, es de vital importancia aclarar si la condonación debe considerarse o no un negocio gratuito puesto que en caso contrario carece de sentido la aplicación de la normativa de la donación. Es igualmente de importancia en cuanto al análisis de la forma de la remisión la determinación de su naturaleza unilateral o bilateral. Ambas cuestiones, aunque han sido objeto de abundante tratamiento doctrinal, son especialmente conflictivas y no pueden considerarse definitivamente aclaradas. De ahí que nos haya parecido oportuno examinarlas también con cierta profundidad.

II. LA GRATUIDAD U ONEROSIDAD DE LA CONDONACIÓN. LA CONDONACIÓN COMO ACTO DE LIBERALIDAD

El principal problema que presenta el análisis de la naturaleza onerosa o gratuita de la condonación es la confusión terminológica que reina en esta materia, ya que las expresiones de negocio gratuito, negocio lucrativo, acto de liberalidad, causa gratuita y «animus donandi» o espíritu de liberalidad, no son utilizados por los distintos autores en el mismo sentido.

No es posible defender una posición fundada acerca del carácter gratuito o no de la condonación sin saber exactamente a qué se está haciendo referencia cuando se utiliza tal expresión. Por tanto, y con el fin de evitar interpretaciones equivocadas, consideramos indispensable realizar algunas aclaraciones en cuanto al significado que para nosotros tienen los términos y clasificaciones que de ahora en adelante vamos a emplear.

Probablemente en parte la confusión terminológica existente en esta materia se debe a lo dispuesto en el artículo 1274 CC en virtud del cual en los negocios gratuitos ha de entenderse por causa la mera «liberalidad del bienhechor». Lo establecido en este precepto ha llevado a que el negocio gratuito sea para algunos autores, con base en una interpretación objetiva, aquél en el que una parte obtiene una ventaja patrimonial sin corresponsivo, mientras que otros, adoptando una concepción subjetiva, exigen además para que pueda hablarse de negocio gratuito que el sujeto que otorga una ventaja a otro actúe con «ánimo de liberalidad».

¹ Una excepción constituye el estudio sobre este artículo llevado a cabo por BLASCO GASCÓ, «Las presunciones de condonación», *ADC*, 1988, t. XLI, fasc. IV.

A su vez el concepto de ánimo de liberalidad o «animus donandi» puede ser entendido en sentido objetivo: como voluntad de provocar una ventaja o enriquecimiento ajeno, y en sentido subjetivo: como generosidad o desinterés, de manera que según esta segunda acepción no existiría ánimo de liberalidad cuando el sujeto que enriquece a otro obra movido por una motivación egoísta o interesada.

La adopción de la concepción subjetiva de las nociones de negocio gratuito y de ánimo de liberalidad lleva, como es lógico, al más riguroso casuismo puesto que requiere una investigación psicológica que impide caracterizar «a priori» un determinado tipo negocial como gratuito. Desde este punto de vista se explican las opiniones de algunos autores que sostienen que la condonación, aun no existiendo contraprestación por parte del deudor, no es siempre un negocio gratuito.

Para nosotros, en cambio, uno y otro concepto han de entenderse conforme a su acepción objetiva. Entendida objetivamente la gratuidad, negocio gratuito sería aquél en virtud del cual una parte realiza o se obliga a realizar una prestación sin obtener a cambio ninguna contraprestación. Negocio oneroso, en cambio, sería aquél en que existen sacrificios patrimoniales a cargo de las dos partes de forma que el sacrificio realizado por cada una de ellas tenga como contrapartida la obtención de una ventaja. No es necesario que los sacrificios realizados por ambos contratantes tengan carácter recíproco, si por reciprocidad entendemos existencia de sinalagma, o relación obligatoria sinalagmática –v. gr. mutuo con interés–².

Desde un punto de vista objetivo, igualmente, el ánimo de liberalidad consistiría en la objetiva voluntad de provocar una ventaja patrimonial ajena, con independencia de cuáles sean las razones, interesadas o no, que hayan impulsado al sujeto a efectuar el acto, que no son más que simples motivos (a no ser, claro está, que se hayan exteriorizado y estemos ante motivos incorporados a la causa)³. El hecho, por ejemplo, de que un sujeto realice una donación a una fundación benéfica con el fin de obtener cierto prestigio social no excluye la existencia de ánimo de liberalidad. Si entendemos por causa la función económica típica del negocio, la denominada «causa gratuita» será por tanto en los distintos negocios gratuitos, y por poner algún ejemplo: en el comodato, la voluntad de beneficiar a un sujeto mediante la cesión del uso de una cosa no fungible sin contraprestación; en la donación, la voluntad de beneficiar a un sujeto mediante la transmisión de un bien o derecho sin contraprestación; en el depósito gratuito, la voluntad de beneficiar a un sujeto mediante la prestación de un servicio sin contraprestación, etcétera.

Cabría preguntarse cómo encajarían en la clasificación propuesta negocios como la donación modal u onerosa o la compraventa amistosa o

² Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, t. I, *Introducción, Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 82.

³ Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *sistema de Derecho Civil*, vol. II, 7.ª ed., Madrid, 1995, pp. 335, 336; LACRUZ-RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1995, pp. 95, 96.

«negotium mixtum cum donatione». Pensemos en una donación modal en la que el gravamen que pesa sobre el donatario tiene carácter patrimonial y se impone en beneficio del donante (por ej. prestarle determinados servicios). Según el artículo 619, si el gravamen es de valor inferior al objeto donado ⁴ el negocio ha de considerarse una verdadera donación. Sin embargo, no puede dejar de apreciarse que la carga implica una disminución del beneficio económico obtenido por el donatario, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de aplicar la normativa sobre colación, revocación, etc. de la donación ⁵. No obstante, el negocio debe ser calificado como gratuito —así se deduce del artículo 619— lo que presupone que se parte aquí de un concepto jurídico y no económico de gratuidad: la donación modal es un negocio gratuito y no oneroso (incluso en el supuesto en que el gravamen se imponga en beneficio del donante) porque la carga no asume la función de corresponsivo, no existe relación de reciprocidad o interdependencia entre lo donado y la carga asumida por el donatario ⁶. Desde el punto de vista de su estructura el negocio es gratuito.

En cuanto al «negotium mixtum cum donatione», es opinión dominante hoy día que el concepto de onerosidad no exige que exista equivalencia económica entre las prestaciones (téngase en cuenta que no se admite ya en el CC la rescisión por lesión) de forma que el precio de la compraventa no ha de ser justo, aunque sí ha de ser *serio* ⁷. Ello demuestra, una vez más, que los conceptos de onerosidad y gratuidad no necesi-

⁴ Aunque el artículo 622 ha suscitado numerosos problemas de interpretación, el único punto que parece estar fuera de discusión es la relación entre el inciso primero de este precepto y el artículo 619. La donación modal en que el gravamen supere el valor de lo donado es equiparada por el artículo 622 a los contratos onerosos, debiendo regirse por la normativa aplicable a éstos. Ello es lógico en la medida que si el valor del gravamen absorbe el del objeto donado no existe enriquecimiento alguno para el donatario. FERRANDIS VILLELA, *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, vol. 2.º, 1.ª parte, Barcelona, 1966, p. 225; Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 351.

Cuando el gravamen es de valor inferior al objeto donado estamos ante una verdadera donación (art. 619) si bien parece que debe aplicársele el régimen mixto previsto en el artículo 622 in fine. Sobre ello vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el CC*, Madrid, 1996, pp. 139 ss.

⁵ No sería justo que a estos efectos se tomara en consideración un grado de enriquecimiento (el valor del objeto donado) que el donatario en realidad no ha percibido puesto que la carga impuesta opera como límite económico de aquél. Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 144.

⁶ ALBALADEJO, en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, p. 1578; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 107.

A lo dicho cabría objetar que en la donación en que el gravamen impuesto absorbe el valor de lo donado tampoco la carga asume la función de corresponsivo y, sin embargo, el artículo 622, inciso primero, parece considerarla un negocio oneroso. Ahora bien, la donación, con independencia de que implique la ausencia de contraprestación por parte del donatario, requiere además la existencia de enriquecimiento para éste. En el caso indicado es obvio que el negocio no puede considerarse como una donación porque el donatario no obtiene ningún enriquecimiento.

⁷ ORTEGA PARDO, «Donaciones indirectas», *ADC*, 1949, p. 969; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, 2.º, Barcelona, 2.ª ed., 1982, p. 147; Díez-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 288; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, cit., pp. 26, 27.

riamente están ligados al resultado económico obtenido sino, fundamentalmente, a la estructura del negocio. Una compraventa en la que exista desproporción entre el valor de la cosa y el precio no deja por ello de ser onerosa, al menos en tanto que el precio no sea tan ridículo que quede reducido a una entidad puramente formal (precio irrisorio o simbólico). Desde el punto de vista de la estructura el negocio es oneroso. Ello no implica, obviamente, que deba desconocerse el resultado económico obtenido.

Aunque reconocemos que la terminología y clasificación propuesta pueden ser discutibles, pensamos que para estimar que se está ante un negocio gratuito hay que atender exclusivamente a la estructura del negocio y a un dato objetivo: la existencia de una ventaja económica para una de las partes (derivada ya de un ingreso, ya de la omisión de un gasto) obtenida sin sacrificio patrimonial propio que opere como contraprestación.

Ahora bien, atendiendo, no ya a la estructura del negocio, sino al resultado económico obtenido hay que hacer algunas matizaciones. Por lo general la realización de un negocio gratuito (caracterizado por la ausencia de contraprestación) implica la producción de un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos, es decir, el beneficio obtenido por un sujeto conlleva la disminución patrimonial de otro. Para aludir a este resultado económico suele emplearse, y así lo hacemos en otro lugar ⁸, la expresión de *acto de liberalidad*.

La donación es un negocio gratuito y al mismo tiempo un acto de liberalidad. Los negocios gratuitos —distintos de la donación— son habitualmente actos de liberalidad pero no necesariamente. En determinadas ocasiones la ventaja patrimonial que obtiene una de las partes no implica un empobrecimiento para la otra. Por ej. el sujeto que presta a otro sin interés una cantidad de dinero que guarda en su caja fuerte es indudable que otorga a éste una ventaja, pero él no sufre ninguna disminución patrimonial. Lo mismo ocurre si A cede a B en comodato su motocicleta o si A permite a B aparcar su coche en su enorme garaje ⁹.

De la misma forma que no todo negocio gratuito es a la vez un acto de liberalidad, el resultado económico en que consiste el acto de liberalidad no siempre se deriva de un negocio gratuito (conforme al contenido que damos a esta expresión). Puede efectuarse una liberalidad mediante un negocio oneroso como, por ejemplo, la compraventa amistosa o «negotium mixtum cum donatione» —el negocio, como se ha dicho, es oneroso pero se produce un desequilibrio patrimonial en virtud del cual una parte

⁸ SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., pp. 117 ss.

⁹ La situación sería distinta si para la concesión del préstamo el prestamista tuviese que cancelar una imposición a plazo fijo con alto tipo de interés ya que en este caso, al no poder seguir percibiendo los rendimientos del dinero, puede decirse que se empobrece. Lo mismo ocurriría si A tiene un negocio de alquiler de motos, en cuyo caso la utilización de una de ellas por B le impide percibir un ingreso, o si A es propietario de un parking público y permite a B ocupar una plaza gratuitamente.

se enriquece a costa del empobrecimiento de la otra ¹⁰— o el contrato oneroso con estipulación en favor de un tercero —v. gr. seguro de vida— ¹¹.

La donación es el acto de liberalidad más típico, pero el concepto de acto de liberalidad ¹² es más amplio que el de donación puesto que, como se ha dicho, el resultado económico consistente en un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos puede obtenerse a través de distintos actos y contratos, en relación con los cuales suele utilizarse el término de «donaciones indirectas» ¹³. A los actos de liberalidad distintos de la donación típica se refiere el Código en algunas ocasiones. Así en los artículos 968 y 1035 cuando declara aplicables el régimen de las reservas hereditarias y el de las donaciones colacionables a lo recibido por cualquier otro «título lucrativo». La expresión «negocio lucrativo» podría utilizarse por eso, en nuestra opinión, para aludir a aquellos negocios que implican la existencia de un acto de liberalidad aun cuando no fuesen objetivamente gratuitos —v. gr. «negotium mixtum cum donatione»—.

La clasificación de los negocios en onerosos y gratuitos permite determinar la normativa aplicable a los mismos ¹⁴. La donación viene a ser el paradigma de negocio gratuito de forma que el régimen previsto para ella suele considerarse aplicable a otros negocios gratuitos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que muchas de las normas de la donación se fundamentan, no en el carácter objetivamente gratuito del negocio (ausencia de contraprestación), sino en el resultado económico producido (enriquecimiento del donatario a costa del empobrecimiento del donante). De ahí la utilidad de la noción de acto de liberalidad. La misma permite aplicar a aquellos supuestos de hecho que producen la misma consecuencia económica que la donación (aun cuando se trate de negocios que no son objetivamente gratuitos —v. gr. compraventa amistosa, seguro de vida—) parte de la normativa prevista para ésta. Concretamente las normas materiales que tienen como objeto proteger los intereses de los sujetos que pueden resultar perjudicados por el desequilibrio patrimonial producido: colación, reducción por inoficiosidad, fraude de acreedores. Más dudoso nos parece que deban considerarse aplicable a estos supuestos las normas sobre revocación de donaciones ¹⁵.

¹⁰ Para que la compraventa a bajo precio (o al revés, la compraventa a precio excesivo) pueda considerarse un acto de liberalidad es necesario, en cualquier caso, que el enriquecimiento-empobrecimiento correlativos se produzca por estar la voluntad de las partes dirigida a conseguir tal finalidad. No existe ningún acto de liberalidad cuando un sujeto por razones de apremio malvende un bien, o cuando por igual razón debe comprarlo a un precio excesivo en relación al de mercado.

¹¹ Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 188 ss., 198 ss.

¹² Sobre el concepto de acto de liberalidad, SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 117 ss.

¹³ Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 124 ss., 179 ss.

¹⁴ Como ejemplo de la importancia práctica de la distinción apunta DIEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., p. 81, la existencia de un distinto ámbito de capacidad para llevar a cabo negocios onerosos y gratuitos, el diferente funcionamiento de las reglas de interpretación de los contratos, la diferente protección de la fe pública, etc.

¹⁵ No parece viable la aplicación de las reglas sobre revocación de las donaciones, por ejemplo, a las liberalidades que se realizan a través de un contrato con estipulación en favor de tercero o a las realizadas mediante un «negotium mixtum cum donatione».

Una vez sentadas estas premisas estamos en condiciones de analizar el problema de la naturaleza onerosa o gratuita de la condonación y, en segundo lugar, su carácter de acto de liberalidad. Este segundo punto debe ser también analizado ya que, como se ha dicho, la especial normativa de la donación no se fundamenta sólo en su carácter gratuito, se basa además en la existencia de enriquecimiento-empobrecimiento correlativos. La aplicación de las reglas de la donación a otros supuestos sólo tiene sentido si producen el mismo resultado económico que la donación.

A continuación vamos a estudiar el problema de la onerosidad o gratuidad de la remisión teniendo en cuenta cómo se resuelve en otros ordenamientos.

En el Derecho alemán esta cuestión no presenta apenas dudas ya que la condonación («Erläss»), que es configurada por la propia ley como un contrato —cfr. parágrafo 397 BGB—, es un negocio de disposición («Verfügungsgeschäft») y como tal, tiene carácter abstracto, siendo eficaz con independencia de la existencia o validez del negocio obligatorio que habitualmente opera como causa ¹⁶. La condonación puede por tanto ser consecuencia de un precedente negocio obligacional oneroso o gratuito, sin que por ello se altere la naturaleza típica de la misma ¹⁷.

Se afirma no obstante que no cabe condonación a cambio de contraprestación. Ello se debe a que la remisión, en cuanto tal negocio abstracto, no puede encontrarse en relación de interdependencia respecto de la prestación, en su caso, prometida por la otra parte ¹⁸. La condonación, en cuanto negocio dispositivo dirigido a extinguir la obligación, sólo podría hacerse depender de la contraprestación de la otra parte, se dice, si se configurara como negocio causal ¹⁹. Ello es posible cuando la condonación se sujeta a una condición: se hace depender la eficacia de la condonación de la existencia o validez de su causa.

No obstante, con independencia de esta hipótesis, se observa que la condonación (en cuanto negocio dispositivo abstracto) puede formar parte de un negocio modificativo de la relación obligatoria («Abänderungsvertrag»), de una transacción, o de otro negocio dirigido a operar la sustitución de la obligación («Schuldersetzung»). En este caso, se indica, la condonación no es ya un negocio de disposición independiente sino una parte del negocio a través del cual los interesados disponen de la relación obligacional como un todo. La condonación no es en este caso abs-

¹⁶ Si la condonación carece de causa nace una pretensión de enriquecimiento injusto («Bereicherungsanspruch») dirigida a la reconstitución («Wiederherstellung») de la obligación extinguida.

¹⁷ GERNHUBER, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, 2.^a ed., Tübingen, 1994, p. 374.

¹⁸ HERMES, «Schulderlass gegen Gegenleistung», en *J.R.*, 1961, pp. 495, 496. En el mismo sentido KADUK, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. II, 12.^a ed., Berlín, 1983, ex parágrafo 397 BGB, p. 672, quien indica que de la naturaleza abstracta del contrato de condonación se deduce que la renuncia del acreedor no se realiza aquí como consecuencia de una cesión recíproca de la otra parte.

¹⁹ HERMES, ob. cit., p. 496.

tracta sino causal, si el negocio en el cual se integra es ineficaz también lo es la remisión²⁰.

Tanto en el Derecho francés como en el Derecho italiano (anterior y posterior al Código de 1942) se viene admitiendo la posibilidad de que la extinción del derecho de crédito se realice a título oneroso²¹. No obstante, está claro en ambos ordenamientos, y así lo observa mayoritariamente la doctrina que, aunque nada se opone a que se renuncie al derecho de crédito o se extinga la obligación del deudor a cambio de contraprestación o con una función solutoria, en estos casos no puede hablarse de verdadera condonación. Remisión en sentido propio es únicamente la realizada gratuitamente. En los demás casos la remisión se confunde con otros negocios jurídicos, deviene novación, dación en pago, transacción, etcétera²².

A la misma conclusión se llega en nuestro Derecho. Espín Cánovas opina que si bien es cierto que el acreedor puede efectuar la remisión como «solutio» o a cambio de contraprestación, en estos casos se da «una verdadera confusión de conceptos». «Si con la remisión se quiere pagar otra deuda, en sentido contrario, del acreedor, no existe verdadera remisión sino en realidad compensación convencional; lo mismo ocurre si la remisión se hace a cambio de otra ventaja pues se trata de una transacción u otra operación distinta de la remisión»²³. En semejante sentido se pronunciaba Manresa²⁴. En realidad la mayor parte de los autores estiman que la remisión típica, la regulada por el CC, es un negocio gratuito.

²⁰ LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *Allgemeiner Teil*, 14.º ed., München, 1987, p. 269. Acepta esta opinión, KADUK-STAUDINGER, ob. cit., p. 672.

²¹ Uno de los autores que con más énfasis defiende la posibilidad de condonación onerosa, es RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, vol. 1.º, trad. española, Madrid, 1977, p. 240, quien afirma que la condonación puede verificarse para realizar una «solutio» o para constituir una relación obligatoria distinta. La condonación, dice, puede ser tanto un negocio gratuito como un negocio oneroso, de manera que, según de lo que se trate, variarán las normas (sobre capacidad, revocabilidad, etc.) aplicables.

²² En el Derecho francés, LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XVIII, París, Bruselas, 1876, p. 358, núm. 333; DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 5.º, París, s.f., p. 280, núm. 388; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Traité teórico-prático di Diritto civile, Delle obbligazioni*, vol. III, versión italiana, Milano, 1914, p. 98, núm. 1.768; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2.ª parte, con la colaboración de ESMEIN, RADOUANT y GABOLDE, París, 1931, p. 635; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. 1.º, 6.ª ed. por Chabas, París, 1978, p. 1186.

En el Derecho italiano anterior al CC de 1942, RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, vol. 6.º, *Delle obbligazioni*, Torino, 1880, p. 385; PACIFICI-MAZZONI, *Instituzioni di Diritto civile italiano*, vol. IV, *Delle obbligazioni in generale*, 5.ª ed., Firenze, 1926, p. 573, nota 3; GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. VII, trad. española, Madrid, 1930, p. 364.

En el Derecho actual, vid. PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, en *Comentario del Codice civile* a cargo de SCIALOJA y BRANCA, libro IV, Bologna, Roma, 1975, pp. 171 ss.

²³ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil español*, vol. III, 3.ª ed., Madrid, 1970, p. 173.

²⁴ MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 1.º, 6.ª ed., Madrid, 1967, p. 774, quien indica que si se recibe alguna cosa en vez de lo debido como contraprestación de la remisión, ésta se convierte en adjudicación en pago; en novación si se cambia el objeto y circunstancias de la obligación; en transacción si lo que se renuncia es

Así se desprende del propio artículo 1187 que sujeta la condonación a las reglas de forma de la donación y a las normas sobre donaciones inoficiosas. Ello sólo tiene sentido partiendo de la configuración de este negocio como gratuito. La condonación realizada mediante contraprestación, aunque se califique como tal, es en sustancia un acto o negocio jurídico distinto²⁵.

No obstante, se ha dicho por la doctrina española más reciente que la condonación es un negocio abstracto y que, por tanto, puede ser tanto oneroso como gratuito. Esta opinión parte de la idea de que en nuestro ordenamiento sólo precisan causa los negocios atributivos pero no los extintivos y se indica que la causa no es, por tanto, elemento tipificador del negocio. Se dice que no puede hablarse de «causa» sino de «motivos» del condonante, ya que la «causa gratuita», que se identifica con el «ánimo de liberalidad» del condonante, es un hecho psicológico localizado en el autor del acto que hay que demostrar caso por caso²⁶.

Esta postura supone, como puede apreciarse, la adopción de un concepto de gratuidad esencialmente subjetivo que, según se deduce de lo anteriormente expuesto, consideramos debe ser rechazado. Tal y como hemos indicado, desde nuestro punto de vista la gratuidad es un dato objetivo del negocio que sólo atiende a la ausencia de prestación correspondiente. Si por causa del negocio se entiende su función económica típica, en la condonación la causa del negocio es la extinción de la obligación sin contraprestación a cambio. La gratuidad, en nuestra opinión, forma parte del concepto típico de condonación porque de existir contraprestación no estamos ante una verdadera y propia condonación. En este sentido podríamos calificarla, según la terminología empleada por Gete-Alonso²⁷, como un «índice de tipo», puesto que por tal se entiende aquel elemento cuya ausencia determina la alteración de la calificación aplicable al supuesto de hecho negocial.

Una vez que se concluye que la condonación es siempre un negocio gratuito (la renuncia al crédito a cambio de contraprestación es otro negocio) hay que preguntarse si es, al mismo tiempo, un acto de liberalidad.

un derecho dudoso o litigioso a cambio de alguna otra concesión que por el acreedor se obtenga.

También *vid.* SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XIX, 2.ª ed. rev., Madrid, 1958, pp. 1054, 1055.

²⁵ SANCHEZ REBULLIDA, «Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones», en *RDP*, 1955, t. XXXIX, p. 148; GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario a los artículos 1187 a 1191 del CC» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 1.º, Madrid, 1980, p. 327 ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *La obligación y el contrato en general*, Barcelona, 1994, p. 294; RIVERO HERNÁNDEZ, en *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, 3.ª ed. Barcelona, 1994, p. 316; CAFFARENA, voz «Condonación», en *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, t. I, Madrid, 1995, p. 1387.

²⁶ FLORENSA I TOMÁS, *La condonación de la deuda en el Código civil (Estructura y objeto del negocio remisivo)*, Madrid, 1996, pp. 27, 28, texto y nota 17; p. 165.

²⁷ GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 40 ss.

En el Derecho italiano posterior al Código de 1942 se ha negado que la condonación pueda considerarse con carácter general como un acto de liberalidad. La identificación de la condonación con el negocio de renuncia se ha llevado al extremo de afirmar que, dado que la renuncia verdadera y propia se agota en el acto del titular de desprenderse de su derecho, la función económica de la condonación es siempre el abandono del derecho de crédito, la separación del derecho de la esfera de su titular. Se dice por tanto que la condonación es un acto neutro o con causa variable: puede ser en unos casos negocio oneroso, en otros gratuito, o realizarse «solutionis causa», pero su causa típica y constante, entendida ésta como función económica, es siempre y exclusivamente el abandono del derecho de crédito ²⁸. Ello lleva a negar que la condonación, aun en el supuesto que se realice gratuitamente, deba ser considerada como acto de liberalidad ya que se excluye la existencia de «animus donandi» en el acreedor condonante, elemento éste indispensable para que un determinado supuesto pueda calificarse como acto de liberalidad ²⁹. Se afirma que la voluntad del acreedor está dirigida exclusivamente a separar el derecho de crédito de su propia esfera jurídica de manera que no puede apreciarse la existencia de una voluntad encaminada a extinguir la obligación del deudor y con ello provocar su enriquecimiento ³⁰.

En el Derecho español, Amat i Llari sigue en cierta medida esta teoría. Aunque afirma que la condonación es objetivamente gratuita porque no es concebible a cambio de contraprestación, niega que la condonación pueda considerarse como una liberalidad porque en su opinión la extinción de la obligación se produce como efecto reflejo de la renuncia al derecho de crédito ³¹.

Desde nuestro punto de vista esta configuración de la condonación no se adapta a la realidad. En otro lugar hemos mantenido que la renuncia no

²⁸ TILOCCA, voz «Remissione», en *Novissimo Digesto italiano*, t. XV, p. 399; DI PRISCO, «Remissione», en *Trattato di Diritto privato* dirigido por RESCIGNO, *Obbligazioni e contratti*, t. 1.º, Torino, 1991, p. 291.

²⁹ Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 122. Como se ha indicado con anterioridad, el enriquecimiento-empobrecimiento correlativos en que se sustancia un acto de liberalidad ha de ser libremente querido por las partes. La producción de un desequilibrio patrimonial provocado por las circunstancias (v. gr. situación de necesidad que obliga a vender un bien por debajo de su precio de mercado) no determina la existencia de un acto de liberalidad.

³⁰ TILOCCA, ob. cit., pp. 392 ss. Observa este autor que el eventual fin del renunciante de liberar al deudor queda dentro de la esfera de los motivos. Sólo si éstos se exteriorizan puede calificarse la condonación como acto de liberalidad en cuyo caso quedaría sujeta a las normas materiales propias de las liberalidades. En el mismo sentido DI PRISCO, ob. cit., pp. 295, 304, 305. Recogen esta orientación GIACOBBE y GUIDA, voz «Remissione», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIX, pp. 769, 771, texto y nota 29.

³¹ AMAT I LLARI, *La condonació del deute, Anàlisi dels articles 1187 a 1191 del CC*, Barcelona, 1987, pp. 136 ss., 149. En pp. 59, 61, afirma que el acto del acreedor sólo incide en su propia esfera jurídica.

Pese a que niega su carácter de liberalidad en pp. 168 ss. califica a la condonación como negocio lucrativo. Según esta autora negocio lucrativo es aquel que produce un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos sin necesidad de que exista ánimo de liberalidad. Pone como ejemplo de negocio lucrativo la sucesión testada y la intestada.

puede ser considerada con carácter general como un acto de liberalidad, porque no pueden calificarse como actos de liberalidad aquellos supuestos en que el enriquecimiento del beneficiario es un efecto de la ley y no es consecuencia de la voluntad del sujeto que actúa³². Así sucede en la renuncia a los derechos reales. Con independencia de que la renuncia a los derechos reales, a diferencia de la renuncia al crédito, puede ser concluida a título oneroso sin que ello afecta a su calificación negocial³³, aun en el supuesto en que se realice gratuitamente, la renuncia del titular hace eficiente la causa de adquisición del tercero pero no es causa inmediata del beneficio que éste recibe³⁴. La propia ley regula en ciertas ocasiones la renuncia a los derechos reales como «renuncia liberatoria» (cfr. arts. 395, 575, 599 CC). En estos casos la ley presupone que la renuncia se realiza con el fin del renunciante de liberarse de las obligaciones que la titularidad del derecho conlleva, y no, por consiguiente, con el fin de provocar el acrecentamiento patrimonial de otro sujeto («animus donandi» entendido en su acepción objetiva).

A nuestro parecer, dado que la ventaja patrimonial que eventualmente obtiene el tercero es una consecuencia de la ley y no deriva directamente de la voluntad del renunciante, la renuncia a un derecho real sólo puede considerarse como un acto de liberalidad cuando la finalidad de beneficiar al tercero aparezca como causa de la renuncia, es decir, cuando los motivos individuales del renunciante se incorporen a la causa del negocio.

La situación es distinta, sin embargo, cuando se trata de la condonación. En la condonación la ventaja patrimonial que obtiene el deudor es la extinción de la obligación y no una consecuencia ulterior como en la renuncia a los derechos reales³⁵. Se afirma, no obstante, que el único efecto de la remisión, entendida como renuncia, es la pérdida del derecho de crédito por parte de su titular, no siendo la extinción de la obligación y la liberación del deudor (y, por tanto, la ventaja obtenida por éste) más que efectos reflejos del acto de renuncia. Sin embargo hay que recordar que la ley considera la extinción de la obligación –acontecimiento que por sí mismo implica enriquecimiento para el deudor– como el efecto propio de tal negocio. En los distintos sistemas legislativos la condona-

³² SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 181, 182.

³³ La renuncia del titular de un derecho de servidumbre o de un derecho de usufructo a cambio de un precio no parece que deba conceptuarse como un negocio distinto al de renuncia. Será simplemente una renuncia onerosa.

³⁴ En la renuncia a la propiedad de bienes muebles («derelictio») la renuncia posibilita la adquisición del tercero a través de la ocupación. En la renuncia a derechos reales limitados el beneficio que obtiene el titular del derecho de propiedad es consecuencia del principio de elasticidad del dominio, no de la renuncia misma. En la renuncia al derecho de copropiedad el acrecentamiento patrimonial de los demás comuneros es consecuencia del derecho de acrecer, etcétera.

³⁵ En la renuncia a los derechos reales la ventaja obtenida por el tercero no es la propia extinción del derecho real. La extinción de éste es el presupuesto que permite la producción de una consecuencia ulterior: la reconstitución del dominio, el acrecimiento de la cuota del comunero, la ocupación de la «res nullius», etcétera.

ción se incluye entre los modos de extinción de las obligaciones lo que demuestra que su función económica típica no se agota en el abandono del crédito³⁶. La condonación tiene un efecto directo sobre la obligación del deudor provocando su extinción³⁷. Quizá podría decirse, como señala Perlingieri, que el acreedor, para extinguir su obligación se sirve del abandono de su derecho. La renuncia al crédito no es sino el instrumento jurídico utilizado para extinguir la obligación³⁸.

Desde nuestro punto de vista no puede afirmarse que la extinción de la obligación y, por tanto, la ventaja patrimonial que obtiene el deudor, es un efecto ocasional y extrínseco de la condonación (cuyo efecto se agota en la extinción del crédito) y que, por consiguiente, debe excluirse en principio su carácter de acto de liberalidad. Siendo la función económica propia de la condonación la extinción de la obligación sin obtener a cambio contraprestación, difícilmente puede pensarse que el acreedor pueda carecer de «animus donandi» o espíritu de liberalidad, al menos si se entiende éste en su acepción objetiva³⁹.

Para considerar como acto de liberalidad la renuncia gratuita a un derecho real (a diferencia de la renuncia al crédito, la renuncia al derecho real no es un negocio esencialmente gratuito; puede ser concluida a título oneroso) es necesario que la finalidad de enriquecer al sujeto que eventualmente pueda resultar beneficiado sea exteriorizada y pueda considerarse como causa (función económica) de la renuncia.

³⁶ Cfr. artículo 1151 CC español y artículo 1234 CC francés que incluyen la remisión entre los modos de extinción de las obligaciones. En el CC italiano vigente la condonación está encuadrada en el capítulo denominado «Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi del pagamento». El parágrafo 397 BGB dice que «la relación obligatoria ("das Schuldverhältniss") se extingue cuando el acreedor a través de un contrato condona la deuda al deudor».

³⁷ Indica MACIOCE, voz «Renuncia» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XL, p. 932, que la ventaja patrimonial que obtiene el deudor a consecuencia de la remisión es efecto directo del negocio («della fattispecie remissoria») que es concebido por el legislador como medio de extinción de la obligación.

³⁸ PERLINGIERI, ob. cit., p. 179.

³⁹ Frecuentemente se afirma que es posible que un crédito sea remitido sin propósito de mera liberalidad del bienhechor, sin que el renunciante se proponga enriquecer al deudor sino, por ejemplo, evitarse tan sólo molestias y gastos de persecución en juicio, evitar la presunción de que se cobran intereses cuando el crédito es incobrable, etc. (PÉREZ Y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1954, p. 366; CASTÁN, *Derecho Civil español común y foral*, t. III, 11.ª ed., 1974, p. 395. AMAT I LLARI, ob. cit., pp. 138, 139). Sin embargo, se confunde aquí el fin objetivo de la remisión con los motivos que impulsan al acreedor a llevarlo a cabo.

Como venimos diciendo, el ánimo de liberalidad se identifica con la voluntad de provocar el acrecentamiento patrimonial de otro sujeto, y ello con independencia de los motivos internos que induzcan al sujeto a adoptar tal decisión. Como observa SANCHO REBULLIDA, «Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación de las obligaciones», cit., p. 148, «en el ánimo del condonante siempre estará el acrecentamiento patrimonial del deudor, será éste la causa del negocio, aunque dicho acreedor obre por motivos egoístas». Fines tales como el indicado, o, por ej. eludir un determinado impuesto, no son, en palabras de este autor, sino «determinaciones psicológicas que se mantienen dentro de los límites de los motivos del negocio, careciendo por tanto, de relevancia jurídica».

En la condonación sucede, en cambio, lo contrario. Esta finalidad, la de provocar el aumento patrimonial del deudor, ya la presupone la ley. Así se desprende de la propia regulación de la condonación puesto que, basándose las reglas de forma y fondo de la donación en su carácter de acto de liberalidad, no tendría sentido que la ley dispusiera su aplicación a la remisión si la misma sólo excepcionalmente pudiera considerarse como realizada «animus donandi» y, por tanto, como un acto de liberalidad.

Recientemente Florensa i Tomàs sostiene que renuncia al crédito y condonación son figuras distintas. Este autor desarrolla una teoría formulada por Perlingieri quien afirma que en ciertas hipótesis es posible para el acreedor renunciar a su derecho sin que ello provoque la extinción de la correlativa obligación. Según Florensa mientras que la condonación está dirigida a extinguir la obligación del deudor, la renuncia tiene como fin la abdicación de la titularidad del derecho de crédito. Uno y otro negocio se diferencian en función de su objeto. La declaración de voluntad remisiva recae siempre sobre la posición pasiva de la relación obligatoria –la deuda–. La renuncia, en cambio, tiene como objeto el crédito. Aunque renuncia y condonación provocan (salvo en los supuestos que le sirven para sustentar esta diferenciación) el mismo efecto, esto es, la extinción de la obligación, matiza el indicado autor que en el supuesto de renuncia ello sólo se produce como consecuencia refleja del acto del acreedor ya que la renuncia agota sus efectos en la esfera jurídica del renunciante. Sólo en el supuesto de condonación la extinción de la obligación es efecto directo del negocio. En este caso el acreedor se inmiscuye directamente en la esfera jurídica del deudor liberándole de su obligación⁴⁰.

De aceptarse esta opinión, y teniendo en cuenta el razonamiento de la doctrina italiana anteriormente expuesto, podría pensarse que, mientras que la condonación es un acto de liberalidad, no lo es la renuncia al derecho de crédito cuyos efectos se agotan en la esfera jurídica del renunciante⁴¹.

Pensamos sin embargo que, aunque conceptualmente pueda establecerse la referida diferenciación en cuanto al objeto y modo de operar de renuncia y condonación, cuando la renuncia tiene como objeto un derecho de crédito, una y otra, dada la identidad del efecto producido, deben

⁴⁰ FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., pp. 117 ss.; 215 ss.; 233.

También SERNA MERÓN, «Notas sobre la remisión de la deuda», en *Homenaje al profesor Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 826, 827, se hace eco de la tesis de PERLINGIERI e indica que cuando la remisión es unilateral su diferenciación la renuncia sólo puede hacerse en base a su función. En la remisión el intento negocial –dice– es la extinción de la obligación, mientras que en la renuncia al crédito la extinción de la obligación no es efecto negocial sino sólo efecto indirecto del efecto negocial.

⁴¹ FLORENSA, ob. cit., pp. 154 y 227, dice que el acreedor cuenta para extinguir la obligación con dos negocios: la renuncia al crédito y la condonación, aunque sólo mediante el segundo se extingue la obligación de una manera directa e inmediata. La renuncia sólo extingue directamente la titularidad en el derecho de crédito.

considerarse como equivalentes ⁴². La tesis de Florensa se apoya en la existencia de dos supuestos en los cuales, según este autor, la renuncia del acreedor no provoca la extinción de la correlativa obligación. Tales supuestos son el previsto en el artículo 637 CC que este autor aplica a la donación obligatoria, y el supuesto en que el acreedor solidario renuncia frente a los demás a su cuota. En el primer caso estima Florensa que si el donante hace una donación obligatoria conjuntamente a varios sujetos y dispone el acrecimiento (o si hace una donación conjuntamente a marido y mujer y no lo excluye) la renuncia por parte de alguno de los donatarios a su derecho de crédito no implica la extinción de la obligación del donante ya que su cuota en el crédito acrece a los demás donatarios. En el segundo caso opina que si uno de los coacreedores solidarios renuncia a su cuota no se produce externamente la extinción de la obligación por el importe correspondiente a su participación en la misma. El deudor permanece vinculado por el todo ⁴³.

Por lo que respecta al artículo 637 CC hay que decir que el supuesto de hecho de este precepto es aquel en que existiendo un *llamamiento* conjunto a varios donatarios, alguno de ellos no puede o *no quiere aceptar* la donación, se trata en suma de una *oferta de donación* no aceptada ⁴⁴ y no de una renuncia a la cotitularidad —ya adquirida— del bien donado. El donatario que «renuncia» es aquel que no acepta la donación y, por tanto, de configurarse la donación como obligatoria, no llega a adquirir ningún derecho de crédito. No cabe pues utilizar el artículo 637 CC en favor de la diferente eficacia de renuncia al crédito y condonación.

En cuanto a la hipótesis de renuncia del acreedor solidario a su cuota, afirma este autor que, salvo que manifieste su voluntad de extinguir la correlativa obligación mediante condonación, hay que entender que aquélla no se extingue. Mediante la declaración de renuncia el renunciante sólo abandona su posición jurídica subjetiva en la cotitularidad pero no extingue la parte que le pertenece en su participación interna ⁴⁵. Para justificar tal afirmación el indicado autor se limita a

⁴² El propio FLORENSA, ob. cit., pp. 125, 234, reconoce que, siempre que exista un solo sujeto en la posición de acreedor, renuncia y condonación no son en realidad sino aspectos de un único fenómeno extintivo. Aunque afirma que en la renuncia se extingue el crédito y como consecuencia de ello la obligación, y en la condonación se extingue inmediatamente la deuda y, en su virtud, el derecho de crédito, estima que no existe prioridad cronológica entre tales fenómenos.

⁴³ FLORENSA, ob. cit., pp. 125 ss.

⁴⁴ Así lo indican expresamente, MANRESA, en *Comentario al Código civil español*, t. V, 7.^a ed., puesta al día por MARÍN PÉREZ, Madrid, 1972, p. 218; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit. p. 343; LACRUZ-RAMS ALBESA, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.^o, cit., p. 103.

Así se desprende además de los comentarios de GARCÍA GOYENA al artículo 955 del Proyecto de 1851 (que establecía igual norma que el actual 637.1) y 1256 (equivalente al 637.2). Concretamente respecto a este último, indicaba que el caso del artículo «era rarísimo» ya que sólo se daba cuando «un esposo renuncie expresamente la donación» (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimp., Zaragoza, 1974, p. 676).

⁴⁵ FLORENSA, ob. cit., pp. 125-129.

hacer valer el artículo 1143 CC y sostiene que del mismo se desprende que lo que extingue la obligación cuando existe solidaridad activa es la *condonación* efectuada por un coacreedor —ya que es ésta la expresión empleada en dicho precepto— pero no la mera *renuncia*, a la cual no hace referencia.

Ahora bien, si la renuncia del acreedor no extingue proporcionalmente la obligación del deudor ¿cuál es el destino de su cuota en el crédito? Si el deudor permanece obligado por el todo, o se entiende que la renuncia del coacreedor sólo le impide dirigirse contra el deudor solidario pero no cobrar su porción en el crédito, o se entiende que se produce el acrecimiento para los demás coacreedores. En el primer caso no estaríamos ante una renuncia al derecho de crédito, sino ante una renuncia a la posibilidad de ejercitarlo, de efecto similar a un «pactum de non petendo» (negocio que es difícil concebir como unilateral). En el segundo caso hay que tener en cuenta lo siguiente:

- La regla general en materia de renuncia al derecho de crédito es, y de esto no hay duda, la extinción de la correlativa obligación (ya sea de forma directa, ya indirecta como sostiene Florensa) porque no puede existir obligación sin crédito.

- Si esta es la regla general, la excepción, es decir, la no extinción del derecho de crédito por renuncia del acreedor cuando la titularidad en el crédito es compartida, debería ser establecida expresamente en la ley. Los supuestos que no cuentan con una regulación especial se rigen por las reglas generales. De manera que, para evitar que la renuncia al crédito de un cotitular suponga la extinción proporcional de la correlativa obligación, habría sido necesario que la ley hubiese establecido como consecuencia el acrecimiento. Sin embargo, no existe ninguna previsión legal al respecto. Y no cabe alegar la aplicación analógica de las reglas de la comunidad de bienes porque no existe identidad de razón.

- El acrecimiento en favor de los copropietarios cuando uno de ellos renuncia a su cuota se establece, en primer lugar y con carácter general, con el fin de impedir que la cuota se convierta en «res nullius», con la consiguiente posibilidad de ocupación de la misma por un tercero que ingresaría en la comunidad⁴⁶ (o tratándose de inmuebles, su adquisición por el Estado). En segundo lugar, y en relación al supuesto concreto del artículo 395 CC, el acrecimiento está justificado por el carácter liberatorio de la renuncia. El acrecimiento se produce, en cierto modo, como contrapartida de la asunción por los demás comuneros de las obligaciones que correspondían al renunciante. Como observa Miquel, si por efecto de la renuncia el derecho del renunciante no pasara a los otros, no se explicaría el efecto liberatorio de la misma⁴⁷.

⁴⁶ Vid. ROCA JUAN, «La renuncia liberatoria del comunero», *ADC*, 1957, p. 95.

⁴⁷ MIQUEL, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pp. 120, 121.

Por consiguiente, no encontramos ningún argumento que permita sostener que la renuncia del acreedor solidario a su cuota, sin manifestar su voluntad de que su cuota acrezca a los demás (lo que puede hacer *ex art.* 1255 CC), no provoca la extinción proporcional de la obligación. Obviamente, si el acreedor renuncia a su cuota en favor de sus coacreedores o acuerda expresamente con éstos que ha de producirse el acrecimiento, la obligación no se extingue proporcionalmente. Pero es que en este caso no estamos ante una verdadera renuncia sino ante lo que suele denominarse «renuncia traslativa» o «*in favorem*», que es en sustancia una cesión. La verdadera renuncia se agota en la declaración de abandono del derecho, desvinculándose el renunciante de la suerte ulterior del mismo. En la hipótesis que comentamos, sin embargo, el acreedor incide sobre el destino normal de la porción en el crédito «renunciada», evitando su extinción y atribuyéndola a los restantes acreedores. Se trata, pues, de un negocio transmisivo y no abdicativo. Si en este caso la «renuncia» del coacreedor al derecho de crédito no produce ningún efecto extintivo sobre la obligación es porque no se trata de una verdadera renuncia.

Estimamos por tanto que, cuando de derechos de crédito se trata, la renuncia equivale a la condonación. No existe, en nuestra opinión, ningún caso en que la renuncia al crédito –al menos, siendo verdadera renuncia y no otro negocio– no determine la extinción de la obligación (en su totalidad o en proporción al derecho del renunciante).

Conviene hacer referencia a la hipótesis en que la renuncia al derecho de crédito tiene lugar en el marco de un convenio otorgado en concurso de acreedores. En este caso, con independencia de que la renuncia de los acreedores sea objetivamente gratuita, nos parece claro que no puede apreciarse la existencia de un acto de liberalidad⁴⁸.

En el Derecho francés se considera ejemplo de condonación efectuada sin espíritu de liberalidad la denominada «*remise concordataire*», o remisión parcial obtenida por el deudor quebrado en un convenio judicial («*concordat judiciaire et forcé*»)⁴⁹. En este caso se excluye la existencia de toda intención liberal porque si los acreedores renuncian a una fracción de sus créditos lo hacen con el fin de facilitar de este modo el cobro de la porción restante. De hecho la remisión obtenida en convenio judi-

⁴⁸ Señala Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 562, que cabe «la renuncia del crédito realizada sin contraprestación, pero sin ánimo liberal, conluyendo en ella un interés del renunciante», y pone como ejemplo la «quita parcial» concedida para facilitar el cobro del resto del crédito.

⁴⁹ De este supuesto se distingue la remisión obtenida en «*concordat amiable*» que se lleva a cabo estando el deudor en suspensión de pagos. Este acuerdo va acompañado de la cesión de bienes a los acreedores. A pesar de que es provocado por las circunstancias, no tiene carácter forzoso. Es consentido voluntariamente por los acreedores y no es eficaz más que entre aquellos que hayan participado en el mismo. Por virtud de este acuerdo se extinguen las obligaciones accesorias como la fianza. AUBRY y RAU, *Cours de Droit civil français*, vol. IV, 5.ª ed., París, 1902, p. 206, texto y nota 26; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 645.

cial no extingue las obligaciones accesorias como la fianza⁵⁰. En segundo lugar, porque al imponerse la voluntad de la mayoría sobre la de la minoría, no existe la espontaneidad necesaria para que pueda hablarse de «animus donandi»⁵¹. La consideración de que este tipo de remisión viene forzada por las circunstancias y no existe una libre y espontánea voluntad de renuncia lleva a afirmar que la misma deja subsistente una verdadera obligación natural a cargo del comerciante, que si paga las deudas remitidas realiza un pago válido y eficaz⁵² y, dado que tal remisión no es considerada como un acto de liberalidad, se observa que no está sujeta a colación o reducción por inoficiosidad⁵³.

Por lo que respecta al Derecho español creemos que la denominada en el Código civil «quita» (art. 1917 y ss. CC), o condonación parcial obtenida por el deudor en convenio de acreedores, ya como medio de evitar la declaración de concurso, ya como medio de terminarlo no puede considerarse un acto de liberalidad. Por tanto no le es aplicable el artículo 1187 CC en cuanto sujeta la condonación a las reglas de la donación⁵⁴. Además, aunque habitualmente se suele definir la quita como condonación parcial, considerándola una modalidad de la remisión (se distingue dentro de la condonación expresa la extrajudicial y la judicial o quita)⁵⁵, es dudoso que puedan ser identificadas ambas instituciones si se tiene en cuenta la diversidad de efectos que producen. Mientras que el efecto propio de la condonación es la extinción definitiva (total o parcial) de la obligación del deudor, la eficacia extintiva de la quita queda supeditada al cumplimiento del convenio⁵⁶. Pero además, aunque el deudor cumpla

⁵⁰ Antiguo artículo 545 C. com.; artículo 49 de la ley de 13 de julio de 1967. La razón de esta disposición se encuentra en el hecho de que la remisión parcial viene impuesta por la insolvencia del deudor y es en este caso cuando las garantías deben jugar su papel. PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 645; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, t. III, trad. española, 4.ª ed., Madrid, 1960, p. 249.

⁵¹ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 636; WEILL y TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, 3.ª ed., París, 1980, p. 1117; CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, Les obligations, París, 11.ª ed., 1986, p. 575; MAZEAUD, ob. cit., p. 1186.

También DEKKERS, *Précis de Droit civil belge*, t. II, Bruxelles, 1955, p. 353.

⁵² BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1.774, p. 101; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1118; POISSON, voz «Remise de dette», en *Encyclopédie Dalloz*, t. VII, p. 2.

⁵³ BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1174, p. 101.

⁵⁴ Nos parece errónea, en este sentido, la opinión de TORRES LANA, «Comentario a los artículos 1187 a 1192 CC» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 266, quien indica que el artículo 1187 y siguientes son aplicables, como instauradores de un régimen general, a las manifestaciones concretas que aparecen en otros lugares del CC como las recogidas en los artículos 1917 a 1920.

⁵⁵ MANRESA, t. VIII, cit., p. 775; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, t. II, ed. rev. y puesta al día, Madrid, 1959, p. 422; CASTÁN, ob. cit., p. 275.

⁵⁶ Del artículo 1919 CC se deduce que la extinción de las deudas sólo se produce cuando el deudor cumple el convenio, lo que implica habitualmente que el deudor debe pagar la parte de los créditos no condonada. (AMAT I LLARI, ob. cit., pp. 241, 242, estima por ello que la quita podría considerarse como una novación o una transacción). Hasta entonces las acciones del acreedor están en un estado latente, con eficacia suspendida (GULLÓN, ob. cit., p. 677) y no se extinguen por tanto las obligaciones accesorias como la fianza (cfr. STS 14-9-87).

Se exceptúa, no obstante, el caso en que en virtud del convenio el deudor haya dado en pago sus bienes renunciando éstos a la diferencia entre lo percibido tras la ejecución de

el convenio, del artículo 1920 CC se desprende que la extinción de los créditos correspondientes sólo se produce hasta el importe en que hayan sido satisfechos. Salvo pacto en contrario los acreedores conservan sus derechos para cobrar, terminado el concurso, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte del crédito no realizada. Esto implica que, salvo que se pacte otra cosa, la quita provoca únicamente un efecto dilatorio del pago de la totalidad de la deuda de manera que, más que en la figura de la condonación, encaja en la del «pactum de non petendo»⁵⁷.

Por lo que respecta al «pactum de non petendo», tampoco puede considerarse un acto de liberalidad aunque se conceda sin contraprestación alguna a cargo del deudor⁵⁸. La existencia de una liberalidad requiere la producción de un empobrecimiento y enriquecimiento correlativos y en el «pactum de non petendo» el acreedor no sufre ninguna pérdida patrimonial puesto que no renuncia a su derecho de crédito. Mediante el «pactum de non petendo» el acreedor simplemente se obliga a no hacer valer su derecho de crédito durante un cierto tiempo. Si contraviene esta obligación, con independencia de que ello determine el nacimiento de una obligación de indemnizar daños y perjuicios⁵⁹, el deudor puede paralizar el ejercicio del crédito oponiéndole la correspondiente excepción⁶⁰. Más dudosa resulta la cuestión cuando el «pactum de non petendo» tiene carácter indefinido y no temporal⁶¹. Este acuerdo es similar en su resultado a la condonación puesto que se pier-

los bienes cedidos y el nominal de sus créditos. Si el deudor realizó la cesión «pro soluto» (y no «pro solvendo» en cuyo caso la cesión sólo libera al deudor de su responsabilidad por el importe de los bienes cedidos) se produce automáticamente la extinción de las primitivas obligaciones (SERNA MEROÑO, «Comentario a la STS 14-9-87, CCJ, 1987, núm. 15, p. 4997). Pero ello se debe a que la cesión «pro soluto» opera como dación en pago. En realidad no existe aquí verdadera condonación.

⁵⁷ Sólo si los acreedores hubiesen renunciado a la posibilidad de exigir el cobro de sus créditos con posterioridad se produciría igual efecto extintivo que en la condonación (SANCHO REBULLIDA, «Notas sobre la naturaleza jurídica...», cit., p. 150; AMAT I LLARI, ob. cit., p. 239) pero siempre y cuando el deudor hubiese cumplido el convenio (art. 1919).

Téngase en cuenta, en cualquier caso, que algunos autores no consideran aplicable el artículo 1920 a la quita obtenida en convenio anterior al concurso (así LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 301; GULLÓN, «Comentario a los arts. 1911 a 1920 CC» en *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales dirigidos por ALBALADEJO*, t. XXIV, Madrid, 1984, p. 679). En este caso sí se extinguen definitivamente los créditos de los acreedores una vez cumplido el convenio.

⁵⁸ Así, REICHEL, «Der Einforderungsverzicht (pactum de non petendo)» en *Jherjib*, 1935, t. 85, p. 18.

⁵⁹ La doctrina alemana y suiza estima que el acreedor que vulnera el «pactum de non petendo» está obligado a pagar los daños y perjuicios causados. (REICHEL, ob. cit., p. 19; SIBER, en *Planck's Kommentar zum BGB*, t. II, 1.ª parte, 4.ª ed., Berlín, 1914, p. 543; BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2.ª ed., Zürich, 1988, p. 400).

⁶⁰ El deudor está sujeto en primer lugar a hacer valer la excepción. Sólo cuando no la opone en el momento oportuno (se entiende que de modo no culpable) puede exigir indemnización por la vulneración del «pactum». PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543; REICHEL, ob. cit., p. 19.

⁶¹ REICHEL, ob. cit., p. 18, considera que el «pactum de non petendo» indefinido, realizado gratuitamente, sí conlleva un acto de liberalidad.

de la posibilidad de exigir el derecho de crédito con carácter definitivo⁶². De hecho, en el Derecho histórico español se tendía a equiparar el «pactum» indefinido con la remisión⁶³. Desde el punto de vista procesal cabe, no obstante, establecer alguna diferencia. Señala Gernhuber que, mientras que la condonación constituye un hecho extintivo de la pretensión, el «pactum de non petendo» otorga al deudor una excepción⁶⁴. Por otra parte, dado que el crédito no se ha extinguido cabe la posibilidad de que siga devengando intereses, estando el deudor obligado a pagarlos, si así lo acuerdan las partes, aunque no pueda exigírsele el cumplimiento de la obligación principal⁶⁵. En la medida que el crédito permanezca en el patrimonio del acreedor y conserve su valor económico no puede estimarse la existencia de un verdadero empobrecimiento del acreedor.

Por último queremos hacer constar que la calificación de la condonación como acto de liberalidad en nada empece su carácter de figura autónoma como modo de extinción de obligaciones ni supone en modo alguno su identificación con la donación. Frecuentemente se intenta negar el carácter de liberalidad de la condonación sólo con el fin de evitar que sea equiparada a la donación⁶⁶. Sin embargo, como se ha indicado, la consi-

⁶² En el Derecho suizo se califica por ello este pacto como «Klagverzicht» o renuncia a la acción, mientras que el pacto temporal se califica como «Stundung» o aplazamiento. No obstante, se diferencian en el Derecho suizo dos tipos de aplazamiento. En una modalidad, que equivale al «pactum de non petendo» temporal, se excluye la posibilidad de hacer valer el derecho de crédito por un tiempo determinado. En una segunda modalidad lo que se produce es una exclusión del vencimiento («Fälligkeit») del crédito hasta un determinado momento, es decir, se acuerda un retraso del momento fijado inicialmente para su vencimiento. BÜCHER, ob. cit., pp. 400, 404, 405; GAUCH-SCHLUEP, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, 6.ª ed., 1995, p. 221.

En el Derecho alemán se denomina también al «pactum de non petendo» temporal «Stundung». REICHEL, ob. cit., p. 7, niega, sin embargo, que pueda considerarse el pacto indefinido como verdadera renuncia a la acción porque —indica— el acreedor no se ve impedido de ejercitar judicialmente su derecho. Lo que sucede es que su reclamación no prosperará en tanto que el deudor cuenta con la correspondiente excepción.

⁶³ Así, Partida 5, 14, 1: «Quitamiento es cuando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar lo quel devia, e le quitan el debdo...»

GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho Civil y penal*, t. II, Madrid, 1874, p. 218; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil y el Código civil e Historia general de la legislación española*, t. IV, 2.ª ed., Madrid, 1899, p. 422.

⁶⁴ GERNHUBER, ob. cit., p. 338. El autor alemán utiliza los términos «Einrede», esto es, excepción, y «Einwendung», que literalmente significa objeción.

⁶⁵ En el Derecho suizo se entiende que el acreedor puede emplear el crédito objeto del «pactum» indefinido para compensarlo con otro que tenga asumido frente al deudor, o transmitirlo a un deudor de su deudor para que sea él quien lo compense. BUCHER, ob. cit., p. 400.

En el Derecho español se opone a esta posibilidad el requisito de exigibilidad de las deudas compensables previsto en el artículo 1196,4, aunque no parece que haya obstáculo que impida admitir en este caso la compensación voluntaria.

⁶⁶ AMAT I LLARI niega que la condonación pueda ser considerada como una liberalidad, aunque luego la califica como «negocio lucrativo» en atención al resultado económico producido (vid. nota 31).

Asimismo, FLORENSA I TOMÁS afirma que la condonación es un negocio «que no tiene siempre por causa la gratuidad» o «el ánimo liberal del remitente» —este autor identifica

deración de un determinado supuesto como liberalidad es útil en cuanto permite aplicarle aquellas normas, previstas para la donación, que tengan como fin la protección de los sujetos que puedan resultar perjudicados por el resultado económico producido.

III. LA EXISTENCIA DE ENRIQUECIMIENTO DEL DEUDOR. SU INFLUENCIA EN LA ESTRUCTURA BILATERAL O UNILATERAL DE LA CONDONACIÓN

Como es sabido la remisión del artículo 1187 CC a las formas de la donación ha ocasionado multitud de discusiones en la doctrina española acerca de la unilateralidad o bilateralidad de la condonación. Los autores que han estudiado este tema con mayor profundidad (Amat i Llari, Florensa i Tomás) se inclinan a sostener la naturaleza unilateral de la condonación, la primera identificándola con la renuncia al derecho de crédito, el segundo considerándola un negocio diverso. Se considere o no que la condonación de la deuda es lo mismo que la renuncia al derecho de crédito, lo cierto es que carece de sentido exigir la aceptación del deudor para la eficacia de la condonación si el acreedor puede prescindir totalmente de la voluntad de éste renunciando a su derecho de crédito ex artículo 6,2 CC⁶⁷. Del mismo modo, siendo la renuncia un negocio unilateral no recepticio, no nos parece lógico exigir el carácter recepticio como requisito estructural de la condonación —configurada como negocio unilateral⁶⁸.

La bilateralidad de la condonación sólo podría sostenerse demostrando que las razones que justifican la exigencia de aceptación del deudor impiden la admisibilidad de la renuncia unilateral al derecho de crédito. Esto es lo que sucede en el Derecho francés y alemán. Dado que en tales sistemas la condonación se estructura como negocio bilateral se excluye la posibilidad de renunciar unilateralmente al derecho de crédito.

uno y otro concepto— (ob. cit., pp. 165, 166). Pero, como no puede obviar la existencia de un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos, califica este resultado, sorprendentemente, como «inoficiosidad», indicando que el requisito de la «inoficiosidad» es ineludible en toda condonación según el CC ya que justifica la aplicabilidad parcial del régimen de la donación a la condonación (ob. cit., pp. 294, 295, 327, 328).

⁶⁷ No estimamos por ello admisible la opinión de SANCHEZ REBULLIDA, «Notas sobre la naturaleza jurídica de la condonación», cit., p. 142, que distingue dentro de la figura de la condonación de la deuda varios tipos: la condonación expresa, que exige necesariamente la aceptación del deudor y por tanto se configura como negocio bilateral; la condonación tácita; la renuncia unilateral al derecho de crédito (art. 6.2 CC) y el legado de liberación (arts. 870, 872 CC).

⁶⁸ FLORENSA, ob. cit., pp. 174 ss, utiliza el carácter recepticio como criterio diferenciador entre condonación y renuncia al derecho de crédito. Mientras que, según este autor, la condonación es una declaración unilateral recepticia porque mediante ella el acreedor se inmiscuye en la esfera jurídica del deudor, la renuncia al crédito no tiene carácter recepticio.

Una de las razones principalmente aducidas en favor de la bilateralidad de la condonación es la existencia de enriquecimiento para el deudor y la idea de que nadie puede enriquecerse si no quiere. Dado que hasta ahora hemos venido poniendo de relieve la importancia de este efecto económico conviene analizar si en su virtud habría que considerar la condonación como negocio bilateral. Veamos cuál es la situación en los ordenamientos en que la condonación es un contrato.

En el Derecho francés el carácter bilateral de la condonación se desprende, según los autores, del artículo 1285 CC que define la condonación como «liberación convencional» («décharge conventionnelle») ⁶⁹. La necesidad de aceptación del deudor se ha venido justificando tradicionalmente con base a dos argumentos. Se aduce, por un lado, que la obligación es un vínculo creado entre dos sujetos y por tanto no puede ser disuelto unilateralmente sin consentimiento del deudor ⁷⁰, y por otro, que la remisión implica la imposición de una ventaja al deudor y nadie puede enriquecerse si no quiere ⁷¹. Este último argumento era igualmente empleado por la doctrina italiana posterior al Código de 1865, en el que la condonación asumía también carácter de contrato ⁷². Tal idea tiene su origen en lo postulado por Pothier, quien equiparaba la remisión a la donación en cuanto a su efecto y negaba, frente a la opinión de otros autores, que el acreedor pudiese por su sola voluntad y sin la aceptación del deudor extinguir la obligación ⁷³.

Resulta llamativo, sin embargo, que para la renuncia a los derechos reales no se exija la aceptación del sujeto beneficiado ⁷⁴. En el Derecho francés tanto la remisión de la deuda como la renuncia a los derechos reales limitados se consideran ejemplos de *donaciones indirectas* ⁷⁵, concepto éste que se utiliza para englobar a todos aquellos actos de liberalidad que no pueden considerarse donaciones propiamente dichas. Pese a ello, para la eficacia de la renuncia no se exige la aceptación del sujeto favorecido ⁷⁶. Aunque en nuestra opinión la renuncia a un derecho real no encaja en exactamente en el concepto de acto de liberalidad porque, como se ha dicho, la ventaja que se obtiene es sólo consecuencia indirecta del acto de renuncia, no puede negar-

⁶⁹ CARBONNIER, ob. cit., p. 575; MAZEAUD, p. 1186.

⁷⁰ LAURENT, ob. cit., p. 363, núm. 337; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., p. 96, núm. 1767; BRETON, «Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en Droit civil français», en *Rev. trim. Droit civil*, 1928, p. 280; RAYNAUD, «La renonciation a un droit (sa nature et son domaine en Droit civil)», *Rev. trim. Droit civil*, 1936, t. XXIV, p. 777; POISSON, voz «Remise de dette», cit., p. 1.

⁷¹ COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 245; MAZEAUD, ob. cit., p. 1191.

⁷² El artículo 1282 CC italiano hablaba igualmente de «liberación convencional». RICCI, ob. cit., p. 386; LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. 2.º, en *Il Diritto civile italiano*, dirigido por FIORE y BRUGI, Napoli-Torino, 1925, pp. 279, 280.

⁷³ POTHIER, «Traité des obligations», en *Ouvres de Pothier* anotadas por BUGNET, t. 2.º, París, 1890, p. 326, núm. 614.

⁷⁴ Este hecho ya era puesto de relieve por LAURENT, ob. cit., p. 362, núm. 337.

⁷⁵ Vid. SANTOS MORÓN, ob., cit., p. 125.

⁷⁶ Por todos, DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», en *Encyclopédie Dalloz*, t. VII, p. 2.

se que existe imposición de una ventaja al sujeto que, directa o indirectamente, resulta enriquecido⁷⁷. ¿Por qué se exige la aceptación del sujeto enriquecido en la condonación pero no en la renuncia a derechos reales?

Por lo que respecta al Derecho alemán, el parágrafo 397 BGB dispone: «La relación obligatoria⁷⁸ se extingue si el acreedor, mediante contrato, condona la deuda al deudor. Lo mismo vale si el acreedor reconoce por contrato con el deudor que la relación obligatoria no existe». A diferencia de lo que sucede en el Derecho francés esta disposición legal es frecuentemente criticada por la doctrina que no encuentra suficientes razones para justificar la estructura bilateral de la condonación⁷⁹.

Contra la idea de que la obligación es un «vinculum iuris» entre dos sujetos que no puede ser disuelto unilateralmente, se objeta que en el Derecho moderno el crédito se ha convertido en un objeto de valor que puede ser libremente transmitido sin consentimiento del deudor⁸⁰, y que tanto mediante el pago de la deuda por un tercero (parágrafo 267 BGB) como mediante un contrato de asunción de deuda (parágrafo 414) puede imponerse al deudor la liberación de su obligación⁸¹. De ahí que algún autor sostenga que no es la lógica de la relación obligatoria lo que justifica la bilateralidad de la condonación sino la moderna valoración de la personalidad del deudor⁸².

En cuanto a la idea de que a nadie puede imponérsele una ventaja contra su voluntad, se observa que tal principio no es reconocido por la ley como regla general⁸³. En materia de derechos reales se admite la renuncia unilateral y, sin embargo, el peligro de imponer una ventaja no querida no es aquí menor que en la condonación⁸⁴, lo cual resulta bas-

⁷⁷ En este sentido *vid.* GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en Droit civil*, Paris, 1971, p. 88.

⁷⁸ Aunque el parágrafo 397 utiliza el término «Schuldverhältnis» (relación obligatoria), la doctrina observa que se emplea esta expresión en sentido estricto, para aludir a las concretas obligaciones que se derivan del contrato y no a la totalidad de la relación obligatoria que se extingue mediante el denominado «Aufhebungsvertrag», equivalente al mutuo disenso. WALSMANN, *Der Verzicht*, Leipzig, 1912, p. 231.

⁷⁹ GERNHUBER, *ob. cit.*, p. 371; ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, 11.ª rev. por Lehmann, trad. española anotada por Pérez y Algüer, 2.ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1954, p. 361, nota 1; OERTMANN, *Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse*, 5.ª ed., Berlín, 1928, p. 430.

⁸⁰ WALSMANN, *ob. cit.*, pp. 96, 97.

⁸¹ REICHEL, *ob. cit.*, p. 23, quien indica que no se entiende porqué el acreedor no puede contra la voluntad del deudor condonar la deuda, al menos si la condonación es gratuita. WESTERMANN, en ERMANN, *Handkommentar zum BGB*, t. I, 9.ª ed., Münster, 1993, ex parágrafo 397 BGB, p. 861.

También COHN, «Erlass und Verzicht nach dem BGB», *GruchB*, 47, 1903, p. 229, aunque es partidario de la bilateralidad de la condonación, pone de relieve este hecho.

⁸² DU CHESNE, «Begriff und Arten des Verzichtes», *ArchBürgR*, XLII, 1916, pp. 302, 303.

De acuerdo con esta opinión, STAUDINGER-KADUK, p. 668, quien dice que en atención a la personalidad del deudor el acreedor no puede prescindir de su voluntad de persistir o no en la obligación; asimismo, LARENZ, *ob. cit.*, p. 267.

⁸³ WALSMANN, *ob. cit.*, p. 182.

⁸⁴ WACKE, en *Münchener Kommentar*, t. 4.º, 2.ª ed., München, 1986, ex parágrafo 875, p. 145.

tante contradictorio. Sirva como ejemplo lo siguiente: La extinción («Aufhebung») de derechos reales limitados recayentes sobre fincas es regulada con carácter general en el parágrafo 875. En principio la renuncia («Verzicht») del titular de un derecho real limitativo del dominio equivale a su extinción («Aufhebung»). Sin embargo esta regla se altera cuando se trata de derechos de garantía. Si el acreedor hipotecario renuncia a su derecho de hipoteca éste se transmite al propietario que adquiere una deuda inmobiliaria de propietario («Grundschuld») –parágrafo 1168, 1–. El derecho de garantía, por tanto, no se extingue. Según el parágrafo 1183 la extinción de la hipoteca a través de negocio jurídico unilateral («Aufhebung») requiere la aprobación del propietario («Zustimmung») ⁸⁵. La necesidad de aprobación del propietario para que el derecho de hipoteca se extinga definitivamente y no le sea transmitido, según la doctrina, protege la expectativa de éste a la adquisición futura de la deuda de propietario ⁸⁶. Se observa, por tanto, que lo que en este caso protege la ley, no es el interés del propietario en *no obtener una ventaja contra su voluntad*, sino su interés en *no ser privado de una ventaja que le viene impuesta por la ley* (parágrafo 1183).

Se explica, por consiguiente, que la doctrina alemana afirme que la dispersa regulación de la renuncia no permite extraer unos principios uniformes ⁸⁷ y que se indique, en definitiva, que la idea de la imposición de una ventaja no querida no se tiene en cuenta por el legislador cuando pretende facilitar el tráfico, siendo postergada en ocasiones ante razones de conveniencia ⁸⁸.

Es importante señalar además que, aunque teóricamente (parágrafo 397) es necesaria la aceptación del deudor para la eficacia de la condonación, esta regla resulta en cierta medida modificada mediante la aplicación del parágrafo 151. En base a este precepto la aceptación de una oferta no tiene que ser declarada cuando conforme a los usos del tráfico tal declaración no es de esperar. Se afirma por consiguiente que si el deudor calla, su silencio –al menos cuando la condonación es gratuita– debe ser interpretado como aceptación ⁸⁹. La necesidad de aceptación del deu-

⁸⁵ La aprobación o «Zustimmung» no debe confundirse con la declaración de aceptación («Annahme») a una oferta de contrato. Se trata de una mera declaración de asentimiento no equiparable al consentimiento contractual. *Vid.* PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543.

⁸⁶ GURSKY, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. 3.º, 10.ª ed., Berlín, 1995, ex parágrafo 875, p. 416; KONZEN, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. 6.º, 12.ª ed., 1989, ex parágrafo 1168, p. 1487.

Suele decirse que la aprobación del propietario a la extinción de la hipoteca implica una renuncia a la adquisición de la deuda de propietario que derivaría de la aplicación del parágrafo 1168. MÜNCHENER-WACKE, ob. cit., p. 145; EICKMANN, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 4.º, 2.ª ed., München, 1986, ex parágrafo 1183, p. 1709.

⁸⁷ MÜNCHENER-WACKE, ob. cit., p. 145; STAUDINGER-GURSKY, ob. cit., pp. 414, 415.

⁸⁸ MÜNCHENER-WACKE, ob. cit., p. 145.

⁸⁹ GERNHUBER, ob. cit., p. 379; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 669; ZEISS, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. 2.º, 12.ª ed., Stuttgart, Berlín, Köln, 1990, ex parágrafo 397, pp. 1813, 1814; HEINRICHS, en *Palandt Kommentar zum BGB*, 55.ª ed., München, 1996, ex parágrafo 397, p. 460.

dor se convierte, pues, en definitiva, en una posibilidad de oponerse a la realización de la condonación⁹⁰.

Algo similar ocurre en el Derecho suizo. En este sistema, al igual que en el alemán, la condonación precisa la aceptación del deudor⁹¹. Sin embargo, la aplicación del artículo 6 del Código de obligaciones⁹² determina que se afirme que, como la condonación se realiza en interés del deudor, en tanto que éste no manifieste su rechazo en un término prudente la aceptación ha de presumirse⁹³.

A la vista de lo que sucede en el Derecho alemán y suizo podría pensarse que para proteger los intereses del deudor bastaría con otorgarle la posibilidad de rechazar la condonación⁹⁴. De hecho, este es el sistema previsto en el Código civil italiano de 1942.

El nuevo Código italiano establece en su artículo 1236 que «la declaración del acreedor de remitir la deuda extingue la obligación cuando es comunicada al deudor, salvo que éste declare en un término prudente no querer aprovecharse de la misma». Aunque hay quien defiende que esta facultad de oponerse del deudor constituye una participación directa y efectiva del mismo en el negocio, que debe considerarse un contrato, la doctrina entiende mayoritariamente que este precepto establece el carácter unilateral de la condonación. Se entiende que la declaración del acreedor y la eventual oposición del deudor son negocios unilaterales autónomos. La extinción de la obligación se produce como consecuencia de la declaración del acreedor. La eventual oposición del deudor opera como condición resolutoria o «evento neutralizador» de la eficacia de la renuncia. La condonación supone, por tanto, la existencia de dos negocios unilaterales coligados⁹⁵.

⁹⁰ WALSMANN, ob. cit., p. 232, señala que si el sentido y finalidad de la exigencia de contrato es que el deudor no pueda ser forzado a aceptar la liberación de su obligación, esta finalidad se cumple si el deudor al recibir la oferta de condonación puede expresar su declaración de rechazo. No es necesario que efectivamente acepte la condonación. Si calla puede apreciarse la aceptación en su silencio.

⁹¹ El artículo 115 del Código de Obligaciones suizo requiere para la extinción («Aufhebung») del crédito —el precepto se refiere al crédito y no a la obligación— un acuerdo («Übereinkunft»).

⁹² El artículo 6 OR dice que «Si a consecuencia de la específica naturaleza del negocio o de las circunstancias no hay que esperar una aceptación expresa, vale el contrato como concluido (“abgeschlossen”) cuando la oferta no se rechaza en un plazo prudente».

⁹³ VON THUR-ESCHER, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, t. II, 3.^a ed., Zürich, 1974, p. 175; BUCHER, ob. cit., p. 401; GAUCH-SCHLUEP, ob. cit., p. 217.

⁹⁴ Así lo observa LARENZ, ob. cit., p. 267, quien, aun considerando justificada la bilateralidad de la remisión, indica que habría bastado con que la ley diera al deudor la posibilidad de rechazarla.

⁹⁵ También hay autores que consideran preferible entender que la declaración del acreedor está sujeta a la condición suspensiva de que el deudor no se oponga en un término prudente.

Vid. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, pp. 252 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 465, nota 17; GIACOBBE y GUIDA, voz «Remissione», cit., pp. 772 ss.; TILOCCA, ob. cit., pp. 412 ss.; DI PRISCO, ob. cit., pp. 290, 297.

Hemos visto que al argumento que más frecuentemente se utiliza para sustentar la bilateralidad de la condonación, esto es, que nadie puede enriquecerse si no quiere, se opone el hecho de que se admita la renuncia unilateral a los derechos reales. En realidad lo que puede justificar la bilateralidad de la condonación no es tanto la existencia de un enriquecimiento para el deudor —también existe enriquecimiento en la renuncia a los derechos reales— sino el *modo* en que se produce ese enriquecimiento. Mientras que en la renuncia a los derechos reales la ventaja que pueda obtener el tercero es ocasional y extrínseca al acto de renuncia y no es un efecto directo de éste (de ahí que no pueda conceptuarse en principio como acto de liberalidad) la ventaja que obtiene el deudor en la remisión es consecuencia directa del negocio⁹⁶. Como ya se puso de relieve en el anterior apartado, la extinción de la obligación del deudor es el efecto propio de la remisión y no un efecto reflejo o indirecto del negocio, como sostienen algunos autores. En la renuncia a los derechos reales el renunciante extingue el vínculo que le une con la cosa. De la extinción del mismo puede derivarse un beneficio para un tercero. En la condonación el remitente extingue el vínculo que le une con otro sujeto⁹⁷. Su declaración de renuncia tiene por tanto un reflejo en el ámbito jurídico ajeno. Ello explica que en los Ordenamientos en que se exige la aceptación del deudor para la eficacia de la condonación se admita la renuncia unilateral a los derechos reales.

Lo decisivo no es el hecho de que se produzca un enriquecimiento para el deudor, sino el hecho de que la declaración de renuncia del acreedor incide directamente en la esfera jurídica ajena⁹⁸ y «ninguna modificación de la esfera jurídica de una persona, aunque sea ventajosa, puede verificarse sin el consentimiento del interesado»⁹⁹. Tampoco justifica la bilateralidad de la condonación la idea de que el vínculo jurídico no puede disolverse unilateralmente porque para su constitución es necesario el consentimiento del deudor. En tal caso los créditos no contractuales, por ejemplo, los derivados de culpa extracontractual, deberían seguir un régimen distinto¹⁰⁰. La razón sólo puede encontrarse en el hecho de que el acto del acreedor afecta la esfera jurídica de otro¹⁰¹, incide en su

⁹⁶ MACIOCE, voz «Rinuncia», cit., pp. 931 ss; BENEDETTI, «Struttura della remissione», *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1962, vol. II, p. 1305.

Así, señala RAYNAUD, «La renonciation a un droit», cit., p. 782, que para que fuese necesaria la aceptación del beneficiario en todo negocio de renuncia sería necesario que el enriquecimiento se produjera directamente.

⁹⁷ LAURENT, ob. cit., p. 363, núm. 337.

⁹⁸ GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 79 ss.

⁹⁹ ZATTI, *Diritto privato (Diritto civile)*, t. II, Padova, 1983, p. 171.

¹⁰⁰ WALSMANN, ob. cit., p. 181; GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 88, 89.

¹⁰¹ En este sentido señala TILOCCA, ob. cit., p. 403, texto y nota 1, que la consideración de que la remisión afecte o no a la esfera jurídica del deudor es importante. Si se piensa que sólo surte un efecto reflejo en la esfera del deudor como sucede con la renuncia a los derechos reales se tiende a mantener la unilateralidad de la condonación. Si por el contrario se piensa que tiene un efecto directo se tiende a justificar la contractualidad de la remisión.

En la misma línea, observa DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 2, que el que la renuncia sea «un acto abdicativo que no afecta a la esfera jurídica de otro» justifica «que se encare en una manifestación de voluntad unilateral». Sin embargo, conti-

patrimonio extinguiendo su obligación. Y cabe la posibilidad de que el deudor tenga interés en el mantenimiento de ésta.

En definitiva la estructuración de la condonación como negocio unilateral o bilateral depende de cómo se valoren los intereses en conflicto¹⁰²: de una parte, el interés del acreedor en despojarse de su derecho de crédito y el —más que probable— coincidente interés del deudor en obtener la liberación sin cumplimiento; de otra, al eventual interés del deudor en el cumplimiento o, al menos, en no ser liberado mediante la condonación de la obligación¹⁰³. En el esquema contractual los intereses primeramente indicados se supeditan al interés del deudor en el cumplimiento. En el esquema unilateral, en cambio, es este último interés el que no se considera merecedor de tutela¹⁰⁴. De ahí que se afirme por parte de la doctrina italiana que el esquema adoptado en el Código civil de 1942 es el que mejor permite conciliar los intereses en juego: se considera prevalente el interés del acreedor y el interés del deudor en conseguir la liberación sin tener que cumplir la obligación —que es el que con toda probabilidad se dará más frecuentemente— y secundario y subordinado el posible interés del mismo en el cumplimiento¹⁰⁵.

Por lo que respecta al Derecho español, de sostenerse la estructura bilateral de la condonación habría que negar la posibilidad de renunciar unilateralmente al derecho de crédito¹⁰⁶ y ello no resulta fácilmente admisible a la vista del artículo 6, 2 CC que no hace ninguna excepción en relación a los derechos de crédito. Teniendo en cuenta que las razones que justifican la bilateralidad de la condonación son: *a)* el hecho de que el acreedor se inmiscuye en el patrimonio del deudor y afecta su esfera jurídica y *b)* la existencia de un posible interés del deudor en el cumplimiento, no parece que pueda mantenerse en nuestro Derecho la necesidad de aceptación del deudor para la eficacia de la condonación. En cuanto a la primera razón, la propia ley permite en otros supuestos la ingerencia del acreedor en la esfera jurídica del deudor. Mediante la asunción de la deuda por un tercero (art. 1205) el acreedor puede liberar al deudor sin su consentimiento. Por tanto, no parece que el legislador haya considerado necesario preservar el ámbito jurídico del deudor. De hecho, se afirma que la posición de preeminencia que ostenta el acreedor

núa: «la estructura unilateral no conviene en aquellos casos en que la prerrogativa abandonada afecta intereses de otra persona», supuesto éste en el que incluye la condonación de la deuda.

¹⁰² Para SERNA MEROÑO, «Notas sobre la remisión de la deuda», cit., pp. 821, 826, la determinación de la estructura unilateral o bilateral de la remisión sólo puede hacerse teniendo en cuenta el tipo de obligación a que se refiere ya que estima que la valoración de los intereses en juego no puede ser la misma en las obligaciones de dar, hacer o no hacer.

¹⁰³ TILOCCA, ob. cit., pp. 403, 404; MACIOCE, ob. cit., p. 937; DI PRISCO, ob. cit., p. 301.

¹⁰⁴ BENEDETTI, ob. cit., p. 1303.

¹⁰⁵ TILOCCA, ob. cit., p. 405; BENEDETTI, ob. cit., p. 1304; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 774; DI PRISCO, ob. cit., pp. 301, 302.

¹⁰⁶ Incluso aunque se piense que la condonación y la renuncia al crédito son negocios diferentes.

en la obligación le permite disponer de ésta e incluso disponer de la esfera jurídica del deudor¹⁰⁷. En cuanto a la segunda razón, la doctrina española coincide en afirmar que el deudor tiene derecho a liberarse pero no tiene un derecho subjetivo al cumplimiento¹⁰⁸. El acreedor tiene la carga de colaborar en el cumplimiento del deudor y facilitarle la liberación, pero no tiene un deber de aceptar el pago ofrecido por el deudor, aun en el caso de que éste sea objetivamente regular¹⁰⁹. Si existiera un derecho del deudor a cumplir la prestación estaría protegido directa o indirectamente por el Ordenamiento¹¹⁰. A lo dicho cabe añadir que, con el pretexto de proteger al deudor, la necesidad de aceptación para la eficacia de la condonación lleva frecuentemente a perjudicarle. Así ocurrirá siempre que el acreedor se arrepienta de su decisión tras efectuar la condonación y pretenda cobrar el crédito¹¹¹, supuesto éste que se ha pretendido solventar haciendo uso del principio de buena fe y de protección de la confianza¹¹².

En cualquier caso, aunque nos parece indudable que el deudor no tiene un derecho subjetivo al cumplimiento, pensamos que sí puede tener un «interés jurídicamente relevante» en que la obligación no se extinga mediante la condonación¹¹³. En nuestro Derecho se soluciona la hipótesis en que el deudor pueda sufrir algún perjuicio a consecuencia de la condonación indicando que el artículo 6, 2 declara la invalidez de las renunciaciones

¹⁰⁷ FLORENSA, ob. cit., pp. 150 ss.

¹⁰⁸ ALBALADEJO, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 120; DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 469 ss.; GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., pág. 326; AMAT I LLARI, ob. cit., p. 62; FLORENSA I TOMÁS, ob. cit., pp. 167 ss.

¹⁰⁹ CABANILLAS, *Las cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, Madrid, 1988, pp. 118 ss.

¹¹⁰ AMAT I LLARI, ob. cit., pp. 70, 71.

¹¹¹ Señala CAFFARENA, *La solidaridad de deudores; excepciones oponibles por el deudor solidario y modos de extinción de la obligación en la solidaridad pasiva*, Madrid, 1980, p. 287, que «el deudor, que es la persona a cuyo favor se aducen las razones de la imposibilidad de una renuncia del crédito, va a ser el que en la realidad quedará perjudicado la mayoría de las veces por la inoperatividad de la declaración de su acreedor».

¹¹² DÍEZ-PICAZO, *Estudios de jurisprudencia civil*, vol. 1.º, Madrid, 1974, p. 524, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. 2.º, *Derecho general de las obligaciones*, Barcelona, 1976, p. 435, mantienen que la condonación debe considerarse irrevocable, con independencia de que haya sido o no aceptada por el deudor, cuando la manifestación de voluntad del acreedor haya despertado en el deudor una razonable confianza en su liberación o cuando una reclamación ulterior suponga una contravención de la buena fe.

¹¹³ Téngase en cuenta que al deudor puede no interesarle la condonación de su obligación por motivos fiscales.

Imaginemos, por otra parte, el supuesto en que un empresario teatral contrata a un actor desconocido para que represente, en sustitución del actor principal que se encuentra enfermo, el papel protagonista en una obra de gran éxito. Si el empresario condona al indicado actor su obligación indicándole que no tiene ya que actuar debido, por ejemplo, al pronto restablecimiento del principal, puede pensarse que ello le perjudica ya que, aun en el caso en que a pesar de ello el empresario abone el sueldo acordado, pierde la oportunidad de ser conocido.

También cabe la posibilidad de que el deudor al que se le condona la deuda pueda sentirse, en determinadas circunstancias, coaccionado moralmente frente al acreedor en cuanto al desarrollo de cierta conducta a la que, como consecuencia de la remisión, podría sentirse obligado.

que perjudiquen a tercero¹¹⁴, y que puede decretarse la nulidad del negocio por causa ilícita ex artículo 1275 CC¹¹⁵. No obstante, puede haber casos en que ambos preceptos no permitan proteger adecuadamente el interés del deudor en la no extinción de la obligación por no apreciarse un perjuicio efectivo, en el sentido de valorable económicamente, para éste¹¹⁶.

Resumiendo todo lo expuesto, si se tienen en cuenta los distintos Ordenamientos analizados, y a la vista de lo que sucede en el Derecho alemán y suizo donde en la práctica la necesidad de aceptación del deudor se convierte en una posibilidad de rechazarla, hay que concluir que el sistema que adopta la solución más acertada es el italiano por lo que entendemos que, «de lege ferenda», podría abogarse por su aceptación¹¹⁷.

IV. REQUISITOS DEL NEGOCIO

1. REQUISITOS SUBJETIVOS

Se entienda o no que la condonación equivale a la renuncia al derecho de crédito no hay duda que supone la realización de un acto de disposición sobre el crédito. El sujeto legitimado para realizar la condonación es naturalmente el titular del mismo. En este sentido ya Gutiérrez Fernández incluía entre los «requisitos para la remisión» que «sólo puede autorizarla el verdadero acreedor»¹¹⁸.

En virtud de un poder de representación un tercero puede estar legitimado para realizar la condonación (legitimación indirecta). Giacobbe y Guida, partiendo de la caracterización de la condonación como acto neutro o abstracto, que puede obedecer a distintas causas¹¹⁹, estiman que no puede calificársela «a priori» como acto de extraordinaria administración, aunque cuando la remisión se concrete en una liberalidad indirecta tendría tal carácter¹²⁰. Allara entiende, sin embargo, que la condonación, en cuanto negocio renunciativo, e «independientemente de su causa onerosa o gratuita», excede siempre de la ordinaria administración¹²¹.

¹¹⁴ CAFFARENA, *La solidaridad de deudores*, cit., p. 286.

¹¹⁵ CAFFARENA, *La solidaridad de deudores*, cit., p. 286. FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., p. 142, aplica el criterio de ilicitud de la causa al supuesto en que, según algunos autores, la remisión pueda considerarse contraria a la moral por lesionar el honor del deudor implicando para éste un acto de humillación. (En este sentido, MANRESA, ob. cit., p. 776.)

¹¹⁶ Así en los supuestos apuntados en segundo y tercer lugar en la nota 113.

¹¹⁷ En este sentido se pronuncia BLASCO GASCÓ, «Reflexiones acerca de la condonación de la deuda», en *ADC*, 1990, t. XLIII, pp. 65 ss.

¹¹⁸ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Estudios de Derecho Civil español*, t. IV, reimp. Valladolid, 1988, p. 158.

¹¹⁹ *Supra*, apartado II.

¹²⁰ GIACOBBE Y GUIDA, ob. cit., p. 784.

¹²¹ ALLARA, ob. cit., p. 233. BIANCA, ob. cit., p. 471, opina también que es un acto de extraordinaria administración.

En nuestra opinión y, dado que estimamos que la condonación típica es siempre un negocio gratuito (la condonación realizada a cambio de contraprestación, si bien es posible, no es verdadera y propia condonación) que implica la realización de un acto de liberalidad, hay que considerarla como un acto de disposición o de extraordinaria administración ¹²². El poder para remitir un crédito ha de ser un poder especial y expreso ¹²³. Dado que la condonación implica un empobrecimiento para el acreedor en beneficio de otro sujeto, parece necesario que sea el acreedor el que decida en cada caso el crédito objeto de extinción no siendo posible otorgar a un representante un poder general para condonar (del mismo modo que tampoco cabe esta posibilidad para donar) ¹²⁴.

En cuanto a los requisitos de capacidad, es necesario que el acreedor tenga capacidad para disponer del derecho de crédito de que se trate ¹²⁵ a título gratuito ¹²⁶. En aquellos sistemas, como el francés, en que se configura la condonación como un negocio bilateral, se exige también que el deudor tenga la capacidad necesaria para aceptar una donación ¹²⁷. Tal exigencia no es necesaria, naturalmente, si se parte de la naturaleza unilateral de la donación ¹²⁸, aunque también en este caso son aplicables a la remisión las prohibiciones que impiden recibir liberalidades a determinados sujetos. Ello es así porque de otro modo se estaría permitiendo que a través de una figura distinta a la donación, pero con la que se obtiene el mismo resultado económico, se burlen las prohibiciones legalmente establecidas ¹²⁹. El hecho de que la condonación sea un negocio extintivo y no atributivo como la donación en nada obsta a la aplicación de la prohibición ¹³⁰ puesto que ésta tiende a impedir un efecto económico: el enriquecimiento de ciertos sujetos, con independencia de cuál sea el objeto de ese enriquecimiento.

¹²² GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 154, decía que «un simple apoderado o administrador, y aun el tutor o curador carecen de este derecho porque semejantes personas tienen poder para administrar pero no para dar y la remisión es una donación».

¹²³ Así lo entendía POTHIER, ob. cit., núm. 619, p. 331, partiendo de la consideración de la condonación como acto de liberalidad. Asimismo, DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 389, p. 280; GIORGI, ob. cit., p. 372.

¹²⁴ Vid. TORRENTE, «La donazione», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo, Milano, 1956, p. 351.

¹²⁵ Señala LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317, que es necesaria la capacidad de obrar adecuada al crédito renunciado (por ej. mayoría de edad para condonar el crédito hipotecario) y disposición sobre el mismo.

¹²⁶ Suele observarse que si la condonación se realiza a título oneroso (en cuyo caso, como se ha dicho, se está en realidad ante otra operación jurídica) basta la capacidad de disponer general, aplicándose las reglas de los contratos onerosos. DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 388, p. 280; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 367.

¹²⁷ LAURENT, ob. cit., núm. 336, p. 361; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1769, p. 99; AUBRY ET RAU, ob. cit., núm. 324, p. 201; MAZEAUD, ob. cit., p. 1187; POISSON, ob. cit., pp. 1, 2.

¹²⁸ Así en el Derecho italiano, TILOCCA, ob. cit., p. 410; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 784.

¹²⁹ CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1387; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317; TILOCCA, ob. cit., p. 410.

¹³⁰ De opinión contraria, FLORENSA I TOMÁS, ob. cit., p. 258, nota 53.

2. REQUISITOS OBJETIVOS

En general se entiende que puede ser condonado todo tipo de créditos, con independencia de cual sea el objeto de la prestación –dar¹³¹, hacer o no hacer algo– siempre y cuando el derecho de que se trate pueda ser objeto de renuncia¹³².

El objeto de la condonación es siempre uno o varios créditos individuales. La extinción de la total relación obligatoria sólo puede llevarse a cabo mediante «mutuo disenso»¹³³. La condonación de una obligación nacida de un contrato bilateral no implica la extinción de la recíproca¹³⁴. Aunque se entienda que el acreedor, en virtud del poder de disposición que ostenta sobre el crédito, puede inmiscuirse en el patrimonio del deudor y extinguir su obligación, dicho poder no le permite extinguir el derecho de crédito ajeno. Por otra parte, en el supuesto en que las partes estuviesen de acuerdo en la extinción de ambas obligaciones, la condonación de una de ellas no tendría carácter gratuito puesto que la extinción de la propia obligación operaría como contraprestación. El negocio no sería una verdadera condonación. Se trataría más bien de un contrato extintivo de la relación obligatoria en su conjunto, es decir, de un supuesto de «mutuo disenso»¹³⁵.

¹³¹ En los sistemas como el francés donde los derechos reales se transmiten consensualmente se plantea un problema cuando se trata de condonar una obligación de dar derivada de un contrato traslativo. Lo que puede condonar el acreedor es en realidad a la pretensión de entrega de la cosa ya que es propietario de la misma desde la celebración del contrato. La condonación de tal obligación no resuelve sin embargo la propiedad ya adquirida. Para ello se considera necesario un nuevo contrato que opere la «retraslación» de la propiedad al deudor y que no tiene efectos retroactivos (no desaparecen los efectos de la adquisición de la propiedad durante el tiempo intermedio). LAURENT, ob. cit., núm. 346, p. 371; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1773, p. 100; POISSON, ob. cit., p. 2.

¹³² CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1378; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317; TILOCCA, ob. cit., p. 409; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 784.

¹³³ La doctrina alemana insiste en la necesidad de distinguir la condonación del contrato extintivo («Aufhebungsvertrag») o «contrarius consensus» que tiene como objeto la entera relación obligatoria instaurada entre acreedor y deudor. Sólo cuando la relación obligatoria se agota en un único crédito la condonación tiene la misma eficacia que éste. GERNHUBER, ob. cit., p. 367; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 667; VON FELDMANN, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 2.º, 3.ª ed., München, 1994, ex párrafo 397 BGB, p. 1550.

¹³⁴ BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1772, p. 100, decía que la remisión de una obligación nacida de un contrato bilateral no ejecutado seguidamente por ninguna de las partes, a falta de una contraria voluntad expresa, hace presumir la liberación de la obligación recíproca.

Contra GIORGI, ob. cit., p. 373.

¹³⁵ LAURENT, ob. cit., núm. 346, p. 372, afirma que la condonación de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral debe hacerse por mutuo disenso. POISSON, ob. cit., p. 2, indica que es necesaria una doble remisión lo que constituye una disolución del contrato.

En el Derecho alemán WALSMANN, ob. cit., p. 234, indica igualmente que en los contratos recíprocos, cuando deben ser extinguidas las obligaciones de ambas partes, se requieren dos contratos de condonación, aunque indica que es preferible acordar un contrato único de extinción de la total relación obligatoria («Aufhebungsvertrag»).

Se admite la posibilidad de condonar créditos ilíquidos y sujetos a condición o a término ¹³⁶. Tratándose de un crédito bajo condición suspensiva cabe pensar que la remisión de tal crédito supone un aplazamiento del efecto extintivo hasta que se verifique o no el evento condicionante. Sin embargo parece más correcta la opinión que estima que la condonación de un crédito bajo condición suspensiva puede tener ya efectos inmediatos centrados en la extinción del derecho en que consiste la tutela del acreedor «pendiente condicione», operando como evento impeditivo (aun en el supuesto en que se verificara la condición) del nacimiento del crédito ¹³⁷. En este sentido estima Florensa i Tomàs que las partes están desvinculadas desde el momento de la declaración remisiva sin necesidad de esperar al cumplimiento de la condición. Ahora bien, como observa Caffarena, los efectos de la condonación serán diferentes según que cumpla o no la condición ¹³⁸. El enriquecimiento del deudor no puede valorarse de igual modo si la condición llega a cumplirse que si nunca se cumplió.

La doctrina italiana actual admite la posibilidad de renunciar a créditos futuros siempre que se trate de derechos determinados o suficientemente determinables ¹³⁹. En el Derecho español hay quien ha negado tal posibilidad basándose en la aplicabilidad a la condonación de las normas de la donación y, concretamente, del artículo 635 CC que prohíbe la donación de bienes futuros ¹⁴⁰. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que parte de la doctrina actual estima que el artículo 635 CC no prohíbe donar un bien futuro individualmente considerado sino que lo que prohíbe es donar todos los bienes futuros, además de los presentes ¹⁴¹. En realidad la prohibición del artículo 635 tiene sentido partiendo de la concepción de la donación en el Código civil como negocio inmediatamente traslativo. Configurada como tal es evidente que no puede recaer sobre un bien futuro. Pero sí es posible en tanto se admita la donación obligacional.

¹³⁶ AUBRY Y RAU, ob. cit., núm. 323, p. 201; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 317; CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1388; TILOCCA, ob. cit., p. 410; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 784. PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543; GERNHUBER, ob. cit., p. 347; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1550.

¹³⁷ En este sentido, ALLARA, ob. cit., pp. 247, 248.

¹³⁸ CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1388.

¹³⁹ ALLARA, ob. cit., p. 299; TILOCCA, ob. cit., p. 410; DI PRISCO, ob. cit., p. 291; BIANCA, ob. cit., p. 471; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., pp. 784, 785.

En el Derecho francés se manifiestan afirmativamente en relación a la renuncia de derechos futuros, LESSONA, «Essai d'une Théorie générale de la renonciation en Droit civil», *Riv. trim. Droit civil*, 1912, t. XI, pp. 364 ss.; RAYNAUD, ob. cit., pp. 792, 793.

¹⁴⁰ MANRESA, ob. cit., p. 781; FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., p. 263.

¹⁴¹ ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, t. VIII, 2.º, Madrid, 1986, pp. 216 ss.; LACRUZ-RAMS ALBESA, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, cit., p. 98, dice, igualmente, que el artículo 635 no impide «la donación obligacional de bienes que no tiene el donante pero puede adquirir; la prohibición pretende cerrar el paso a los pactos sucesorios, y, adicionalmente, a la enajenación de un activo patrimonial que todavía no se ha adquirido».

La posibilidad de condonar un crédito futuro se considera admisible en nuestro Derecho ¹⁴² pese a ser la condonación un negocio dispositivo. Cabe pensar, sin embargo, que la remisión de un crédito futuro no es tal remisión puesto que no genera ningún efecto extintivo ¹⁴³. Tampoco puede configurarse como declaración de no querer adquirir el derecho (como en los supuestos de repudiación ¹⁴⁴) porque éste todavía no existe y no ha sido deferido. En realidad, como observa la doctrina alemana, la condonación de un crédito futuro, aunque es posible, tiene como consecuencia la imposibilidad de nacimiento del derecho. De ahí que se diga que la denominada «condonación anticipada» («antizepielter Erlass») no es tal condonación sino, especialmente cuando se refiere a pretensiones contractuales todavía no nacidas, un negocio modificativo o configurador de la situación jurídica preexistente ¹⁴⁵. Se indica en consecuencia que en la renuncia a intereses futuros no existe ninguna «condonación anticipada» sino simplemente una modificación («Abänderung») de la relación obligatoria ¹⁴⁶ y que las cláusulas de exclusión de responsabilidad no son supuestos de remisión. A través de ellas se excluye el juego de las reglas en virtud de las cuales llegaría a tener existencia el crédito en cuestión, se elimina la base o causa de nacimiento de la correspondiente pretensión («Anspruchsgrundlagen») ¹⁴⁷.

Puede ocurrir que el crédito que se pretenda condonar esté gravado con un derecho de prenda o de usufructo. En este caso la condonación sólo es posible si se cuenta, respectivamente, con el consentimiento del acreedor pignoraticio o cesionario del crédito en garantía, o con el del usufructuario ¹⁴⁸. Recuérdese que el artículo 6.2 CC declara inválidas las renunciaciones hechas en perjuicio de tercero.

La condonación puede ser tanto total como parcial. Entre los autores alemanes hay quien afirma que cabe condonar el capital con subsistencia de la obligación de pago de los intereses ¹⁴⁹, considerando alguno tal acuerdo como un supuesto de condonación parcial ¹⁵⁰. Sin embargo, siendo la obligación de intereses una obligación accesorio que se extingue a consecuencia de la extinción del crédito principal, dicho convenio debe ser calificado como un «pactum de non petendo» indefinido o perpetuo. De otro modo no habría base alguna para seguir exigiendo el pago de los

¹⁴² LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 317; CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1388.

¹⁴³ BOZZI, voz «Rinunzia» (Dir. pubblico e privato) en *Novissimo Digesto italiano*, t. XV, p. 1142, en relación a la renuncia a derechos futuros en general.

¹⁴⁴ Sobre las diferencias entre el concepto de renuncia y repudiación *vid.* ROGEL VIDE, «Renuncia y repudiación de la herencia» en RGLJ, 1980, núm. 3, pp. 223 ss.

¹⁴⁵ GERNHUBER, ob. cit., pp. 376, 377; PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 676; ERMANN-WESTERMANN, ob. cit., p. 862.

En el mismo sentido en el Derecho suizo, BUCHER, ob. cit., p. 400.

¹⁴⁶ WALSMANN, ob. cit., p. 233.

¹⁴⁷ WALSMANN, ob. cit., p. 233; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1550.

¹⁴⁸ Así, VON THUR-ESCHER, ob. cit., p. 176; ENGEL, *Traité des obligations en Droit suisse*, Neuchâtel, 1973, p. 513.

¹⁴⁹ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 674.

¹⁵⁰ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1551.

intereses. Se trataría, según Reichel, de un «pactum de non petendo» de carácter oneroso, operando el pago de los intereses como contraprestación de la renuncia al ejercicio del crédito ¹⁵¹. No obstante, no parece admisible que la obligación de pagar intereses se prolongue por tiempo indefinido, siendo necesario que se pacte por tiempo determinado o se otorgue al deudor la posibilidad de liberarse de tal obligación ¹⁵².

3. ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL NEGOCIO

En general se admite la posibilidad de sujetar la condonación a término o a condición. Algunos autores consideran admisible tanto la condición suspensiva como la resolutoria ¹⁵³. En principio el efecto resolutorio resulta contrario al propio concepto de renuncia (si se identifica la condonación con la renuncia, claro está) ¹⁵⁴ y parece incompatible con el efecto extintivo propio de la remisión. Observa Gernhuber en este sentido que, dado que el cumplimiento de la condición supone el nuevo nacimiento de la pretensión, no puede estimarse la existencia de una verdadera voluntad condonante ¹⁵⁵. Parte de la doctrina alemana opina en consecuencia que tal acuerdo no determina la extinción de la obligación sino simplemente la renuncia al ejercicio del crédito en tanto no se cumpla la condición («pactum de non petendo» bajo condición resolutoria) ¹⁵⁶. Es concebible, sin embargo, que un sujeto tenga una verdadera voluntad de favorecer al deudor liberándole de su obligación y que, no obstante, tenga interés en establecer una condición resolutoria, por ejemplo, si se prevé como evento condicionante el que el acreedor sufra problemas económicos y devenga insolvente, que tenga más hijos y aumenten sus necesidades, etc. De admitirse esta posibilidad el problema es determinar qué sucede si se cumple la condición. ¿Renace automáticamente el derecho de crédito previamente extinguido? ¿Con qué contenido? Algunos autores alemanes partidarios de la posibilidad de sujetar la condonación a condición resolutoria estiman que, de verificarse el

¹⁵¹ REICHEL, ob. cit., p. 17; OERTMANN, ob. cit., p. 397.

La doctrina suiza pone como ejemplo de supuesto en que conviene al interés de las partes acordar un «pactum de non petendo» indefinido y no una condonación el de la subsistencia de la obligación de pago de los intereses. VON THUR-ESCHER, ob. cit., p. 177; BUCHER, ob. cit., p. 400.

¹⁵² En este sentido ERMAN-WESTERMANN, ob. cit., p. 862.

¹⁵³ BIANCA, ob. cit., p. 49, estima que la verificación de la condición hace revivir el crédito pero no las garantías prestadas por terceros.

¹⁵⁴ GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 149, 150.

¹⁵⁵ En el Derecho español, AMAT I LLARI, ob. cit., pp. 225 ss., opina que la condonación no puede estar sujeta a condición resolutoria por ser contradictoria con el carácter abdicativo de la institución. En cuanto a la condonación sujeta a condición suspensiva, dice que, durante la pendencia de la condición, hay que estimar que el negocio tiene la misma fuerza que si se hubiera acordado un «pactum de non petendo» ya que no cabe exigir el pago antes de la verificación de la condición (el pago hecho en estas circunstancias sería, en su opinión, repetible).

¹⁵⁶ MÜNCHENER-VON FELDMAN, ob. cit., p. 1550; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 676.

evento condicionante, es necesario el restablecimiento de la deuda mediante la conclusión de un nuevo contrato otorgado en la forma necesaria, en su caso, para el nacimiento de la correspondiente obligación¹⁵⁷. En nuestra opinión, para el restablecimiento de la deuda no debería ser preciso el otorgamiento de un nuevo contrato aunque, obviamente, habrá que atender a lo manifestado por el acreedor condonante. Por lo que respecta al contenido de la obligación condonada, pensamos que la remisión efectuada extingue definitivamente las garantías (reales o personales) que hubiesen existido (art. 1190 CC), que no renacen como consecuencia de la resolución de la remisión por la verificación del evento condicionante.

Por otra parte, si bien es perfectamente admisible que la eficacia de la condonación quede aplazada hasta un determinado momento (condonación sujeta a término inicial), creemos que no cabe sujetarla a término final. Quien establece un plazo final no quiere en realidad abandonar su crédito ni extinguir la obligación sino simplemente aplazar el momento de su exigibilidad¹⁵⁸. El acuerdo sólo sería válido, por tanto, como «pactum de non petendo» temporal.

Dentro de la hipótesis de condonación sujeta a condición suspensiva puede incluirse la condonación cuya eficacia se subordina a que muera el acreedor. En el Derecho alemán se observa que este acuerdo admite dos posibles modos de configuración:

— Si se pacta simplemente que la deuda no debe extinguirse sino cuando muera el acreedor, debe entenderse que se trata de una condonación de eficacia aplazada, esto es, sujeta a término inicial (la muerte es un evento seguro, no incierto) y no de una condonación condicional.

— Si, en cambio, se estipula que la deuda sólo se extingue a la muerte del acreedor pero, siempre y cuando el deudor le sobreviva, hay que estimar que se trata de una condonación sujeta a condición suspensiva (la prelación del acreedor)¹⁵⁹.

No es éste el lugar oportuno para entrar en la polémica acerca de si lo dispuesto en el artículo 620 supone o no la supresión de la donación «mortis causa» como figura autónoma, quedando convertida en una disposición testamentaria más. No obstante, cabe preguntarse si los supuestos de condonación cuya eficacia queda supeditada a la muerte del donante deberían ser considerados como liberalidades «mortis causa», debiendo aplicarse por analogía el artículo 620 CC. Y ello con independencia de que se interprete que la remisión del artículo 629 a las reglas de las disposiciones testamentarias se refiere a toda la normativa en esta materia, o sólo a la que sea compatible con su carácter de «donación»¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Así PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 543; COHN, ob. cit., p. 630.

¹⁵⁸ GERNHUBER, ob. cit., pp. 382, 383; WALSMANN, ob. cit., p. 233; GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 150, en relación a la renuncia en general. AMAT I LLARI, ob. cit., p. 225.

¹⁵⁹ GERNHUBER, ob. cit., p. 352.

¹⁶⁰ Es sabido que frente a la postura de VALLET, «La donación “mortis causa” en el Código civil español» en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 111 ss., 253 ss.,

En primer lugar debe tenerse en cuenta que en el Derecho alemán sólo se considera donación «mortis causa» («Schenkungsversprechen von Todes wegen») la promesa de donación ¹⁶¹ que, además de no ser eficaz hasta la muerte del donante, se sujeta a la condición de que el donatario le sobreviva. Si la eficacia de la donación no queda subordinada a esta última condición se considera un negocio «inter vivos» y, por tanto, una donación de eficacia meramente aplazada. En este caso el donatario adquiere ya durante la vida del donante una pretensión que, en el supuesto de que el donatario premuera, se transmite a sus herederos. Cuando se trata de verdadera donación «mortis causa» el donatario no adquiere sin embargo ninguna pretensión, ni siquiera una expectativa protegida jurídicamente, hasta el momento de la muerte del donante ¹⁶².

Partiendo de esta diferenciación, el supuesto primeramente analizado (condonación aplazada a la muerte del acreedor) es considerado en el Derecho alemán como una donación «inter vivos» (téngase en cuenta que el concepto de donación vigente en el Derecho alemán es equivalente al concepto latino de acto de liberalidad) ¹⁶³. No se considera exigible, sin embargo, la forma requerida en el párrafo 518 para la promesa de donación porque la condonación es un negocio dispositivo y no obligatorio. De ahí que sea válida la condonación realizada en cualquier forma, extinguiéndose el crédito de manera inmediata una vez producida la muerte del acreedor ¹⁶⁴.

Por lo que respecta a la segunda hipótesis, condonación bajo condición de que el deudor sobreviva al acreedor, se estima que encaja en el concepto de donación «mortis causa». Según el párrafo 2301 BGB a la donación «mortis causa» se le aplican las reglas de las disposiciones por causa de muerte («Verfügungen von Todes wegen»), lo que significa que debe ser realizada en la forma del contrato sucesorio («Erbvertrag») ¹⁶⁵,

buena parte de la doctrina sostiene que la donación «mortis causa» se rige en todo, incluida la forma y estructura del negocio, por las reglas de las disposiciones testamentarias, de manera que queda equiparada al legado de liberación. Por todos, ROCA SASTRE, «La donación mortis causa» en *Estudios de Derecho privado*, vol. II.2, Madrid, 1948, pp. 563 ss.; ALBALADEJO, «Comentario a los arts. 620-621», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 1580 ss.

¹⁶¹ La denominada promesa de donación es en realidad una donación obligacional que se opone a la donación real (Realschenkung) equivalente a la donación manual o inmediatamente ejecutada.

¹⁶² BROX, *Erbrecht*, 16.^a ed., Köln, Berlin, Bonn, München, 1996, pp. 457, 458; EDENHOFER, en *Palandt Kommentar zum BGB*, 55.^a ed., München, 1996, ex párrafo 2301 BGB, pp. 2112, 2113; SCHMIDT, en *Erman Handkommentar zum BGB*, t. II, 9.^a ed., Münster, 1993, ex párrafo 2301 BGB, pp. 1975, 1976; MUSIELAK, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. VI, München, 1989, ex párrafo 2301 BGB, pp. 1623-1625.

¹⁶³ Al no existir la donación como contrato típico encajan dentro de esta figura también aquellos negocios que en el Derecho francés, italiano o español, constituyen actos de liberalidad atípicos (denominados usualmente «donaciones indirectas»).

¹⁶⁴ EHLERS, «Nota a la S. 15-6-49», *JR*, 1950, p. 86; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 677; *LZ*, 1914, p. 762 (nota a la S. 23-1-1914).

¹⁶⁵ El contrato sucesorio debe ser concluido ante notario en presencia simultánea de ambas partes (párrafo 2276).

aunque según algunos autores también puede ser realizada en la forma del testamento —teniendo por tanto, en este caso, la donación carácter unilateral¹⁶⁶.

En el Derecho español se consideran características de la donación «mortis causa»: a) que la donación se otorgue en atención a la muerte del donante, b) necesidad de que el donatario sobreviva al donante, c) libre revocabilidad por parte del donante. Si el donante queda vinculado ya declarando la donación irrevocable, aun cuando los efectos adquisitivos queden aplazados a la muerte del donante, la donación es «inter vivos»¹⁶⁷.

Por tanto, si el acreedor manifiesta que la obligación no se extinguirá hasta su muerte pero no supedita tal efecto a que el deudor le sobreviva —ni cabe deducir tal circunstancia de la interpretación de su declaración de voluntad— la condonación deberá considerarse un negocio «inter vivos» de eficacia aplazada. Aunque el deudor muera antes que el acreedor el crédito se extinguirá a la muerte de éste no transmitiéndose a sus herederos.

Si la voluntad del acreedor es que el efecto extintivo se produzca a su muerte pero siempre que el deudor le sobreviva, la condonación deberá considerarse una liberalidad «mortis causa», a no ser que deba entenderse que el acreedor se considera definitivamente vinculado y excluye la posibilidad de revocación, en cuyo caso la liberalidad ha de considerarse «inter vivos» y no «mortis causa».

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el párrafo segundo del párrafo 2301 dispone que cuando la donación «mortis causa» se ejecuta durante la vida del donante se aplican las reglas de las donaciones «inter vivos».

Cuando el objeto de la donación (*rectius*: acto de liberalidad) «mortis causa» es la condonación de un crédito se interpreta que la donación se ejecuta inmediatamente. Ello se debe a que la condonación es un negocio dispositivo y, por tanto, no es precisa ninguna otra actuación del donante o sus herederos para que se consuma el acto de liberalidad.

En consecuencia, en cuanto a la forma, se le aplica la normativa de las donaciones «inter vivos». En cuanto a los efectos, la extinción del crédito se produce inmediatamente a la muerte del acreedor. (En la genuina donación «mortis causa» el donatario sólo adquiere, a la muerte del donante, una pretensión a la ejecución de la donación).

EHLERS, ob. cit., p. 86; BROX, ob. cit., pp. 458, 469; KANZLEITER, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. V, 12.^a ed., Berlín, 1983, ex párrafo 2301 BGB, pp. 243, 245; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 677.

¹⁶⁶ Algunos autores estiman que cuando la donación no observa la forma del contrato sucesorio, en cuyo caso sería nula, puede ser mantenida como disposición testamentaria (conversión) siempre que respete la forma prescrita para el testamento. STAUDINGER-KANZLEITER, p. 240.

Otros entienden que no es necesario acudir a la conversión del negocio y afirman que la donación «mortis causa» puede tener carácter unilateral siendo suficiente que se realice en la forma requerida para el testamento. Así, BROX, ob. cit., p. 466; MÜNCHENER-MUSIELAK, ob. cit., pp. 1624, 1625.

¹⁶⁷ ROCA SASTRE, ob. cit., pp. 565, 566; VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., pp. 135, 136; ; ALBALADEJO, ob. cit., p. 1583; LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de sucesiones*, 5.^a ed., Barcelona, 1993, p. 173; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. II, cit., p. 350.

V. EL PROBLEMA DE LA FORMA DEL NEGOCIO. LA COEXISTENCIA DE LA CONDONACIÓN EXPRESA, COMO NEGOCIO FORMAL, CON LA CONDONACION TÁCITA

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El artículo 1187 CC dispone que la condonación puede hacerse expresa o tácitamente pero sujeta la condonación expresa a las reglas de forma de la donación. Tal disposición provoca perplejidad si se tiene en cuenta que la donación es un negocio solemne siendo requerida la forma escrita—documento privado o escritura pública según que tenga como objeto bienes muebles o inmuebles (arts. 632, 633 CC)— como presupuesto de validez.

Si el artículo 1187 CC se remite a las reglas de forma de la donación lo lógico es pensar que tal remisión se refiere tanto al contenido de la exigencia de forma como al carácter constitutivo de ésta. Lo lógico es entender, en otras palabras, que la condonación no sólo debe ajustarse a los requisitos formales establecidos en los artículos 632 y 633 CC sino que, además, la omisión de dicha forma ocasiona la sanción prevista en tales preceptos.

Si ello es así no se entiende cómo es posible que el propio artículo 1187 admita la posibilidad de que la condonación se realice tácitamente. Como regla general las declaraciones tácitas de voluntad son admisibles siempre que, además de no exigirse legalmente que la declaración sea expresa, no se exija una forma específica para la declaración de voluntad ¹⁶⁸. La incoherencia en que incurre este precepto es palpable en la medida que cualquiera puede burlar las reglas limitativas de forma con tal de hacer la condonación tácitamente ¹⁶⁹. Sin embargo, la doctrina permanece en su mayoría indiferente ante esta contradicción.

Se ha interpretado, con objeto de salvar la contradicción que resulta del artículo 1187, que las reglas de forma de la donación, en su aplicación a la condonación de la deuda, no tienen carácter de requisitos sustanciales sino meramente «ad probationem» ¹⁷⁰, entendiéndose que el negocio puede existir en cualquier forma en que quede patente la voluntad remisoría ¹⁷¹.

¹⁶⁸ EHRLICH, *Die stillschweigende Willenserklärung*, reimp. de la ed. 1893, Berlín, 1970, p. 53; ENNECERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, *Parte general*, vol. 2.º, 1.ª parte, trad. española anotada por PÉREZ Y ALGUER, 3.ª ed. al cuidado de HERNÁNDEZ MORENO y GETE-ALONSO, Barcelona, 1981, p. 176.

¹⁶⁹ GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., p. 339; TORRES LANA, ob. cit., p. 267.

¹⁷⁰ La expresión forma «ad probationem» se emplea en nuestro Derecho en sentido impropio, para aludir a aquella exigencia de forma que no tiene carácter constitutivo y sólo tiene como fin el facilitar la prueba del negocio.

¹⁷¹ Así lo entiende BLASCO GASCÓ, «Reflexiones acerca de la condonación de la deuda», cit., pp. 72, 73. Señala este autor que «si entendemos que el artículo 1187 CC se

En nuestra opinión esta interpretación no es aceptable porque toda exigencia de forma responde a una concreta finalidad y, como ahora se dirá, la finalidad que se persigue con la imposición de los requisitos formales de la donación sólo se cumple si la forma es requisito constitutivo del negocio.

En primer lugar y aunque con carácter general la renuncia es en la mayoría de los ordenamientos un negocio no formal, hay quien se pronuncia a favor de la necesidad de sujetarla a una forma específica. Se aduce que de este modo se protege al renunciante, llamando su atención sobre el acto de abandono de su derecho que realiza, y se protege además a los terceros, puesto que, siendo la renuncia un negocio unilateral, les conviene saber cuál es el momento exacto en que se emite la declaración de voluntad y deben producirse sus efectos ¹⁷². La admisibilidad de las renunciaciones tácitas, se ha dicho, encierra graves peligros puesto que el interesado en la renuncia tenderá frecuentemente a apreciar en el comportamiento del titular del derecho tal voluntad aunque éste carezca en realidad de intención alguna de abandono ¹⁷³. De hecho, este argumento ha llegado a utilizarse para justificar la bilateralidad de la renuncia al derecho de crédito, aduciendo que, siendo la renuncia contractual, el peligro al que hemos hecho referencia es menor ya que la oferta debe ser expresada claramente y la intención del renunciante puede ser tomada equívocamente con menos facilidad. Sin embargo, como observa Walsmann, en tanto se admita la conclusión tácita del contrato de condonación la finalidad perseguida imponiendo su estructura bilateral difícilmente se consigue. El resultado indicado debe ser procurado por la ley exigiendo la formalización de la condonación (se conciba ésta como negocio unilateral o bilateral) ¹⁷⁴.

Puede observarse que la exigencia de una concreta forma para la condonación, en tanto renuncia al derecho de crédito, no se encuentra injustificada. Pero el hecho de que el legislador español no se haya limitado a imponerle una forma cualquiera sino que le imponga la forma de la donación (al tiempo que la sujeta a las reglas que rigen las donaciones inoficiosas) demuestra que la concibe como un acto de liberalidad y que, como

refiere a las formas de la donación, tanto a las formas externas o estructura cuanto a su valor esencial, solemne y constitutivo, la contrariedad de admitir la condonación tácita no parece salvable. Sin embargo, si interpretamos la expresión "ajustarse a las formas de la donación" en el sentido de sujetar la condonación expresa a la estructura exterior del negocio (al rito, a la que podemos denominar forma de la forma) y, por tanto, otorgándole un valor *ad probationem* y no constitutivo, entonces sí podríamos conformar y coordinar la existencia de la condonación tácita junto con la expresa y el sometimiento de ésta a las formas de la donación».

¹⁷² Vid. DREIFFUS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, París, 1985, p. 72.

¹⁷³ Frente a lo indicado en el texto, FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., p. 207, a nuestro entender incorrectamente, justifica la admisibilidad de la condonación tácita diciendo que, como viene dada por actos o comportamientos a los que debe añadirse las circunstancias del caso para eliminar toda duda acerca de la existencia de la hipotética condonación, adquiere naturaleza indubitada de manera más palmaria que en el supuesto de la pura declaración.

¹⁷⁴ WALSMANN, ob. cit., p. 183.

tal, la mira con disfavor en atención al perjuicio patrimonial que supone para el acreedor remitente.

En otros Ordenamientos, concretamente en el Derecho francés e italiano, la remisión se considera una donación indirecta. El concepto de «donación indirecta» es una creación francesa, recogida posteriormente en la doctrina italiana, que surgió con objeto de englobar aquellos actos de liberalidad que no encajan en el esquema de la donación típica y a los que se pretende dotar de un régimen uniforme.

Tanto en el Derecho francés como en el italiano a los supuestos que se califican como donación indirecta se les viene aplicando un régimen en cierta medida unitario: se consideran sujetos a las reglas de fondo de la donación (normas materiales sobre revocación, colación, reducción por inoficiosidad, etc.) pero no a las reglas de forma ¹⁷⁵. De ahí que en uno y otro Ordenamiento la condonación no deba observar la forma de la donación aunque se le aplique parte de su régimen jurídico.

Sin embargo, el legislador español ha previsto expresamente que la condonación está sometida, no sólo a las normas materiales aplicables a la donación, sino también a los requisitos formales exigidos para ésta. Ello implica que el legislador entendió que para la adecuada protección de los intereses en juego no bastaba la aplicación de las reglas de fondo de la donación sino que era necesario además aplicar la exigencia de forma ¹⁷⁶. Ahora bien, la protección que con las reglas de forma de la donación se pretende dispensar descansa en su carácter de requisitos «ad substantiam» o constitutivos. En consecuencia, cuando de condonación se trate, esta protección sólo se consigue, igualmente, si la forma constituye presupuesto de validez del negocio remisorio.

En nuestra opinión la única solución coherente a la contradicción que plantea el artículo 1187 CC es entender que cuando dicho precepto se refiere a la condonación tácita, con esta expresión alude exclusivamente a la conducta prevista en el artículo 1188 (art. 1191 para la condonación de la garantía prendaria) como presunción de condonación, de manera que el único modo de condonar tácitamente la deuda es el expresamente previsto en la ley como presunción de condonación. Aceptando esta interpretación no podría ya pensarse que el legislador, al tiempo que sujeta la condonación expresa a limitaciones de forma, facilita el medio para eludir tal limitación (remitiendo la deuda a través de cualquier manifestación tácita de voluntad). La condonación realizada a través de la conducta expresamente regulada en la ley no deja de cumplir la exigencia de forma sino que cumple «otro» requisito de forma, distinto del exigido para la condonación expresa.

La doctrina mayoritaria rechaza, sin embargo, que la condonación tácita pueda identificarse con el comportamiento predeterminado en el

¹⁷⁵ Vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., pp. 124 ss.

¹⁷⁶ Sobre el fundamento y finalidad de la solemnidad de la donación, vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 119, 120.

artículo 1188 CC. La generalidad de los autores viene manteniendo que en nuestro Derecho existen tres tipos de condonación: expresa, tácita y la denominada «condonación presunta». Mientras que la condonación tácita es la realizada a través de cualquier comportamiento concluyente, la condonación presunta es la derivada del desarrollo de las conductas reguladas en los artículos 1188 y 1190 CC ¹⁷⁷.

Contra la posible equiparación de la condonación tácita con la presunta se aduce que ello «equivaldría a confundir la noción de lo tácito con la de lo presunto» ¹⁷⁸ y que el Código no limita los supuestos de condonación tácita ¹⁷⁹ ni equipara la condonación tácita a los supuestos de hecho de los que se deduce una presunción ¹⁸⁰.

Tales objeciones, como seguidamente se verá, no nos parecen en absoluto convincentes. En favor de la consideración de la condonación tácita y la realizada a través de los comportamientos regulados como presunciones de condonación como modos diferentes de remitir la deuda podría, sin embargo, argumentarse que en el Derecho histórico español y en el Proyecto de 1851 se calificaba como condonación tácita la realizada mediante la entrega del documento justificativo del crédito, equiparación que desapareció en el Anteproyecto de 1888, que reguló en precepto aparte la presunción de condonación. Consideramos por ello conveniente examinar los antecedentes históricos en relación a esta cuestión. No obstante, dado que la regulación del Código francés y del Código italiano de 1865 influyó decisivamente en la reglamentación establecida en los distintos Proyectos de Código civil quizá convenga, por razones expositivas, hacer previamente un somero examen de la regulación de esta materia en otros Ordenamientos.

2. DERECHO COMPARADO.

A) Derecho francés.

El código francés no regula la forma de la condonación. Se limita a establecer en sus artículos 1282 y 1283 sendas presunciones de liberación, la primera por la entrega voluntaria del título original privado al deudor, y la segunda por la entrega de la copia ejecutoria o primera copia

¹⁷⁷ SCAEVOLA, ob. cit., pp. 1055, 1056; GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., pp. 331, 342; BLASCO GASCÓ, «Las presunciones de condonación» cit., p. 1266; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 316; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 563, 564; SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 143, entiende, además, que la condonación expresa que no respeta la forma de la donación puede valer como condonación tácita.

TORRES LANA, ob. cit., p. 266, aunque acepta esta tripartición hace notar que «la triple distinción no tiene excesiva virtualidad» ya que no resulta «nada fácil imaginar supuestos de condonación tácita basados en hechos distintos a los que prevén los arts. 1188 y 1191».

¹⁷⁸ SCAEVOLA, ob. cit., p. 1056.

¹⁷⁹ MANRESA, ob. cit., p. 333.

¹⁸⁰ Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 563.

(«grosse») de la escritura pública en que se documente la obligación¹⁸¹. La presunción de liberación por entrega del documento privado justificativo del crédito tiene carácter «iuris et de iure»; la derivada de entrega de la copia de la escritura pública tiene carácter «iuris tantum».

Como se ha dicho anteriormente, en el Derecho francés la condonación no se considera sujeta a la forma de la donación. Con independencia de que ello se deba a que se le aplica el régimen creado para las denominadas «donaciones indirectas», se aduce en apoyo de esta afirmación que de los citados artículos 1282 y 1283 se desprende que la condonación puede hacerse tácitamente y «dar efecto a una voluntad manifestada tácitamente significa admitir que la expresión de esta voluntad no está sujeta a ninguna condición particular de forma»¹⁸².

La remisión puede hacerse, por tanto, tanto expresa como tácitamente. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en el Derecho francés rige un sistema de prueba tasada de modo que los contratos de valor superior a una determinada cantidad¹⁸³ deben ser probados documentalmente. La necesidad de forma escrita con carácter «ad probationem» implica que cuando dicha forma es precisa no es admisible ni la prueba de testigos ni la de presunciones¹⁸⁴. Ello plantea lógicamente un grave problema en cuanto a la prueba de la condonación tácita ya que si la obligación condonada supera la cifra establecida en la ley y las partes no han redactado un escrito con objeto de preconstituir la prueba de la remisión¹⁸⁵, resulta sumamente difícil demostrar que la misma efectivamente se llevó a cabo¹⁸⁶.

Precisamente para facilitar la prueba a los particulares y evitar las dificultades a que tendría que enfrentarse el juez para apreciar la existencia de la condonación tácita —observa la doctrina francesa— el legislador francés previó en los artículos 1282 y 1283 sendas presunciones legales¹⁸⁷ de

¹⁸¹ Artículo 1282: «La entrega voluntaria del título original en documento privado («titre original sous signature privée») por el acreedor al deudor, hace prueba de la liberación».

Artículo 1283: «La entrega voluntaria de la copia ejecutoria («grosse») del título hace presumir la remisión de la deuda o el pago, sin perjuicio de la prueba en contrario».

¹⁸² BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1769, pag. 99; LAURENT, ob. cit., núm. 335, p. 359; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1117; CARBONNIER, ob. cit., p. 576; POISSON, ob. cit., p. 2.

¹⁸³ 150 francos en la redacción original del Código, 5.000 francos en la actualidad. (art. 1341 CC)

¹⁸⁴ Salvo que exista un principio de prueba por escrito o se esté ante alguna de las excepciones previstas en la ley. Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 33, 34.

¹⁸⁵ El artículo 1341 CC francés, que prohíbe probar por testigos «toutes choses» que exceda de 5.000 francos (esta es la cifra actualmente fijada), se considera aplicable tanto a los contratos como a los negocios unilaterales, de manera que aunque se considerara la condonación como un negocio unilateral estaría sujeta a tal precepto. Debe tenerse en cuenta además que según la doctrina francesa esta disposición es aplicable tanto al negocio constitutivo de la obligación como a los actos o negocios posteriores (pago, remisión) dirigidos a extinguir la obligación.

¹⁸⁶ La prueba sólo podría realizarse acudiendo a la confesión judicial o al juramento decisorio.

¹⁸⁷ Según el artículo 1353 CC francés las presunciones «que no son establecidas por la ley» sólo son admisibles cuando la ley admite la prueba de testigos. Sin embargo, según

liberación, partiendo de hechos que permiten interpretar con certidumbre la existencia de voluntad de extinguir la obligación y, donde las partes pueden justamente no proveerse de la prueba necesaria¹⁸⁸. Las presunciones de los artículos 1282 y 1283 CC implican, pues, una excepción a la necesidad de prueba escrita¹⁸⁹, en la medida que constituyen, por sí mismas, un medio de prueba de la existencia de condonación tácita¹⁹⁰.

Los supuestos previstos en los artículos 1282 y 1283 no son, según la doctrina francesa, los únicos posibles casos de condonación tácita. Sin embargo, fuera de tales supuestos, la prueba de la misma es sumamente difícil ya que cuando la obligación supera la cantidad fijada en la ley sólo puede demostrarse la realización de la condonación documentalmente¹⁹¹.

El sistema de tasa de la prueba vigente en el Derecho francés explica por qué habitualmente se dice que el fundamento de la presunción de condonación por entrega del título justificativo del crédito se encuentra en que el acreedor se ve en la imposibilidad de probar su derecho de crédito. Así ocurre efectivamente en el Derecho francés¹⁹², aunque esta afirmación no es del todo cierta en el Derecho español donde en principio son admisibles todos los medios de prueba. Asimismo explica la distinta eficacia de la presunción por entrega del documento privado original y por entrega de la copia de la escritura pública. En el primer caso la presunción es «iuris et de iure» («irrefragable» dicen los autores franceses) porque el acreedor efectivamente pierde el arma defensiva de su derecho. En el segundo caso tiene carácter «iuris tantum» porque la escritura matriz permanece en poder del notario. Al entregar la primera copia de la misma el acreedor no queda desprovisto del medio de prueba documental si bien la ejecución del crédito le será más difícil¹⁹³.

Aunque esta cuestión la examinaremos con más detenimiento en un posterior apartado hay que señalar aquí que tanto el artículo 1282 como el artículo 1283 CC francés establecen, no una presunción de *condonación*, sino una presunción de *liberación*, liberación que puede deberse tanto al pago como a la remisión¹⁹⁴.

el artículo 1352 «La presunción legal dispensa de toda prueba a aquel en beneficio del cual existe».

¹⁸⁸ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 637; POISSON, ob. cit., p. 3; MAZEAUD, ob. cit., p. 1188.

¹⁸⁹ DEMOLOMBE, ob. cit., p. 284.

¹⁹⁰ LAURENT, ob. cit., núm. 357, p. 382.

¹⁹¹ BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1779, p. 99; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4.º, 7.ª ed., París, 1873, núm. 798, p. 640; LAURENT, ob. cit., núm. 347, pp. 372, 373.

¹⁹² Hay que recordar, no obstante, que, en cualquier caso, puede recurrir a la confesión judicial y al juramento decisorio.

¹⁹³ LAURENT, ob. cit., núm. 340, pp. 365, 366; núm. 366, pp. 393, 394; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1776, pp. 103, 104; MAZEAUD, ob. cit., pp. 1189, 1190; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 640; CARBONNIER, ob. cit., p. 576.

¹⁹⁴ El artículo 1282 emplea expresamente el término «liberación». El artículo 1283 dice que la entrega de la copia de la escritura pública hace presumir «la remisión de la deuda o el pago».

Este hecho ocasionó abundantes discusiones entre los primeros comentaristas del Código civil. Para unos debía presumirse en principio el pago y no la remisión por ser el modo normal de extinguirse la obligación¹⁹⁵. Para otros el deudor podía invocar a su elección uno u otro modo de liberación, no siendo admisible la prueba en contrario para el acreedor o los terceros más que en caso de fraude¹⁹⁶. Había quien pensaba que la presunción tenía distinto significado en las relaciones entre acreedor y deudor y entre el deudor y los terceros¹⁹⁷. Laurent estimaba que habían de aplicarse las reglas generales de la prueba de manera que debía probar el pago o la condonación aquel que lo alegara. Fue la opinión de Laurent la que finalmente prevaleció. La doctrina moderna afirma que es aquel que invoque uno u otro modo de liberación quien debe probarlo¹⁹⁸. Lógicamente, la prueba del modo de liberación es libre ya que de otro modo resultaría inútil la previsión del legislador como medio de facilitar la prueba de la condonación tácita¹⁹⁹.

B) Derecho italiano

a) Código Civil de 1865

La situación en el Derecho italiano posterior al Código de 1865 era similar a la descrita en relación al Derecho francés. En este Código se estableció, al igual que en el Código de Napoleón, una presunción de *liberación*, con carácter «iuris et de iure»²⁰⁰ determinada por la entrega del título original del crédito en documento privado (art. 1279)²⁰¹. No recogió sin embargo este Código la presunción «iuris tantum» contenida en el artículo 1283 CC francés, relativa a la entrega de la primera copia de la escritura pública²⁰².

La ley no sujetaba la remisión a ninguna exigencia de forma para su validez. Tampoco se consideraban aplicables a la misma las reglas de forma de la donación²⁰³. La remisión podía realizarse tanto expresa como tácitamente²⁰⁴. Ahora bien, al igual que en el caso francés, la prue-

¹⁹⁵ MARCADÉ, ob. cit., núm. 795, pp. 687, 688.

¹⁹⁶ AUBRY ET RAU, ob. cit., núm. 323, p. 208.

¹⁹⁷ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 432 ss.; pp. 308 ss.

¹⁹⁸ PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 641; POISSON, ob. cit., p. 3; CARBONNIER, ob. cit., p. 577; MAZEAUD, ob. cit., p. 1191; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1120.

¹⁹⁹ MAZEAUD, ob. cit., p. 1191.

²⁰⁰ GIORGI, ob. cit., p. 383; RICCI, ob. cit., p. 389; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 572.

²⁰¹ Decía este precepto: «La restitución voluntaria del título original del crédito bajo forma privada, hecha por el acreedor al deudor, constituye la prueba de la liberación, tanto en favor del mismo deudor, como en el de los codeudores *in solidum*».

²⁰² Según GIORGI, ob. cit., p. 384, la restitución de la copia ejecutiva de la escritura pública podía constituir una presunción simple de liberación aunque el Código no la mencionase.

²⁰³ Ya hemos dicho que se la consideraba una donación indirecta y éstas no quedan sujetas a las reglas de forma de la donación.

Vid. PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 573; GIORGI, ob. cit., pp. 372, 373; RICCI, ob. cit., pp. 385, 386; LOMONACO, ob. cit., pp. 278, 279; RUGGIERO, ob. cit., p. 240.

²⁰⁴ LOMONACO, ob. cit., p. 286; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 570.

ba de la condonación tácita se enfrentaba a las dificultades derivadas de la existencia de un sistema de tasa de la prueba que impedía admitir la prueba de testigos y presunciones cuando el valor de la obligación condonada superaba una determinada cantidad ²⁰⁵. En consecuencia, sólo podía deducirse la existencia de remisión tácita en los casos en que era admisible la prueba de presunciones (en los mismos supuestos que la de testigos) ²⁰⁶, es decir, cuando la obligación fuese de valor inferior a la cifra fijada en la ley ²⁰⁷. La presunción legal por entrega del título privado del crédito permitía pues acreditar la existencia de condonación tácita fuera de las hipótesis en que era admisible la prueba de testigos y la de presunciones.

La presunción contenida en el artículo 1279 era una presunción de «liberación» en sentido genérico. Podía tener como base tanto el pago como la condonación. Como en el Derecho francés, ello ocasionó abundantes discusiones doctrinales ²⁰⁸.

b) *Código Civil de 1942*

En el nuevo Código civil italiano la remisión, que se continúa considerando una donación indirecta, tampoco está sujeta a ninguna forma particular para su validez. Se discute, no obstante, si le es aplicable, en su caso, la forma requerida para el negocio del que surge la obligación remitida ²⁰⁹ lo que se debe a que en el Derecho italiano se tiende a extender la forma requerida para un concreto negocio a los negocios accesorios o modificativos del mismo ²¹⁰. Cuando se trata de la condonación de un crédito hipotecario se afirma que la forma es libre porque la extinción de la garantía tiene lugar como consecuencia refleja y ulterior de la extinción de la obligación ²¹¹.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la condonación está sujeta a las reglas generales sobre la prueba. En el Derecho italiano actual rige un sistema muy similar al instaurado en el CC 1865 siguiendo al CC francés, de manera que los contratos de valor superior a 5.000 liras deben ser probados por escrito. La limitación probatoria afecta en principio sólo a los contratos (art. 2721 Codice civile), no a los negocios unilaterales, por lo que al configurar el artículo 1236 la remisión como un negocio unilateral podría sustraerse a esta regla. Sin embargo, el artículo 2726 dispone expresamente que «las normas establecidas para la prueba testifical de los contratos se aplican también al pago y a la remisión de la deuda». Ello

²⁰⁵ 500 liras, según el artículo 1341 CC

²⁰⁶ LOMONACO, ob. cit., pp. 297, 298

²⁰⁷ O salvo que existiera un principio de prueba por escrito, ya que en tal caso se hacía una excepción a la prohibición de prueba testifical o de presunciones. Cfr. artículo 1347 CC 1865.

²⁰⁸ Cfr. RICCI, ob. cit., p. 389; GIORGI, ob. cit., p. 338. *Vid. infra*, apartado VI, 3.

²⁰⁹ Mantienen la solución afirmativa, GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., pp. 785, 786. Es de la opinión contraria, MICCIO, *I diritti di credito*, vol. I, Torino, 1971, p. 461.

²¹⁰ *Vid.* SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 43, 44.

²¹¹ TILOCCA, ob. cit., pp. 408, 409; DI PRISCO, ob. cit., p. 292.

significa que aunque se admite tanto la condonación expresa como la tácita, en el Derecho italiano actual la prueba de esta última se enfrenta igualmente con las dificultades a que ya hemos hecho referencia ²¹².

El artículo 1237 CC establece en su párrafo primero una presunción de liberación («iuris et de iure») por entrega del título original del crédito en documento privado. En el párrafo segundo establece otra presunción de liberación (en este caso con carácter «iuris tantum») ²¹³ derivada de la entrega de la copia ejecutiva de la escritura pública –presunción que, como se recordará, fue desechada por los redactores del CC 1865–.

C) Derecho alemán y suizo

En el Derecho alemán la condonación es un negocio no formal con independencia de cuál sea el objeto de la obligación extinguida y con independencia de la finalidad negocial ²¹⁴. Cuando se realiza a título gratuito, es decir, cuando el negocio causal precedente es de carácter gratuito, no le es aplicable la exigencia de forma prevista en el parágrafo 518 BGB (documentación notarial de la declaración del donante) ²¹⁵. A dicha forma sólo está sujeta la promesa de donación («Schenkungsversprechen») o donación obligatoria, pero no la donación inmediatamente ejecutada. Al ser la condonación un negocio dispositivo implica la ejecución de la «donación» (en rigor, del acto de liberalidad) y por tanto es válida cualquiera que sea su forma de celebración ²¹⁶. En consecuencia se afirma que la condonación puede ser concluida a través de cualquier comportamiento concluyente.

La doctrina alemana hace una relación de los supuestos más comunes de condonación tácita, que se analizarán en el correspondiente apartado. Entre los ejemplos más frecuentes cabe destacar aquí la entrega de recibo («Quittung») o la devolución del título de la obligación («Schuldschein») al deudor cuando no ha existido previo pago de la deuda ²¹⁷.

Por otra parte, el parágrafo 397, 2 BGB equipara el reconocimiento negativo de deuda al contrato de condonación. El contrato de reconocimiento negativo puede realizarse, al igual que la condonación, en cualquier forma, no estando sujeto a la prescripción formal establecida en el

²¹² GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 786.

²¹³ GIACOBBE y GUIDA, p. 786; PERLINGIERI, ob. cit., p. 245.

²¹⁴ No obstante en algún caso la jurisprudencia ha exigido la aplicación de la forma prevista en el parágrafo 313 BGB para la condonación de la obligación de pago del precio derivada del contrato de compraventa de una finca. Vid. GERNHUBER, ob. cit., pp. 378, 379.

²¹⁵ Téngase en cuenta que en el Derecho alemán la donación no es un negocio típico. En el concepto de donación establecido en el parágrafo 516 BGB encaja toda atribución patrimonial gratuita que implique la existencia de un enriquecimiento-empobrecimiento correlativos, ya se lleve a cabo mediante aumento del activo patrimonial de un sujeto, ya mediante disminución del pasivo. Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., p. 115.

²¹⁶ WALSMANN, ob. cit., p. 234; ESSER-SCHMIDT, *Schuldrecht*, t. I, *Allgemeiner Teil*, vol. 1.º, 7.ª ed., Heidelberg, 1992, p. 338; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., núm. 4, p. 1814.

²¹⁷ Vid. *infra*, apartado V, 5, B, y apartado VI, respectivamente.

parágrafo 781 BGB (documentación de la declaración de reconocimiento) para el contrato de reconocimiento positivo ²¹⁸.

Por lo que respecta al Derecho suizo, en él la condonación no está sujeta a ninguna forma específica. Tampoco cuando la forma fuese necesaria para el contrato constitutivo de la obligación o cuando las partes voluntariamente hubiesen documentado tal contrato. Por tanto, se afirma que la condonación puede concluirse tácitamente ²¹⁹.

Es de notar que el artículo 89 del Código de obligaciones recoge una presunción de extinción de la obligación derivada del comportamiento consistente en la restitución por el acreedor al deudor del título de la obligación («Schuldschein») ²²⁰. Esta regla guarda una cierta analogía con la contenida en los Códigos francés e italiano en la medida que sienta únicamente una presunción de que la obligación se ha extinguido, ya sea a través del cumplimiento, ya sea a través de otro medio de extinción. Se trata, sin embargo, de una presunción «iuris tantum». La norma no contiene ninguna presunción en cuanto a la causa determinante de la extinción de la deuda. Para la prueba de dicha causa de extinción se aplican las reglas generales ²²¹.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A) Derecho romano y Derecho histórico español

En el Derecho romano clásico la condonación se realizaba mediante negocios dirigidos originariamente a constatar el hecho del pago que con posterioridad se emplearon para conseguir el efecto liberatorio sin satisfacción del deudor. Tales eran la «solutio per aes et libram» también denominada «nexi liberatio» (aplicable fundamentalmente a las obligaciones nacidas del «nexum») y la «acceptilatio» (aplicable a las nacidas por «stipulatio»). Ambas eran negocios solemnes. Junto a estas figuras se reconocía el «pactum de non petendo» que no precisaba ninguna forma específica ²²². En el Derecho postclásico la remisión sufrió un proceso de transformación. Se efectuaba a través del «pactum» indefinido —en virtud

²¹⁸ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 680; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1552; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1815.

²¹⁹ VON THUR-ESCHER, ob. cit., pp. 174, 175; BUCHER, ob. cit., p. 40; GAUCH-SCHLUEP, ob. cit., p. 219; ENGEL, ob. cit., p. 512.

²²⁰ Esta presunción se basa en lo dispuesto en el artículo precedente. El artículo 88 OR dispone que «el deudor que paga tiene derecho a exigir un recibo («Quittung») y, si la deuda se extingue integralmente, la entrega o la anulación del título («Schuldschein»).

²²¹ VON THUR-ESCHER, ob. cit., p. 37; GUHL, MERZ, KOLLER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 8.ª ed., Zürich, 1991, p. 273; GAUCH, AEPPLI, CASANOBA, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts*, 3.ª ed., Zürich, 1992, p. 207.

²²² Vid. ARIAS RAMOS-ARIAS BONET, *Derecho romano*, t. II, 18.ª ed., Madrid, 1991, pp. 722, 723; BONFANTE, *Istituzioni di Diritto romano*, reimp. de la 10.ª ed., Milano, 1987, pp. 344, 345, 348; KASER, *Derecho romano privado*, versión de la 5.ª ed. alemana por SANTA CRUZ TEJEIRO, 2.ª ed., Madrid, 1982, pp. 237, 238.

del cual se obtenía el mismo resultado que con la condonación— o a través de una convención no formal. Empieza a considerarse entonces como condonación tácita la conducta consistente en la restitución, anulación o destrucción del documento en que conste el crédito. Comportamiento éste que también en el Derecho intermedio sería calificado por los autores como condonación o «pactum de non petendo» tácito ²²³.

Por lo que respecta al Derecho histórico español la P. 5, 14, 1 definía la condonación, denominada «quitamiento», diciendo: «Quitamiento es quando fazen pleyto al debdor, de nunca demandar lo quel devia, e le quitan el debdo, aquellos que lo pueden fazer». La P. 5, 14, 9 añadía: «...Esso mismo seria si un ome diesse a otro la carta que avia sobre él, del debdo que le deviesse o la rompiesse a sabiendas, con entencion de quitarle el debdo».

Con base a estos dos preceptos la doctrina distinguía dos tipos de remisión, expresa o tácita. La remisión expresa era la que se correspondía con el primer supuesto aludido. Aunque el término «pleyto» empleado en la norma transcrita puede traducirse bien como «escritura», bien como convenio ²²⁴, no parece que la norma tuviese como fin exigir la constancia documental de la condonación. Al menos los distintos autores no hacen alusión alguna a la necesidad de forma escrita al referirse a la condonación expresa ²²⁵.

El comportamiento consistente en la devolución por el acreedor al deudor del documento privado en que constara el crédito o en la destrucción del mismo era calificado como condonación tácita, indicándose que éstos eran los ejemplos recogidos en la ley ²²⁶. En el Derecho histórico español, por tanto, se consideraba como condonación tácita lo que hoy día califica la doctrina como condonación presunta ²²⁷. Los autores del s. XIX no apuntan otros posibles supuestos de condonación tácita, de hecho, de lo afirmado por Gutiérrez Fernández parece deducirse que la entrega o destrucción del título era el único comportamiento estimado suficientemente significativo como para entender producida la condonación ²²⁸.

²²³ Vid. BIANCHINI, voz «remissione del debito» (storia), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXIX, pp. 759 ss.

²²⁴ SANCHEZ REBULLIDA, ob. cit., p. 185, nota 48, observa que si «pleyto» fuese sinónimo de convenio debería decir: «quando fazen pleyto con el debdor» y no, «quando fazen pleyto al debdor».

²²⁵ Vid. ASSO y MANUEL, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 3.ª ed., Madrid, 1780, p. 373; MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias del romano*, t. II, Valladolid, 1877, p. 497; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 218; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 422; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 156.

²²⁶ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 218; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 422; MORATÓ, ob. cit., p. 497.

²²⁷ La P. 5, 14, 9, permitía la prueba en contrario de la existencia de condonación cuando el acreedor «pudiere provar con omes buenos, que dio la carta en fieltad al debdor, e no con voluntad de quitarle el debdo, o que gela furtaron o forçaron, o gela rompieron contra su voluntad, entonces en salvo le fincaria su derecho contra aquel que devia la debda».

²²⁸ Este autor (ob. cit., p. 157), tras indicar que debe «analizar los hechos tenidos por suficientes para producir una remisión tácita», rechaza ejemplos tales como el del

B) Proyecto de 1836

En el Proyecto de 1836 establecía el artículo 1974: «Es expreso el perdón o quita de la deuda cuando se ha otorgado explícitamente, y se puede acreditar por alguno de los medios que hacen prueba en materia de obligaciones». El artículo 1975 decía: «Hay perdón tácito cuando el acreedor entrega al deudor la escritura o documento privado de donde resultare la deuda».

C) Proyecto de 1851

En el Proyecto de 1851 el artículo 1141 establecía en su párrafo primero que «la quita puede ser expresa o tácita». En ello coincide con lo dispuesto en el actual artículo 1187 CC. Sin embargo, a continuación se especificaba: «Se entiende tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente a su deudor el documento en que constare la deuda». El artículo 1142 preveía, al igual que el artículo 1189 CC, una presunción de voluntariedad de la entrega derivada de la posesión del título por el deudor.

Para la interpretación del artículo 1141 del Proyecto de 1851 es necesario tener en cuenta que en dicho Proyecto se instauró, siguiendo al Código francés, un sistema de tasa de la prueba. Según el artículo 1002 del Proyecto todos los contratos que tenían como objeto una cosa de valor superior a 100 duros debían redactarse por escrito. La forma escrita era necesaria para la prueba del contrato no admitiéndose en tal caso ni la prueba de testigos ni la de presunciones²²⁹ salvo que existiese un principio de prueba por escrito²³⁰. Pues bien, el propio artículo 1002 preceptuaba que tal disposición era «aplicable a cualquier acto, por el que se otorgue la liberación o descargo de una obligación de la misma cuantía»²³¹, de manera que si el importe de la obligación condonada superaba la cantidad indicada la prueba de la condonación debía hacerse documentalente. Ahora bien, aunque en tal caso no podía el juez acudir a presun-

juramento deferido por el acreedor y el no ejercicio del retracto convencional calificando exclusivamente como remisión tácita el comportamiento previsto en la P. 5, 14, 9.

²²⁹ Según el artículo 1220,1 del Proyecto: «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en instrumento público o privado».

El artículo 1225 establecía, en relación a las presunciones judiciales («las inducciones que el juez saca de un hecho conocido para juzgar de otro desconocido») que «no son admisibles, sino en los casos en que tiene lugar la prueba testimonial». Con referencia a este artículo señalaba GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 656, que, fuera de los casos en que era admisible la prueba testimonial «no podrá el juez admitir la prueba indicada socolor de presunciones, por graves, precisas y concordantes que le parezca: la prueba testimonial y la de presunciones judiciales tienen de común algo incierto».

²³⁰ O se dieran las excepciones especialmente previstas en los artículos 1223 y 1224.

²³¹ La disposición del párrafo primero del artículo 1002 era aplicable únicamente a los contratos según GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 536. Lo previsto en el artículo 1002, 2 implicaba, por tanto, la sujeción de la remisión a tal limitación probatoria con independencia de que se estructurara como negocio unilateral o bilateral.

ciones de hecho, para considerar probada la existencia de la condonación, sí podía utilizar presunciones legales. Tal era la prevista en el inciso segundo del artículo 1141. El artículo 1226, que regulaba las presunciones legales y enumeraba las que debían considerarse como tales incluía en su número 2: «los casos en que la ley declara la propiedad o el descargo de una obligación, por el concurso de ciertas circunstancias determinadas».

Por tanto, al estar expresamente previsto en el artículo 1141 que la entrega al deudor del documento privado en que constara la deuda implicaba la voluntad de condonar tácitamente la deuda, no se presentaba ningún problema en cuanto a la prueba de la existencia de condonación tácita.

El artículo 1141 del Proyecto no decía, sin embargo, que la entrega del documento hacía presumir la existencia de voluntad de remitir la deuda, sino que la misma equivalía a la condonación tácita («se entiende tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente a su deudor el documento en que constare la deuda»). Ello se debe a que, según García Goyena, «la entrega voluntaria del vale por el acreedor» inducía «una presunción “*iuris et de iure*” de quita o perdón de la deuda, sin que pueda admitirse prueba en contrario»²³². A diferencia de lo que sucedía en el Derecho francés e italiano donde se establecía una presunción «*iuris et de iure*» de liberación que podía obedecer indistintamente a la remisión o al pago, en el Proyecto de 1851 no se estableció una presunción de liberación sino de remisión. Al no admitirse prueba en contrario de la existencia de voluntad condonante una vez probada la concurrencia de los presupuestos de la «presunción»²³³, era lógico que se calificara la entrega del documento justificativo del crédito como condonación tácita.

D) Anteproyecto de 1882-1888

En el Anteproyecto de 1888 se alteró, sin embargo, este estado de cosas. Dicho Anteproyecto introdujo varias innovaciones. En primer lugar se utiliza por primera vez el término «condonación» —cercano al de donación— junto con el más común de «remisión» para aludir al perdón de la deuda, reservándose el término «quita» usado en los proyectos anteriores, para los acuerdos recaídos en concurso de acreedores.

En segundo lugar estableció la necesidad de sometimiento de la condonación a requisitos formales, los mismos de la donación. Ello sólo puede deberse, como se indicó anteriormente, a la consideración de la remisión como un acto de liberalidad análogo a la donación estimándose aplicables los mismos mecanismos de protección previstos para ésta. El artículo 1204 del Anteproyecto rezaba: «La condonación podrá hacerse

²³² GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 160.

²³³ En realidad, como se dirá más adelante, las presunciones «*iuris et de iure*» no son en realidad tales presunciones, sino disposiciones legales sustantivas.

expresa o tácitamente. Una y otra estarán sometidas a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. La condonación expresa deberá, además, ajustarse a las formas de la donación». Este precepto es idéntico al actual artículo 1187 CC

Mientras que en los Proyectos anteriores se especificaba que existía condonación tácita cuando el acreedor entregaba al deudor el documento privado en que constara el crédito, en el Anteproyecto se regula en precepto aparte, y como si se tratara de un supuesto independiente, la «presunción de condonación» por entrega del documento justificativo del crédito. El artículo 1205 ²³⁴, análogo al actual artículo 1188 CC decía: «La entrega del documento privado justificativo de un crédito, hecha voluntariamente por el acreedor al deudor, implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo. Si para invalidar esta renuncia se la arguyere de inoficiosa, el deudor y sus herederos estarán obligados a demostrar que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda».

¿Significa esta modificación que a partir de la regulación establecida en el Anteproyecto hay que considerar como modalidades independientes la condonación tácita y la «presunta»? En nuestra opinión no. El hecho de que en el Anteproyecto no se calificara la entrega voluntaria del título del crédito como condonación tácita se debe a que, mientras que en el Proyecto se estableció una presunción «iuris et de iure» de remisión, en el Anteproyecto tal presunción tenía carácter «iuris tantum». En el párrafo primero del artículo 1205 del Anteproyecto se dice que la entrega del documento «implica la renuncia de la acción» por parte del acreedor. Ello es tanto como decir que implica la «liberación» del deudor como hacían los Códigos francés e italiano donde, como hemos visto, la liberación podía obedecer tanto al pago como a la remisión. Del párrafo segundo del artículo 1205 se deduce que dicha renuncia a la acción se presume que obedece a la condonación de la obligación aunque, no obstante, se admite la prueba del pago.

El artículo 1205 del Anteproyecto vino, pues, a incorporar dos «presunciones». Una «presunción» de liberación del deudor a consecuencia de la entrega del documento justificativo del crédito (respecto de la cual no se admitía prueba en contrario) y, en segundo lugar, una presunción (en relación a la cual sí se admitía prueba en contra) de que la liberación se debía a la condonación de la obligación. De ahí que no resultara coherente calificar categóricamente la entrega del documento como condonación tácita, puesto que podía demostrarse que la entrega «se hizo en virtud del pago de la deuda», cosa que no era posible en el Proyecto de 1851.

Lo sucedido en síntesis fue lo siguiente: en el Proyecto de 1851 no se recogió la regla francesa que hacía derivar de la entrega del documento justificativo del crédito al deudor una presunción de liberación (que podía deberse tanto a la condonación como al pago) sino que se estableció una

²³⁴ Dicho precepto es calificado como «nuevo» por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, p. 337.

«presunción» absoluta de condonación. En el Anteproyecto de 1888, sin embargo, se aceptó la teoría francesa, pero, para evitar las discusiones doctrinales que se habían planteado tanto en el Derecho francés como en el italiano en torno a si debía presumirse que tal liberación tenía como base el pago o la condonación, se estableció expresamente que, de ejercitarse una acción de reducción por inoficiosidad, la liberación del deudor se consideraba referida a la remisión, corriendo el deudor con la carga de probar el pago. En consecuencia no podía conceptuarse «a priori» el comportamiento consistente en la entrega del título al deudor como un modo tácito de remisión.

Aunque en el Anteproyecto desapareció el sistema de prueba tasada que se preveía en el Proyecto de 1851²³⁵, por lo que ya no presentaba problemas la prueba de la condonación tácita, el hecho de que se sujetara la condonación expresa a las reglas de forma de la donación induce a estimar que la entrega del documento justificativo del crédito al deudor continuaba siendo una hipótesis de condonación tácita —la única posible—. El que se regulara tal conducta en precepto independiente y sin identificarla con la condonación tácita se debe a la razón anteriormente indicada sin que pueda deducirse de ello que la voluntad de los redactores del Anteproyecto fue establecer modalidades distintas de condonación.

4. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE FORMA APLICABLES A LA CONDONACIÓN EXPRESA

En relación a la forma de la donación las exigencias son distintas dependiendo de que el objeto de ésta sea un bien mueble o un bien inmueble. Dado que, siguiendo un criterio de exclusión, se reputan muebles todos aquellos derechos patrimoniales que no estén comprendidos en la enumeración legal de bienes inmuebles, hay que considerar todos los derechos de crédito, independientemente de cual sea el contenido de la prestación a que se compromete el deudor (dar, hacer o no hacer algo) como bienes muebles²³⁶. A la condonación de la deuda resulta por tanto aplicable el artículo 632 CC lo que implica, partiendo de su estructura de negocio unilateral, que la declaración del acreedor remitente debe constar por escrito.

La cuestión es dudosa²³⁷ en relación al crédito hipotecario que para algunos ha de considerarse un bien inmueble. Si aceptamos esta califica-

²³⁵ Vid. SANTOS MORÓN, ob. cit., pp. 59 ss.

²³⁶ GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del Derecho Civil español*, Madrid, 1983, p. 285; ALBALADEJO, *Derecho Civil I, Introducción y Parte general*, vol. 2.º, 11.ª ed., Barcelona, 1991, p. 107.

No cabe reputar como inmueble el derecho de crédito consistente en la posibilidad de exigir la entrega de un inmueble. El artículo 9 RH excluye expresamente la posibilidad de inscribir tales derechos en el Registro de la Propiedad.

²³⁷ Así lo observa PANTALEÓN en relación a la cesión gratuita del crédito hipotecario, «Cesión de créditos», ADC, 1988, t. XLV, fasc. IV, p. 1099.

ción a la condonación del crédito hipotecario resultaría aplicable el artículo 633 CC de manera que la declaración de renuncia del acreedor (y la aceptación del deudor de entenderse que la condonación es un negocio bilateral) debería constar en escritura pública. Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que aunque la hipoteca, en tanto garantía accesorio, se extingue como consecuencia de la extinción de la obligación principal (art. 1190), para la cancelación de la inscripción hipotecaria (necesaria para destruir la presunción de existencia del derecho de hipoteca y el juego de la fe pública registral –arts. 33 LH; 144 LH–) es necesaria una formalidad añadida. Del artículo 179 RH en relación al artículo 82, 1 LH se desprende que para proceder a la cancelación de la inscripción hipotecaria no basta con la presentación en el Registro de los documentos que demuestren la extinción de la obligación principal sino que es necesario que el titular del derecho de hipoteca manifieste en escritura pública su consentimiento para la cancelación ²³⁸. Parece por tanto que, con independencia de la forma que revista el negocio que da lugar a la extinción de la obligación garantizada, es necesario un acto especial de cancelación. Sin embargo, no creemos que haya obstáculo en admitir la posibilidad de que el acreedor, al otorgar la escritura pública dirigida a condonar la obligación principal, manifieste en la misma escritura su consentimiento para la cancelación de la garantía ²³⁹.

Fuera del supuesto en que el crédito se encuentra garantizado con una hipoteca se aplica el artículo 632 CC. Este precepto prevé la posibilidad de que la donación se realice verbalmente siempre que vaya acompañada de la entrega simultánea de la cosa donada. A falta de entrega la donación debe hacerse en documento privado para su validez.

La entrega de la cosa en la donación se considera un requisito de «forma» análogo al documento escrito. Si la exigencia de forma tiene como fin principal prevenir al donante contra repentinos impulsos de generosidad impidiéndole que obre precipitadamente, la entrega de la cosa se entiende que opera como subrogado del acto escrito puesto que cuando el donante entrega el objeto donado no puede menos que ser consciente de la pérdida que le supone el desprenderse de su propio bien ²⁴⁰.

¿Cabe admitir la condonación verbal? Manresa plantea esta posibilidad aunque sólo en relación a la condonación de una obligación cuyo objeto sea la entrega de una cosa mueble ²⁴¹, indicando que en este caso no será necesaria la entrega de la cosa, puesto que ésta no se transmite, sino que se releva precisamente de entregarla a su vez al obligado a ello.

²³⁸ Artículo 179 RH: «Aun cuando se haya extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresadas en el párrafo 1.º del artículo 82 de la ley, o, en su defecto, en virtud de ejecutoria».

²³⁹ En este sentido, FLORENSA I TOMÀS, ob. cit., p. 269.

²⁴⁰ Vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., p. 145.

²⁴¹ MANRESA, ob. cit., p. 776. Este autor parece considerar aplicable el artículo 633 CC a la condonación de obligaciones de dar que recaigan sobre bienes inmuebles.

En nuestra opinión cabe la condonación «verbal» también en relación a los demás tipos de obligaciones. En la donación manual el requisito de forma viene constituido por la realización simultánea del «hacer la donación verbalmente» y la entrega de la cosa objeto de la donación ²⁴². Es decir, se requiere la «simultaneidad en la expresión de voluntad y el acto dispositivo de transferencia» (S. 6-4-1979).

Si aplicamos estas exigencias a la condonación, su realización en forma verbal requiere la concurrencia de dos elementos simultáneos:

- manifestación del acreedor de su voluntad de condonar la deuda;
- exención o relevo de la obligación de entrega, de hacer o de no hacer, que consistirá en el acto por el cual el acreedor, ante el ofrecimiento de pago exacto por parte del deudor, rechaza la prestación. En las obligaciones de no hacer, el rechazo por parte del acreedor puede entenderse como la indicación que haga al deudor para que no persista en su comportamiento, seguida del no cumplimiento de la conducta omisiva.

Para que podamos hablar de condonación verbal será necesario, por consiguiente:

- a) Que el deudor intente efectuar el pago.
- b) Que la prestación ofrecida por el deudor cumpla los requisitos de identidad e integridad del pago de manera que su rechazo por parte del acreedor resulte injustificado. Como es lógico, si la prestación es inexacta no puede apreciarse ninguna voluntad condonante en la negativa del acreedor a recibir el pago. No cabe hablar de condonación ni expresa ni tácita. En este sentido se pronunció la S 13-6-1903 en la que se afirma: «si bien el arrendatario se negó a recibir el local que el dueño le había arrendado cuando éste, aunque tardíamente, quiso entregárselo, esta negativa no puede, en modo alguno, reputarse como una condonación de las obligaciones contraídas por éste al celebrar el contrato de arrendamiento, pues para dar a tal negativa ese alcance habría sido preciso, por lo menos, que el dueño hubiera ofrecido el local, según estaba obligado a entregarlo, o sea, con el libre disfrute de sus dos puertas de entrada».

- c) En tercer lugar es necesario que el acreedor manifieste su voluntad de liberar definitivamente al deudor. Si el acreedor rechaza injustificadamente el pago pero con ello no pretende liberar al deudor es claro que éste podrá acudir al procedimiento de consignación. Como se indicó en otro lugar, la doctrina afirma mayoritariamente que el deudor no tiene un derecho subjetivo a liberarse de la obligación precisamente a través del pago y, por tanto, no puede obligar al acreedor a aceptar la prestación ²⁴³. Pero obviamente, si el acreedor no quiere recibir la prestación (cumpliendo ésta los requisitos de identidad e integridad del pago), debe

²⁴² ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VIII, 2.º, cit., p. 163.

²⁴³ CABANILLAS, *Las cargas del acreedor*, cit., pp. 118 ss.; ALBALADEJO, *Derecho de obligaciones*, 1.º, cit., p. 120; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 315.

perdonar la deuda al deudor, puesto que lo que no puede hacer es mantenerlo indefinidamente vinculado. Si el acreedor rechaza el pago injustificadamente y no manifiesta voluntad alguna que permita considerar extinguida la obligación por condonación es evidente que el deudor, que tiene derecho a liberarse de su obligación, puede consignar el pago ²⁴⁴. No puede hacerlo, sin embargo, si el acreedor declara renunciar al derecho de crédito ²⁴⁵. El fundamento de la consignación es permitir la liberación del deudor cuando la obligación no está extinguida y el acreedor impide su extinción rechazando el cumplimiento ²⁴⁶. Por tanto, si el acreedor renuncia a su derecho de crédito y con ello libera al deudor, carece de sentido la consignación.

En cualquier caso, aunque en línea de principio sea admisible la condonación verbal realizada mediante el rechazo de un pago exacto por el acreedor acompañado de su manifestación de voluntad de querer liberar al deudor, esta modalidad puede presentar bastantes problemas de prueba si posteriormente el acreedor exige la prestación. Con independencia de que el deudor pueda probar que realizó un ofrecimiento de pago exacto que fue rechazado por el acreedor (en cuyo caso se desencadenan las consecuencias de la mora del acreedor) es posible que le resulte difícil demostrar que el acreedor manifestó su voluntad de liberarle de la obligación (v. gr. ausencia de testigos o de otros medios de prueba). Por ello convendría al deudor que se viera en tal situación exigir al acreedor un documento acreditativo de la extinción de la obligación (lo que le está permitido ex artículo 1258 CC).

5. LA ENTREGA DEL DOCUMENTO JUSTIFICATIVO DEL CRÉDITO COMO ÚNICO SUPUESTO DE CONDONACIÓN TÁCITA ADMISIBLE EN EL CC

En nuestra opinión la incoherencia que presenta el artículo 1187 CC puede y debe salvarse entendiendo que sólo puede condonarse tácitamente la deuda mediante el comportamiento previsto en el artículo 1188. El hecho de que el artículo 1187 no limite los posibles supuestos de condonación tácita no nos parece un argumento consistente contra la interpretación indicada puesto que tal limitación es consecuencia directa de la

²⁴⁴ Cuando la obligación es de hacer, ante la imposibilidad de consignar la prestación, opina ALBALADEJO, *Derecho de obligaciones*, 1.º, cit., p. 158, que «el deudor se libera por la no aceptación de su ofrecimiento de realizar la prestación, o bien, a lo más, obteniendo de la autoridad judicial (siguiendo en cuanto lo permita la analogía con la consignación, el procedimiento fijado para ésta) la declaración de que estuvo dispuesto a realizar la prestación».

²⁴⁵ No nos parece admisible lo afirmado por MANRESA, Comentarios, t. VIII, cit., p. 776, quien, partiendo de la naturaleza bilateral de la remisión, mantiene que «no aceptando la condonación el deudor, tiene un perfecto derecho a realizar la consignación del pago, negándose su acreedor a recibirlo con todas las consecuencias que de aquella se derivan».

²⁴⁶ Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 531.

sujeción de la condonación expresa a las reglas de forma de la donación y de su carácter, por tanto, de negocio solemne, sin que sea necesario indicarlo explícitamente.

El examen de los antecedentes históricos ofrece argumentos que abonan esta interpretación. Si bien puede pensarse que lo lógico hubiese sido que se calificara el comportamiento previsto en el artículo 1188 CC como condonación tácita, como se hacía en el Proyecto de 1851, ya hemos visto que existen razones para no haberlo hecho así. De haberse dispuesto que la entrega del documento privado en que conste el crédito equivale a la condonación tácita, no habría sido razonable admitir la prueba de que dicha entrega tuvo su origen en el pago de la obligación. Tanto más cuanto, como se verá más adelante, cabe pensar que la entrega del documento justificativo del crédito sólo genera una «presunción» de condonación frente a los herederos forzosos del acreedor.

No obstante, dado que suele insistirse en que «no puede confundirse lo tácito con lo presunto», consideramos conveniente comprobar si existe alguna razón contundente que impida considerar como declaración tácita una conducta que la ley valora como demostrativa de una determinada voluntad. En segundo lugar, ante la reiterada afirmación de la doctrina y la jurisprudencia de que puede condonarse la deuda a través de cualquier conducta inequívoca, es preciso comprobar si es posible encontrar comportamientos concluyentes que puedan ser considerados como condonación tácita.

A) La relación entre las declaraciones tácitas de voluntad y las presunciones

Como se ha indicado, se viene afirmando que no pueden confundirse las declaraciones tácitas de voluntad con las derivadas de una presunción legal. Sin dejar de reconocer las diferencias que existen entre unas y otras, pensamos, sin embargo, que estas últimas no son sino un tipo de declaraciones tácitas de voluntad.

Se considera declaración tácita de voluntad la manifestada a través de una conducta concluyente. El valor concluyente de la conducta en cuestión significa «idoneidad de un indicio para justificar una deducción segura e inequívoca»²⁴⁷. Es decir, de la conducta realizada ha de poder inferirse la existencia de una concreta voluntad. Como observa De Castro, la apreciación de que de una determinada conducta se infiere una determinada voluntad requiere «acudir a conjeturas y aplicarles las reglas de las presunciones de hecho»²⁴⁸.

En realidad las presunciones son el principal medio de prueba a través del cual se constata la existencia de una declaración tácita de voluntad²⁴⁹. A la convicción de que un determinado comportamiento supone una con-

²⁴⁷ BETTI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. por MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1949, p. 110.

²⁴⁸ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 67.

²⁴⁹ DREIFFUS-NETTER, *Las manifestations de volonté abdicatives*, París, 1985, p. 113.

creta declaración de voluntad llega el juez necesariamente mediante presunciones. El que alegue la existencia de una declaración tácita tendrá que demostrar que se ha desarrollado una conducta de la que se deriva una concreta voluntad. El comportamiento de que se trate constituye la «afirmación base» a través de la cual se pretende acreditar la «afirmación presumida», esto es, la manifestación de voluntad. Ahora bien, el nexo entre una y otra afirmación puede venir impuesto por las reglas del criterio humano o por la ley. En otros términos, para valorar la efectiva existencia de una manifestación tácita el juez puede hacer uso tanto de presunciones de hecho o judiciales como de presunciones legales ²⁵⁰.

Observa Serra Domínguez que son criterios de oportunidad y seguridad jurídica los que mueven al legislador a establecer imperativamente presunciones. Las presunciones legales tienen como fin suplir la dificultad probatoria que frecuentemente surge en el proceso, donde en ocasiones se hace muy difícil conseguir la prueba de la existencia de ciertas relaciones y uno de los casos en que suele manifestarse tal dificultad probatoria es aquel en que las relaciones de que se trate «tienen su origen en la liberalidad de uno de sus sujetos» ²⁵¹.

Prueba de ello es la situación existente en el Derecho francés e italiano. Hemos visto que tanto en uno como en otro las presunciones de liberación establecidas en la ley operan en realidad como medios de prueba de la existencia de condonación tácita. Ello se debe, como se ha dicho anteriormente, a que en tales Ordenamientos se establecen ciertas limitaciones probatorias que impiden que cuando la obligación condonada supere cierta cantidad el juez pueda hacer uso de presunciones de hecho para llegar a la convicción de la existencia de remisión tácita. La finalidad de estas presunciones legales fue precisamente la de evitar a las partes el procurarse una prueba escrita de la extinción de la obligación.

El hecho de que el juez haga uso de una presunción prevista en la ley para constatar la existencia de una manifestación tácita de voluntad en nada obsta, en nuestra opinión, a la calificación de ésta como declaración tácita. De hecho tanto en el Derecho italiano como en el francés las presunciones de condonación se consideran supuestos concretos de condonación realizada tácitamente. Algo similar ocurriría en el Derecho histórico español. El comportamiento recogido en la P. 5, 14, 9, consistente en la entrega o destrucción del título, era considerado por la doctrina como «ejemplo» legal de condonación tácita.

Lo que debe tenerse en cuenta es si, cuando la ley infiere de una determinada conducta una concreta voluntad, permite o no la prueba en contrario.

²⁵⁰ Vid. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, en *Comentario del Codice civile* a cargo de SCIALOJA Y BRANCA, libro 4.º, *Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1970, p. 407.

²⁵¹ SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentario a los arts. 1249-1253 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirig. por ALBALADEJO, t. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981, pp. 567, 568, 570.

Cuando la ley califica un determinado comportamiento como manifestación de voluntad no admitiendo la prueba de una voluntad diversa o, simplemente, de una falta de voluntad en el sentido establecido en la ley entramos en el ámbito de las denominadas «declaraciones legalmente tipificadas»²⁵². Se trata de casos en que la ley liga a un determinado comportamiento un concreto efecto con independencia de que exista o no una voluntad real enderezada a la obtención de esa consecuencia jurídica. La doctrina procesalista moderna señala que las denominadas presunciones «iuris et de iure» no son tales presunciones puesto que no operan en el terreno de la prueba. Son disposiciones legales sustantivas²⁵³. Cuando mediante una presunción absoluta se otorga a un determinado comportamiento una concreta valoración no estamos ante una verdadera «declaración tácita de voluntad». De hecho se afirma que en estos casos se está fuera del campo del negocio jurídico (el efecto se produce «ex lege» y no «ex voluntate»)²⁵⁴ o que se trata de verdaderas ficciones jurídicas²⁵⁵, ya que, aunque desde un punto de vista teórico pueda establecerse alguna diferencia entre la presunción y la ficción²⁵⁶, desde el punto de vista de sus efectos, las consecuencias son las mismas²⁵⁷.

En cambio, cuando la ley presume que a una determinada actuación corresponde una concreta voluntad negocial pero admite la prueba de que dicha voluntad no existe, estamos ante una verdadera declaración tácita. Si se demuestra que no existió la voluntad presumida no hay ninguna declaración de voluntad. Si no se prueba tal circunstancia la conducta en cuestión producirá los efectos negociales atribuidos por la ley, pero como dimanantes de la declaración de voluntad que se considera existente (no de la ley)²⁵⁸.

²⁵² CARIOTA-FERRARA, *El negocio jurídico*, trad. anotada por ALBALADEJO, Madrid, 1956, p. 341; SCHLESINGER, voz «Dichiarazione» (teoría generale), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XII, p. 384.

²⁵³ Por todos *vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, ob. cit., pp. 612 ss. En relación a las presunciones legales de renuncia establecidas en el Código francés, DREIFFUS-NETTER, *Las manifestations de volonté abdicatives*, cit., p. 71, hace similar afirmación.

²⁵⁴ SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, 5.ª ed., Napoli, 1957, p. 124; GETE-ALONSO, en «Notas a Enneccerus» (*Derecho Civil, Parte general*, cit.) p. 193.

²⁵⁵ SCHLESINGER, ob. cit., p. 384. GIAMPICCOLO, «Nota sul comportamento concludente», *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1961, p. 800. Señala este autor que en estos casos el procedimiento de tipificación no mira tanto a fijar el significado normal del comportamiento como a asegurar un efecto que se valora como socialmente oportuno.

BONET Y NAVARRO, voz «Presunciones», en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Madrid, 1995, p. 5047.

²⁵⁶ La ficción se establece sin necesidad de guardar relación alguna con la realidad, es independiente de ella y, de hecho, generalmente se opone a la misma. La presunción en cambio se funda en un cierto grado de verosimilitud. *Vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, ob. cit., pp. 616, 617.

²⁵⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, *ibidem*.

²⁵⁸ GETE-ALONSO, «Notas a Enneccerus», cit., p. 193. GIAMPICCOLO, ob. cit., pp. 799, 801, quien, como ejemplo de esta hipótesis, incluye la presunción («iuris tantum») de liberación derivada de la entrega al deudor de la copia del documento público contenida en el párrafo segundo del artículo 1237 CC italiano.

A nuestro modo de ver no hay por qué mantener una escisión radical entre lo que suele denominarse «declaración presunta» y las declaraciones tácitas ²⁵⁹. Las clasificaciones dogmáticas pueden estar plenamente justificadas, pero no deben llevar a resultados incongruentes. Por el hecho de que el enlace entre la conducta realizada y la voluntad inferida sea establecido por la ley y no libremente por el juez, la declaración de voluntad no deja de ser tácita si por tal entendemos aquella declaración de voluntad que se exterioriza a través de un medio no dirigido directamente a expresar la voluntad que de él se infiere ²⁶⁰.

B) Examen de los posibles supuestos de condonación tácita

Como es sabido, dentro del concepto de declaración tácita de voluntad no se consideran comprendidas únicamente aquellas que se derivan de un comportamiento material. También se engloban dentro de este concepto las derivadas de declaraciones emitidas mediante palabras, siempre que tal declaración no esté dirigida directamente a expresar el contenido que de ella se deduce sino a exponer cualquier otra cosa ²⁶¹. Este tipo de «condonación tácita» no está reñido, en nuestra opinión, con la exigencia de forma que se deriva del párrafo primero del artículo 1187. Siempre que la declaración de que se trate guarde la forma requerida para la donación, la condonación será válida, aunque no se diga en términos expresos que se quiere condonar o remitir la obligación. Lo importante es que quede claro el propósito de extinguir la obligación ²⁶². El problema se plantea en cuanto a la admisibilidad de la condonación derivada de comportamientos del acreedor.

En los sistemas en que se admite la remisión tácita, a la hora de decidir si un determinado comportamiento puede conceptuarse como tal, se parte en primer lugar de la regla de que la renuncia no se presume ²⁶³. Esta regla, vigente en la mayoría de los Ordenamientos, no impide, como es lógico, la admisibilidad de las renunciaciones tácitas. Es una regla que con-

²⁵⁹ En esta línea, MANRESA, ob. cit., p. 333, quien, aunque estima que la condonación tácita no se limita al supuesto previsto en el artículo 1188, no considera necesario mantener la distinción entre condonación tácita y presunta.

²⁶⁰ En este sentido, observa GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation*, cit., p. 138, nota 3, que «las renunciaciones presuntas son evidentemente de la misma naturaleza que las renunciaciones tácitas y no se distinguen más que en que su existencia, en lugar de ser dejada a la libre apreciación del juez, es reconocida por la ley».

²⁶¹ BETTI, *Teoría general del Negocio jurídico*, cit., p. 110; GIAMPICCOLO, ob. cit., pp. 782, 783; DREIFFUS-NETTER, *Las manifestaciones de voluntad abdicativas*, cit., p. 66.

²⁶² MANRESA, t. VIII, cit., p. 777, dice que «en cuanto a los términos en que debe estar expresado el propósito de condonación, nada exige la ley, bastando, por tanto, que se declare sin dejar lugar a dudas». En el supuesto en que se parta de la estructura bilateral de la condonación se aplica la misma regla a la aceptación del deudor. No es necesario que conste de modo expreso la palabra «aceptación».

²⁶³ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1547; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 670; PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 459; RAYNAUD, «La renonciation...», cit., p. 774; DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 4; MACIOCE, voz «Rinunzia», cit., p. 947; BOZZI, voz «Rinunzia», cit., p. 1151.

cierte a la certidumbre de la existencia de la voluntad²⁶⁴ y se sustancia en la necesidad de interpretar restrictivamente el supuesto de hecho de que se trate²⁶⁵. Para apreciar la existencia de una voluntad de renuncia es necesario que ésta se desprenda de forma inequívoca²⁶⁶ de manera que en caso de duda hay que pronunciarse por la solución menos desfavorable a los intereses del supuesto renunciante, excluyendo, por tanto, la voluntad de renuncia²⁶⁷.

Este principio, pues, no se aplica sólo cuando se trata de averiguar si de una determinada conducta puede inducirse la voluntad de condonar la deuda, sino también cuando se trata de interpretar si una determinada declaración exteriorizada a través del lenguaje, pero que no manifiesta explícitamente la voluntad de extinguir la obligación, implica tal voluntad. En relación con ello, y partiendo de la regla arriba indicada, la doctrina alemana, recogiendo las afirmaciones sentadas por la jurisprudencia en la resolución de casos concretos, niega que ciertas expresiones del acreedor puedan considerarse como demostrativas de la voluntad de remitir la obligación. Se afirma que declaraciones del tipo de que «se harán rayas o tachaduras sobre el título de crédito», o de que «no se cuenta con ser satisfecho», «se tiene el crédito por incobrable», «se cuenta con la cobertura de un tercero» o que «no se reclamará nada», implican únicamente una declaración de opinión y no pueden ser consideradas como renuncia tácita²⁶⁸. En general no se aprecia ninguna voluntad de condonación en las manifestaciones dirigidas a tranquilizar al deudor, pero que no pueden considerarse como producto de la ponderada y cuidadosa reflexión del acreedor²⁶⁹. Así, por ejemplo, no puede interpretarse como condonación de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados la declaración realizada por el lesionado en un accidente frente al autor del daño indicándole que no tiene que ocuparse de nada (quizá con ello —se observa— sólo quiere mostrar su convencimiento de que se va a dirigir exclusivamente contra la aseguradora) o que no reclamará nada²⁷⁰.

En cuanto a la valoración de comportamientos materiales, para que pueda apreciarse una voluntad de renuncia al derecho de crédito es necesario:

a) Que se trate de un comportamiento totalmente incompatible con la voluntad de conservar el derecho en cuestión²⁷¹.

²⁶⁴ DREIFFUS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, cit., p. 113, nota 4.

²⁶⁵ WALSMANN, ob. cit. p. 171; GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 138.

²⁶⁶ DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 4.

²⁶⁷ GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 137; MACIOCE, ob. cit., p. 947; GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 786, en relación al caso concreto de la condonación.

²⁶⁸ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 670; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1547; PALANDT-HEINRICHS, ob. cit., p. 460; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1813.

²⁶⁹ GERNHUBER, ob. cit., p. 380.

²⁷⁰ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., pp. 1547, 1548; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1813.

²⁷¹ GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, París, 1977, p. 146; DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 6, en relación a la renuncia en general. GIACOBBE y GUIDA, voz «Remissione del debito», cit., p. 786.

b) Tal comportamiento debe poder ser valorado e interpretado por el deudor como declaración de renuncia ²⁷².

c) El acreedor debe conocer la existencia de su derecho o, al menos, contar con la posibilidad de su existencia ²⁷³.

d) Hay quien considera necesario además que el acreedor pudiera conocer que su comportamiento podía ser valorado como condonación ²⁷⁴.

Teniendo en cuenta estas premisas podemos examinar los comportamientos que son susceptibles de ser considerados como demostrativos de la voluntad de condonar tácitamente la deuda.

En primer lugar hay que señalar que del no *ejercicio del derecho de crédito*, aunque la abstención se prolongue durante largo tiempo, no puede deducirse la voluntad de remitir la obligación ²⁷⁵. La inactividad del acreedor, observa Gernhuber, no tiene ningún valor expresivo. El tráfico conoce multitud de posibles motivos que la justifican y por consiguiente no puede valorarse la misma como comportamiento que manifieste una voluntad de renuncia. En general se afirma que sólo puede derivarse una voluntad de renuncia de los actos positivos, pero no de los actos omisivos o de la simple abstención ²⁷⁶.

Esta regla aparece recogida en nuestra jurisprudencia en la S de 8 de julio de 1915 en la que se afirma que «el no reclamar a su vencimiento el cumplimiento de una obligación no significa su condonación».

La misma regla impide estimar condonadas las obligaciones de contenido negativo por el mero hecho de tolerar los actos de incumplimiento de las mismas. Señala Godé que los actos permisivos del acreedor no manifiestan ninguna renuncia a obtener el comportamiento adecuado del deudor, y no es suficiente que tal situación se prolongue durante largo tiempo; una tolerancia, aunque prolongada, no permite presumir una renuncia al derecho. No puede deducirse una manifestación indirecta de una simple ausencia de protesta ²⁷⁷.

Esta idea ha sido frecuentemente aplicada por nuestro Tribunal Supremo en supuestos de incumplimiento de obligaciones del arrendatario o en supuestos de obras no permitidas realizadas por alguno de los

²⁷² MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1548; PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 460.

²⁷³ Así lo observa la doctrina alemana. GERNHUBER, ob. cit., pp. 380, 381; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1548; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 678.

DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 6, dice, en relación a la renuncia en general, que debe existir conocimiento de la prerrogativa abdicada. GODÉ, ob. cit., p. 146, indica que es necesario que el acto de que se trate se realice con la conciencia de abandonar tal ventaja.

²⁷⁴ PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 460.

²⁷⁵ En este sentido se pronuncia la doctrina alemana. STAUDINGER-KADUK, ob. cit., pp. 670, 678; PALANDT-HEINRICH, ob. cit., p. 460; ERMANN-WESTERMANN, ob. cit., p. 861. Asimismo los autores suizos, GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 280; GAUCH, AEPLI Y CASANOBA, p. 245; ENGEL, ob. cit., p. 233.

²⁷⁶ GODÉ, ob. cit., p. 122; GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 187; DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 5.

²⁷⁷ GODÉ, ob. cit., p. 101.

propietarios de una vivienda en régimen de propiedad horizontal. El TS ha afirmado reiteradamente que el conocimiento de la realización de los actos sancionables no supone consentimiento a los mismos ni implica la pérdida del derecho a exigir la correspondiente reparación en tanto que no transcurra el plazo establecido en la ley para su prescripción (Sentencias 5-10-55, 14-12-56, 3-2-62, 27-1-64 y 19-12-90). En parecido sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa²⁷⁸.

Por consiguiente, el comportamiento tolerante del acreedor ante el incumplimiento de una obligación negativa no supone la condonación de la obligación ni implica, por tanto, la pérdida de la posibilidad de exigir la destrucción de lo hecho en contravención de la obligación o la pérdida de la posibilidad de exigir la correspondiente indemnización.

Ello no excluye, obviamente, que pueda paralizarse el ejercicio del derecho de crédito conforme a las exigencias derivadas de la buena fe, mediante la aplicación de la doctrina de los propios actos²⁷⁹ o del retraso desleal. Es evidente, y así lo pone de relieve la doctrina alemana, que el largo inejercicio de una pretensión puede fundar la «Verwirkung» de la misma²⁸⁰. Así ocurrirá siempre que pueda estimarse que el largo inejercicio del derecho de crédito ha generado en la otra parte la confianza en que el derecho ya no será ejercido. Como ejemplo de lo dicho puede citarse la STS de 21 mayo de 1982 relativa a un supuesto en que el dueño de una obra, al que el contratista reclamaba el pago de parte del precio pendiente, pretendió oponerle la compensación de los honorarios devengados por la prestación de sus servicios como médico, cuyo abono no había reclamado a aquél durante un período de doce años. En esta sentencia aplica el TS la doctrina del retraso desleal no dando lugar a la pretensión del médico²⁸¹, doctrina ésta que debiera haber sido aplicada en el caso resuelto por la conocida –y criticada– sentencia de 21 de noviembre de 1935²⁸². En cualquier caso, no debe confundirse la existencia de una

²⁷⁸ Aunque en algún caso, y si el comportamiento del acreedor iba acompañado de algún acto positivo, ha estimado que existía autorización tácita. *Vid.* DREIFFUS-NETTER, voz «Renonciation», cit., p. 5, también, *Las manifestations de volonté abdicatives*, cit., pp. 168, 169.

²⁷⁹ PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 544; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 679.

²⁸⁰ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 671; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1549; PALANDT-HEINRICHS, ob. cit., p. 460. En el Derecho suizo, GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 281.

²⁸¹ El TS entendió en esta sentencia que el médico demandado había engendrado fundadamente en el deudor la creencia de que los honorarios (por servicios médicos iniciados el día 10 de enero de 1966 y finalizados el 25 de mayo de 1975), le habían sido condonados, lo que motivó el que este último le hiciera una importante bonificación en el precio de la ejecución de la obra. Lo cual, según el TS dejaba «puesto de relieve el retraso desleal con el que ejercita su derecho el referido demandado por la circunstancia de que hasta el 26 de mayo de 1978, cuando ya el actor le había presentado liquidación del importe de la obra con las bonificaciones dichas, no reclama lo que entendía le era debido».

²⁸² En esta sentencia el TS consideró ineficaz la condonación de una deuda de dinero hecha por carta y exigida trece años después porque no existió aceptación expresa por escrito por parte del deudor. Partiendo de la tesis que sostiene la naturaleza bilateral de la remisión el argumento del TS es intachable. Sin embargo, es evidente que la conducta del acreedor era desleal y contraria a la buena fe. El TS debería haber rechazado la pretensión

condonación tácita, que se apoya en una voluntad de abandono del derecho de crédito, con la aplicación de la doctrina de la «Verwirkung», que no toma en consideración la voluntad del sujeto actuante y le impide ejercitar el derecho en atención a la confianza creada en la otra parte. Mientras que la condonación, en tanto implica la extinción de la obligación, tiene efectos «erga omnes», la «Verwirkung» sólo opera entre las partes²⁸³.

Por otra parte, es claro que del hecho de que el acreedor se abstenga de ejercitar el derecho de crédito durante el tiempo suficiente para que llegue a prescribir no puede deducirse la condonación tácita de la deuda²⁸⁴. Con independencia de que sería insensato considerar condonada tácitamente toda obligación prescrita, resultando en consecuencia aplicables las reglas sobre colación, reducción por inoficiosidad, etc., hoy día se encuentra superada la teoría subjetiva que pone el fundamento de la prescripción en una presunción de abandono o renuncia. El fundamento de la prescripción se encuentra en la seguridad jurídica²⁸⁵. Es evidente además que la prescripción y la remisión son figuras jurídicas distintas. Mientras que la condonación determina automáticamente la extinción de la obligación y tiene efectos «erga omnes», la prescripción precisa que el deudor la invoque y no la renuncie, es decir, atribuye una excepción que ha de ser utilizada por el sujeto favorecido por ella, sin que pueda ser apreciada de oficio por el juez²⁸⁶. En la remisión la liberación del deudor se produce por la voluntad del acreedor, en la prescripción se produce por efecto de la ley, independientemente de que lo quiera o no el acreedor²⁸⁷.

Se ha afirmado que la abstención sólo puede constituir una manifestación tácita cuando es dinámica llevando implícito un acto positivo, es decir, cuando supone una opción entre hacer una cosa o hacer tal otra. Debe constituir una elección: el no utilizar tal ventaja determinada en un momento concreto y en las circunstancias idóneas²⁸⁸. Esta idea puede

del acreedor, no porque la condonación en tal caso deba considerarse irrevocable (así lo entienden Díez-PICAZO, *Estudios de jurisprudencia civil*, I, cit., p. 524; PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 435), sino simplemente haciendo aplicación de la doctrina del retraso desleal.

²⁸³ Vid. GERNHUBER, ob. cit., p. 369; GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 35, 36.

²⁸⁴ GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 280; GAUCH, AEPLI Y CASANOBA, ob. cit., p. 245.

²⁸⁵ Esta es la opinión dominante en la actualidad. No obstante, observa PANTALEÓN, voz «Prescripción», en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. III, Madrid, 1995, p. 5013, que esta tesis no armoniza con el hecho de que la prescripción pueda interrumpirse por reclamación extrajudicial ni con la imposibilidad de apreciación de oficio por los Tribunales. Estima este autor que la justificación básica de la prescripción debe encontrarse en la necesidad de protección del sujeto pasivo de la pretensión que, bien ha cumplido ya, pero por el transcurso del tiempo no tiene modo de probar que lo ha hecho, bien confiaba razonablemente, en base al prolongado silencio del titular de la pretensión, en que éste ya no iba a ejercitarla.

²⁸⁶ Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 71, 72; GRAMMATIKAS, ob. cit., p. 39; CARBONNIER, ob. cit., p. 582.

²⁸⁷ SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 153; CARBONNIER, ob. cit., p. 352; GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 281.

²⁸⁸ GODÉ, ob. cit., pp. 122, 151.

inducir a confusión, especialmente cuando se trata de derechos, como los de adquisición preferente²⁸⁹ cuyo contenido se agota en una facultad de hacer una elección en torno a la adquisición de un bien, y que deben ejercitarse habitualmente en un plazo preclusivo. El no ejercicio, por ejemplo, de un derecho de opción de compra dentro del plazo estipulado no puede considerarse como renuncia o condonación del mismo. Es evidente que el contenido de tal derecho implica la posibilidad de decidir si se ejercita o no la facultad de adquisición, y ello dependerá de múltiples circunstancias que habrá de valorar el titular del derecho de opción. El hecho de no hacer valer la facultad de compra no es sino un modo de ejercicio del derecho²⁹⁰.

Hay otro tipo de comportamientos omisivos del acreedor, diferentes al no ejercicio del derecho de crédito, que según estima nuestro Tribunal Supremo, tampoco pueden considerarse como supuestos de condonación tácita. En la S de 22 de noviembre de 1906 afirma el TS que la omisión en unas operaciones de testamentaría de los intereses no liquidados de un crédito no implica la condonación de los mismos ni priva a los herederos del derecho de percibirlos. En la S de 19 de noviembre de 1915 se estima que la omisión de un deudor en una relación de deudores presentada por el acreedor no demuestra que exista voluntad de condonar la deuda²⁹¹. Ya Pothier negaba que conductas omisivas de esta clase permitieran inducir sin más una voluntad de remisión, y así lo manifestaron, igualmente, los primeros comentaristas del Código civil francés. Según la doctrina francesa²⁹² la no inclusión de un deudor en una lista de deudores o la no inclusión de un crédito en una cuenta o relación de deudas realizada entre dos sujetos que mantienen relaciones comerciales no implica la condonación de la obligación²⁹³. Lo presumible en este caso es, según Pothier, que la omisión se deba al olvido²⁹⁴. Un supuesto similar al descrito, aunque analizado como comportamiento positivo y no meramente omisivo del acreedor, es apuntado por la doctrina alemana. Se observa que la aceptación de una liquidación de cuentas por parte del acreedor sin hacer protesta u oposición en torno a la inclusión de algún crédito no implica la condonación del mismo²⁹⁵.

²⁸⁹ Nos referimos aquí, obviamente, sin ánimo de entrar en discusiones en torno a su posible configuración como derechos reales, a aquellos que tengan naturaleza personal.

²⁹⁰ *Vid.* GRAMMATIKAS, ob. cit., pp. 36, 37.

²⁹¹ «En el mero hecho demostrado de no aparecer en la relación de deudores uno determinado, no existe enlace preciso y directo con el de haberse condonado la deuda», dice esta sentencia.

²⁹² Hay que recordar que cuando los autores franceses analizan la posibilidad de que un determinado comportamiento pueda considerarse como condonación tácita, lo que se toma en consideración es si puede inducirse del supuesto en cuestión una «presunción de hecho» que será admisible sólo cuando sea posible conforme a las reglas generales en materia de prueba, esto es, cuando el valor de la obligación sea inferior al previsto en el artículo 1341 CC, cuando exista un principio de prueba por escrito, o se esté ante una de las excepciones a la necesidad de prueba escrita.

²⁹³ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 447, p. 318.

²⁹⁴ POTHIER, ob. cit., núm. 613, p. 325.

²⁹⁵ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1548; PALANDT-HEINRICHS, ob. cit., p. 460; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 671.

El artículo 266 CC parece mantener un criterio contrario a los anteriormente expuestos. Dispone este precepto que «el tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado se entiende que los renuncia». Con independencia de que se discuta si este precepto deduce objetivamente del hecho de la no inclusión una auténtica renuncia²⁹⁶, sienta una mera presunción «iuris tantum»²⁹⁷, o constituye una verdadera sanción impuesta al tutor negligente²⁹⁸, de él no puede extraerse una regla general favorable a la consideración de conductas de este tipo como condonación tácita ya que tal disposición encuentra su razón de ser en un especial estado de cosas. La obligación del tutor de realizar el inventario de los bienes del tutelado responde a la necesidad de dotar de la máxima transparencia las relaciones patrimoniales existentes entre uno y otro. La existencia de créditos y deudas entre tutor y tutelado puede dar lugar a que se produzca un conflicto de intereses que es necesario evitar. De ahí que el tutor deba hacer constar en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado. Dado que el ejercicio posterior por el tutor de un crédito no incluido en el inventario puede hacer dudar acerca de su verdadera existencia, con objeto de evitar toda posible simulación, la ley opta por eliminar la posibilidad de hacerlo valer²⁹⁹.

Cabe preguntarse, por otra parte, si la aceptación por el acreedor de una prestación defectuosa o parcial puede interpretarse como condonación de la obligación por la porción no ejecutada o en el modo previsto inicialmente en el contrato. Von Thur-Escher indican que puede apreciarse voluntad condonante cuando el acreedor conscientemente se contenta con una prestación que está por debajo del importe del crédito³⁰⁰.

En el Derecho español el acreedor a quien se ofrece un pago inexacto o parcial tiene, con base a los artículos 1166 y 1169, la facultad de rehusarlo³⁰¹. Ahora bien, esta facultad de rechazo de la prestación inexacta debe ejercitarse diligentemente. El acreedor tiene la carga de verificar la prestación en el momento del cumplimiento para comprobar si se corresponde a la pactada³⁰². Si el acreedor recibe la prestación defectuosa o parcial sin hacer protesta alguna, no puede luego reclamar una prestación adecuada³⁰³. Salvo que la naturaleza de la prestación requiera un cierto tiempo para que el acreedor compruebe la identidad y exactitud de la

²⁹⁶ Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1990, p. 281.

²⁹⁷ LETE DEL RÍO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, t. IV, Madrid, 1985, p. 366.

²⁹⁸ GETE-ALONSO, en *Comentarios a las reformas de la Nacionalidad y la Tutela*, Madrid, 1986, p. 485; HUALDE SÁNCHEZ, en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 785, 586.

²⁹⁹ Vid. GETE-ALONSO, ob. cit., pp. 483 ss.; HUALDE SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 783, 784; LETE, ob. cit., p. 365.

³⁰⁰ VON THUR-ESCHER, ob. cit., p. 175.

³⁰¹ Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., pp. 500, 503.

³⁰² CABANILLAS, *Las cargas del acreedor*, cit., p. 224.

³⁰³ Si la relación obligatoria es sinalagmática el acreedor que no haya ejecutado su prestación puede oponer la excepción de cumplimiento defectuoso. La aplicación de esta excepción, como observa Díez-PICAZO, ob. cit., p. 694, puede, de acuerdo con el principio

misma³⁰⁴, el acreedor debe hacer valer su defectuosidad en el momento del pago porque si no lo hace así la aceptación sana los defectos y hay un cumplimiento liberatorio. Sin embargo, la liberación del deudor es independiente de la existencia de una posible voluntad condonante del acreedor. Es una consecuencia de la exigencia de diligencia y autorresponsabilidad que pesa sobre el acreedor³⁰⁵, que determina que la recepción sin protesta alguna de una prestación inexacta, cuando su inexactitud es evidente, sea considerada como aquiescencia y exonere de responsabilidad al deudor.

En relación al supuesto concreto de prestación parcial hay que añadir, además, que, si bien el acreedor puede renunciar a invocar el principio de indivisibilidad de la prestación y aceptar el pago de sólo una parte, la aceptación del pago parcial no supone en modo alguno renuncia al pago del resto³⁰⁶.

De la aceptación de un pago parcial o defectuoso no cabe, por tanto, deducir la existencia de una voluntad condonante. Naturalmente es posible que el acreedor al aceptar el pago manifieste expresamente que tiene voluntad de condonar la obligación por el importe restante (o que renuncia a la ejecución de la prestación en el modo acordado en el contrato) en cuyo caso tal declaración, acompañada de la aceptación del pago inexacto o parcial encajaría en la modalidad de la condonación verbal (art. 632 CC). Pero lo cierto es que, independientemente de la intención del acreedor, la aceptación por éste de la prestación irregular puede determinar la liberación del deudor.

Conviene aludir aquí al artículo 1110 CC que, como es sabido, dispone que «el recibo del capital por el acreedor» sin hacer reserva respecto a los intereses extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos y que «el recibo del último plazo de un débito», también sin reservas, extingue la obligación en cuanto a los plazos anteriores. La opinión más extendida estima que el término «recibo» no se refiere exclusivamente al recibo como documento sino que comprende el recibo como recepción³⁰⁷. El artículo 1110 regula un efecto del pago³⁰⁸, se dice, no del recibo, que no es sino la prueba de éste.

Algunos autores han entendido que el artículo 1110 CC impone la extinción «ex lege» de la obligación de pago de los intereses y los plazos

de buena fe, encontrar limitaciones cuando el acreedor ha recibido sin protesta especial una prestación parcial o defectuosa.

³⁰⁴ LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 151; BERCOVITZ, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, 1.º, Barcelona, 1980, pp. 102 ss., 125.

³⁰⁵ CABANILLAS, ob. cit., p. 225.

³⁰⁶ BERCOVITZ, *Comentarios*, cit., p. 126; CRISTÓBAL MONTES, «Comentario al artículo 1169», en *Comentarios del CC* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 198.

³⁰⁷ SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XIX, redactado por MARÍN PÉREZ, 2.ª ed., Madrid, 1957, p. 703; TORRALBA SORIANO, «Estudio crítico del artículo 1110 CC», en *RCDI*, núm. 457, p. 1525; BERCOVITZ, *La imputación de pagos*, Madrid, 1973, pp. 339 ss.

³⁰⁸ BERCOVITZ, *La imputación de pagos*, ob. cit., p. 339.

vencidos, admitiéndose como única posibilidad de excluir esta consecuencia la prueba por parte del acreedor de que realizó la aludida reserva. Con objeto de justificar una extinción que parece carente de fundamento se indica que la norma se basa en una presunción del legislador de que ha habido pago o condonación³⁰⁹. En esta interpretación la realidad del pago o la existencia de voluntad condonante del acreedor operan simplemente como causas justificadoras de la previsión legal, siendo indiferente que uno o otra existieran en realidad puesto que el efecto extintivo se produce por imposición legal en tanto que el acreedor no haya hecho la correspondiente reserva.

En nuestra opinión es más correcta la tesis de Bercovitz que sostiene que este precepto no establece sino una presunción «iuris tantum» de extinción de la obligación. Se basa para ello en los antecedentes del precepto –concretamente, en la influencia que sobre el mismo tuvo el Código prusiano– y en lo dispuesto en el artículo 1621 CC, que se remite expresamente al indicado artículo 1110³¹⁰. Ahora bien, si relacionamos el artículo 1621 con el artículo 1110 parece evidente que lo que hace este último precepto es establecer una *presunción de pago* susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario. Al acreedor le basta con probar que la deuda de intereses o la relativa a los plazos anteriores no fue satisfecha para excluir la extinción de la obligación. Entendemos por tanto que no cabe estimar implícita en el artículo 1110 CC ninguna presunción de condonación.

El parágrafo 341 BGB dispone que la aceptación sin reservas del cumplimiento por parte del acreedor extingue el derecho a exigir la pena convencional³¹¹. Este precepto se refiere al supuesto en que se estipula una pena con vistas al cumplimiento inexacto –generalmente para el retraso en la ejecución de la prestación– en cuyo caso el acreedor puede reclamar la pena además del cumplimiento. En el Derecho alemán se regula en preceptos independientes la pena pactada para el caso de incumplimiento de la obligación y la pactada para el supuesto de cumplimiento irregular. En la primera hipótesis el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento en forma específica o la prestación pactada como pena convencional (parágrafo 340, 1), en la segunda en cambio el acreedor puede exigir el cumplimiento más la pena (parágrafo 341, 1). Ahora bien, tanto en un caso como en otro (parágrafos 340, 2 y 341, 2), si el

³⁰⁹ SCAEVOLA, t. XIX, cit., pp. 702, 703; MANRESA, t. VIII, cit., pp. 314, 315; TORRALBA SORIANO, ob. cit., pp. 1530 ss.

GARCÍA AMIGO, «Comentario al artículo 1110» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 65, 66, aunque afirma que el artículo 1110 establece una presunción que no encaja ni en el tipo de presunciones «iuris et de iure» ni en el de presunciones «iuris tantum», llega en definitiva a la conclusión indicada y admite como única prueba en contra de la extinción de la obligación la de la existencia de reserva por parte del acreedor.

³¹⁰ BERCOVITZ, ob. cit., pp. 325 ss.

³¹¹ Dice dicho precepto que «aceptando el acreedor el cumplimiento, sólo puede reclamar la pena convencional («Strafe») cuando con la aceptación se reserva el derecho a ella».

acreedor tiene una pretensión de daños, la cantidad pactada como pena opera como importe mínimo del daño en relación al cual no es precisa la prueba³¹².

La diferencia de regulación respecto a nuestro Código civil es fácilmente apreciable. En el CC no se distingue según que la pena se fije en atención al incumplimiento total o en atención al cumplimiento inexacto. La regla es que la posibilidad de exigir conjuntamente el cumplimiento y la pena debe ser objeto de pacto (art. 1153)³¹³ si bien en los supuestos de pena moratoria se presupone esta posibilidad³¹⁴. Por otra parte, salvo que se acuerde otra cosa, la pena sustituye a la indemnización por incumplimiento o cumplimiento defectuoso (art. 1152) de modo que, según la opinión general³¹⁵, aunque los daños efectivamente producidos superen el importe de la cantidad fijada como pena, el acreedor sólo puede exigir ésta³¹⁶.

Salvando las diferencias de regulación y, volviendo al parágrafo 341 BGB, cabría preguntarse si lo en él establecido significa que, en el supuesto de pena moratoria o pactada para otro tipo de cumplimiento inexacto, la aceptación de la prestación irregular sin hacer reserva en cuanto a la pena es considerada como una declaración de voluntad condonante³¹⁷ y si tal idea puede ser admitida en nuestro Derecho.

Por lo que respecta al precepto alemán la solución negativa es clara. De los antecedentes legislativos del parágrafo 341 BGB se deduce que la intención del legislador fue establecer la pérdida del derecho a exigir la pena convencional independientemente de que el acreedor tuviese o no voluntad de renunciar a ella. La finalidad de la norma fue eliminar toda

³¹² Si el acreedor prueba la existencia de daños mayores puede reclamarlos, pero debe entonces imputar la suma estipulada como pena convencional al pago de la pretensión de daños. LARENZ, ob. cit., p. 380; LINDACHER, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. II, Stuttgart, Berlin, Köln, 12.ª ed., pp. 1693, 1694, ex parágrafos 336 ss.; GOTWALD, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. II, 3.ª ed., München, 1994, pp. 1376, 1377, ex parágrafos 336 ss.

³¹³ En este caso la pena se suele denominar cumulativa. Por todos, DÁVILA GONZÁLEZ, *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992, pp. 35, 309.

RODRÍGUEZ TAPIA «Sobre la cláusula penal en el Código civil», *ADC*, 1993, t. 46, fasc. II, pp. 579, 580, opina sin embargo que pena cumulativa no significa que pueda pedirse cumplimiento y pena e indica que el carácter sustitutivo o cumulativo de una pena contractual depende de su relación con la pretensión indemnizatoria.

³¹⁴ Muestra de la opinión de RODRÍGUEZ TAPIA expuesta en la nota anterior es que la pena moratoria, pese a ser habitualmente sustitutiva en tanto que la cantidad pactada como tal sustituye a la indemnización por mora, puede reclamarse junto con el cumplimiento.

³¹⁵ ALBALADEJO, «Comentario a los arts. 1152 a 1155» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, t. XV, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 469; DÁVILA, ob. cit., pp. 309 ss.; CABANILLAS, «Comentario a los arts. 1152 a 1155» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 158. SANZ VIOLA, *La cláusula penal en el Código civil*, Zaragoza, 1994, p. 87.

³¹⁶ Contra, con argumentos convincentes, RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 571 ss., quien estima que el Código no impide que se indemnice el mayor daño, aun a falta de pacto expreso, siempre que no se pacte lo contrario.

³¹⁷ Poco antes de la publicación del BGB afirmaba EHRLICH, ob. cit., pp. 95, 96, que la aceptación sin reservas de la prestación principal implicaba la renuncia a la pena convencional.

duda acerca de si la aceptación sin reserva debía ser entendida o no como renuncia a la pena convencional, protegiendo con ello al deudor de tener que contar con el pago de la pena hasta que no transcurriera el plazo de prescripción³¹⁸. La doctrina alemana afirma, por consiguiente, que la aceptación realizada sin reserva extingue la pretensión a la pena convencional «ex lege», incluso en el caso en que el acreedor no tuviese conocimiento de la existencia de la pretensión y sus consecuencias³¹⁹. La regla del párrafo 341 BGB no se sustenta, pues, en una presunta voluntad de renuncia del acreedor. Tiende simplemente a proteger al deudor.

Por lo que se refiere al Derecho español, no existe en el Código civil precepto alguno que imponga al acreedor la carga de exigir el cumplimiento de la cláusula penal, o reservarse su derecho a ella cuando recibe la prestación inexacta en atención a la cual se pactó la pena convencional. Y no creemos que pueda sostenerse que la no reclamación inmediata de la prestación debida a título de pena por el acreedor, o la ausencia de reserva en el momento de recepción de la prestación equivale a la condonación tácita de la obligación accesoria. En este sentido se pronuncia Albaladejo³²⁰. Téngase en cuenta que, como venimos diciendo, el no ejercicio del derecho de crédito y en general los comportamientos omisivos no pueden considerarse como demostrativos de una voluntad condonante. Así lo ha entendido expresamente el TS en el caso resuelto por la Sentencia de 21 de noviembre de 1981, relativo a un supuesto de pena convencional pactada como sanción para el supuesto de demora en la ejecución de una obra. El TS estima en esta sentencia que la no aplicación de la cláusula penal estipulada en el contrato de obra por parte de la compañía contratante, que abonó el precio de la obra sin descontar el importe debido a título de pena moratoria³²¹, no supuso la condonación tácita de tal obligación.

Ahora bien, aunque la ley no exige que se haga valer la cláusula penal en el momento del cumplimiento y, desde nuestro punto de vista, el hecho

³¹⁸ SOERGEL-LINDACHER, ob. cit., p. 1694.

³¹⁹ HEINRICHS, en *Palandt Kommentar zum BGB*, 55.^a ed., MÜNCHEN, 1996, ex párrafo 341, p. 431.

³²⁰ ALBALADEJO, «Comentario a los arts. 1152 y 1155», cit., p. 479.

³²¹ El supuesto de hecho era el siguiente: el contratista demandó a la compañía que le había encargado la obra reclamándole el importe del precio pendiente. En primera instancia se estima la excepción de incompetencia de jurisdicción; en apelación se desestima tal excepción y se estima parcialmente la demanda. El Tribunal de apelación apreció la existencia de una deuda del actor frente al demandado, originada por la demora en la ejecución de la obra, ya que en el contrato se había acordado una penalización de 25.000 pesetas diarias por cada día que pasara del plazo establecido y declaró la extinción de los créditos por compensación en la cantidad concurrente.

El recurrente alegó, entre otros motivos, aplicación indebida de los artículos 1195 y 1196 CC en relación a los artículos 359, 542.2 y 543 LEC por haber apreciado el Tribunal la compensación sin haber sido opuesta por el demandado e inaplicación del artículo 1187 CC. Afirmaba el contratista recurrente que la deuda derivada de la cláusula penal había sido condonada tácitamente ya que, pese a haber incurrido en 975.000 pesetas de penalización por mora, la contraparte le abonó la parte del precio pendiente sin aplicar la cláusula penal.

de no ejercitarla inmediatamente no determina la pérdida de la posibilidad de exigir la pena con posterioridad, cabe pensar que el acreedor debe, al menos, manifestar de algún modo su desacuerdo con el contenido de la prestación defectuosa, porque de otra forma, y conforme a la regla anteriormente expuesta en torno al cumplimiento inexacto, la aceptación de la prestación sin protesta alguna podría considerarse como reconocimiento de su regularidad.

Fuera de la hipótesis en que al comportamiento del acreedor quepa atribuirle el significado de aquiescencia a la prestación irregular, pensamos que el acreedor puede ejercitar su pretensión a la pena en tanto que la acción no prescriba o deba ser paralizada por la aplicación del principio de buena fe. Esta última cuestión fue objeto de examen en la sentencia del TS de 3 de octubre de 1990. Dicha sentencia se dictó con ocasión de un supuesto en que, habiéndose entregado una obra con varios meses de retraso, sostenía el contratista que los dueños de la misma habían ejercitado tardíamente y contra los postulados de la buena fe la pretensión derivada de la cláusula penal estipulada en el contrato. La conducta de los propietarios de la obra fue la siguiente: aproximadamente a los dos meses y medio de la recepción de la obra los dueños enviaron al contratista, por conducto notarial, una carta en la que liquidaban el saldo a su favor derivado de compensar el importe debido como precio de la obra y el adeudado por el contratista como consecuencia del retraso. No exigieron, sin embargo, el pago de dicha cantidad hasta que el contratista les demandó unos meses después reclamando el pago del precio pendiente, momento en el cual los dueños de la obra reconvinieron solicitando las cantidades debidas a consecuencia de la aplicación de la cláusula penal. El Tribunal Supremo estimó que «de la conducta observada por los propietarios de la obra no puede racionalmente deducirse o presumirse una renuncia a exigir el cumplimiento de la pena convencional» y que tampoco concurrían en el caso de autos los requisitos para la aplicación de la doctrina de los propios actos.

En cualquier caso, hay que advertir que la situación es distinta en Navarra ya que la ley 518 de la Compilación dispone expresamente en su párrafo tercero que «cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiera pactado»³²². Constituye esta norma un supuesto de valoración legal del comportamiento, independiente de cual fuera realmente la voluntad del acreedor.

Continuando con el examen de los posibles supuestos de condonación tácita, hay que decir que en el Derecho alemán se apunta como ejemplo claro de remisión tácita la entrega de un recibo («Quittung») por parte del acreedor al deudor³²³. Hay que tener en cuenta que el parágrafo 368 BGB

³²² Sobre ello, *vid.* DÁVILA, ob. cit., pp. 366 ss.

³²³ OERTMANN, ob. cit., p. 431; STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 679; ERMAN-WESTERMANN, ob. cit., p. 861; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1813; PALANDT-HEINRICHS, ob. cit., p. 459.

impone al acreedor la obligación de entregar al deudor contra la recepción de la prestación (si éste lo pide) un recibo. Esta norma tiene como fin facilitar al deudor, sobre el que recae la carga de la prueba del pago, un medio de prueba de la extinción de la obligación³²⁴. Aunque la naturaleza jurídica del recibo ha sido bastante controvertida, en la actualidad la doctrina estima mayoritariamente que el recibo («Quittung») no tiene naturaleza negocial siendo un simple medio de prueba. El recibo es la confesión («Bekentniss») unilateral del acreedor de haber recibido la prestación. Es por tanto una mera declaración de ciencia³²⁵. La fuerza probatoria del recibo está sujeta al principio de libre apreciación de la prueba³²⁶, indicándose que será el juez el que tenga que enjuiciar el valor probatorio del recibo en cada caso individual³²⁷, y pudiendo el acreedor enervar la fuerza probatoria de éste, siempre que pueda eliminar el convencimiento del juez en torno a la recepción de la prestación por cualquier medio de prueba³²⁸. Cómo es lógico, de la simple entrega del recibo no se desprende la intención de remitir la deuda³²⁹. Tal intención podrá derivarse del hecho de que no haya existido previo pago de la deuda, siempre que el recibo no hubiese sido librado por el acreedor manteniendo la esperanza del pago³³⁰. Ahora bien, si habitualmente es al acreedor a quien corresponde enervar la fuerza probatoria del recibo y demostrar que no recibió la prestación o que entregó el recibo por error o en espera del pronto pago, si lo que se pretende es deducir de la entrega del recibo la voluntad de condonar la obligación, hay que entender que la prueba de su existencia corresponde al deudor puesto que es él quien tiene la carga de probar que se dan los presupuestos de la condonación³³¹. En el Derecho suizo, donde la ley también prevé la posibilidad del deudor de exigir un recibo al acreedor (art. 88 OR), se dice igualmente que la entrega del recibo cuando no se ha ejecutado la prestación puede implicar un supuesto de condonación tácita³³².

Los autores franceses, aunque aluden a la posibilidad de condonar la obligación mediante la entrega de un recibo («quittance»), consideran en

³²⁴ HEINRICHS, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. II, 3.^a ed., München, 1994, ex parágrafo 368, p. 1463.

³²⁵ OLZEN, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. II, 13.^a ed., Berlín, 1995, pp. 126, 127, ex parágrafo 368; ZEISS, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. II, 12.^a ed., Stuttgart, Berlín, Köln, p. 1766, ex parágrafo 368; WESTERMANN, en *Erman Handkommentar zum BGB*, t. I, 9.^a ed., Münster, 1993, p. 841, ex parágrafo 368.

³²⁶ MÜNCHENER-HEINRICHS, ob. cit., ex parágrafo 368, p. 1464; STAUDINGER-OLZEN, ob. cit., p. 127.

³²⁷ LARENZ, ob. cit., p. 247.

³²⁸ STAUDINGER-OLZEN, ob. cit., p. 127; MÜNCHENER-HEINRICHS, ob. cit., p. 1464; LARENZ, ob. cit., p. 247.

³²⁹ Señala STAUDINGER-OLZEN, ob. cit., p. 126, que aunque según una antigua teoría el recibo podía interpretarse como negocio bilateral que contenía un contrato de condonación, hoy día del recibo como tal no se desprende ninguna presunción de condonación en favor del acreedor.

³³⁰ ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 364. Con ello se alude a la posibilidad de que se entregue al deudor lo que se denomina «Vorausquittung» o recibo previo.

³³¹ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., p. 682; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1551.

³³² GAUCH-SCHLUEP, ob. cit., p. 220; GUHL, MERZ Y KOLLER, ob. cit., p. 273.

cambio que, tratándose de un recibo ficticio que constata un pago en realidad no realizado, estamos ante un supuesto de simulación. De ahí que una vez que se descubre la existencia de la condonación disimulada, ésta no se considere tácita sino expresa³³³.

Por lo que respecta al Derecho español creemos que hay que mantener la misma conclusión. El libramiento del recibo supone una declaración (entendemos que confesoria y no negocial³³⁴) del acreedor de haberse realizado el pago. El recibo es la prueba básica del pago que el deudor puede exigir al acreedor de acuerdo con la buena fe y los usos del tráfico (art. 1258 CC)³³⁵. Si la prestación no se efectuó en realidad, el recibo implica la constatación de un pago simulado. Aunque mayoritariamente se viene considerando por la doctrina que el pago no constituye un negocio jurídico³³⁶, observa De Castro que «las declaraciones de voluntad dirigidas a modificar o extinguir una relación negocial pueden ser simuladas, en cuanto sobre ellas pueda existir y exista acuerdo o cooperación entre quien la emite y la persona a quien va dirigida y respecto de la que habrá de producir efecto inmediato (declaración recepticia)». Afirma, por consiguiente, que puede ser objeto de simulación el pago³³⁷.

En consecuencia, cuando se entrega al deudor un recibo sin que se haya ejecutado la correspondiente prestación se está simulando el pago y encubriendo la condonación, que ha de considerarse expresa y no tácita. Descubierta la verdadera voluntad de las partes la remisión disimulada será válida en la medida que reúna todos los requisitos exigidos en la ley, y entre ellos, los requisitos de forma³³⁸. Se plantea aquí el problema de si el documento en que consiste el recibo sirve para cubrir la forma escrita necesaria, conforme al artículo 632 en relación al 1187, 1 CC, para la condonación. Como es sabido, respecto de la donación de inmuebles disimulada bajo escritura pública de compraventa el TS ha mantenido frecuentemente que dicha escritura no vale como forma de la donación encubierta, afirmando que debe ser la donación misma, y no otro negocio con idéntica finalidad, lo que debe constar en escritura pública. Esta doctrina jurisprudencial no es sin embargo uniforme y especialmente en la última década el TS parece estar modificando su criterio inicial. En las últimas sentencias se mantiene la validez de la donación encubierta y se afirma que la escritura pública de compraventa vale como forma de la donación³³⁹. En consecuencia, salvo que se adopte la denominada «doctrina clásica» del TS en esta materia, tesis que, en nuestra opinión, difícilmente puede

³³³ LESSONA, ob. cit., p. 386; CARBONNIER, ob. cit., p. 137; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 636. En relación al Derecho belga, DEKKERS, *Précis de Droit civil belge*, cit., p. 350, texto y nota 2.

³³⁴ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 513.

³³⁵ DÍEZ-PICAZO, ob. cit., p. 513; CABANILLAS, voz «Pago» (Derecho Civil), en *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, vol. III, Madrid, 1995, p. 4728.

³³⁶ Por todos, DÍEZ-PICAZO, ob. cit., pp. 473 ss.

³³⁷ DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 347.

³³⁸ DE CASTRO, ob. cit., p. 353.

³³⁹ Vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., p. 178, texto y nota 293.

mantenerse hoy día, hay que considerar que la remisión disimulada bajo un recibo ficticio cumple el requisito de forma exigido en la ley³⁴⁰.

El párrafo segundo del párrafo 397 BGB equipara al denominado reconocimiento de deuda negativo («negative Schuldanerkenntnis») —contrato a través del cual el acreedor reconoce que la deuda no existe— a la condonación. El reconocimiento de deuda negativo (al igual que el reconocimiento positivo, regulado en el párrafo 781) es un contrato abstracto, eficaz, por tanto, aunque carezca de causa³⁴¹. Pertenecen a los negocios de fijación («Festellungsgeschäften»), a través de los cuales se constata de forma vinculante entre las partes la existencia o inexistencia de una relación obligatoria³⁴². Ahora bien, el reconocimiento negativo puede tener dos funciones: meramente declarativa, cuando la deuda no existe previamente, o constitutiva, cuando las partes conocen la existencia de la obligación y se realiza el reconocimiento con la finalidad de extinguirla³⁴³. También en el primer caso, es decir, cuando las partes pretendían únicamente constatar la efectiva inexistencia de la deuda, si ésta existía en realidad, se extingue a consecuencia del reconocimiento contractual. Nace únicamente una pretensión de enriquecimiento sin causa en favor del acreedor que debe probar, no sólo que la deuda cuya inexistencia pretendía constatar existía verdaderamente, sino también que realizó el reconocimiento confiando erróneamente en su inexistencia³⁴⁴. Es decir, dado que en el Derecho alemán el reconocimiento es abstracto, si la situación jurídica reconocida no coincide con la real ésta se modifica³⁴⁵. El reconocimiento negativo tiene, pues, eficacia dispositiva o real («dinglicher Wirkung»)³⁴⁶.

Hay que resaltar que el reconocimiento negativo al que se refiere el párrafo 397 es un contrato. La mera declaración unilateral del acreedor de que la deuda no existe se considera una declaración de ciencia que dificulta al acreedor la prueba del crédito pero no conlleva la extinción de la obligación por sí misma. Caso de que la deuda existiera en realidad le basta al acreedor refutar el reconocimiento unilateral probando su existencia. No tiene que ejercitar ninguna «condictio» porque la deuda no se extingue a consecuencia de tal reconocimiento³⁴⁷.

³⁴⁰ Obviamente esta conclusión no podría mantenerse de estimarse que la condonación es un negocio bilateral ya que en el recibo no consta por escrito la aceptación del deudor.

³⁴¹ ESSER-SCHMIDT, ob. cit., p. 339.

³⁴² LARENZ, ob. cit., p. 268.

³⁴³ PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 545.

³⁴⁴ La pretensión de enriquecimiento sin causa se sustancia en una pretensión al restablecimiento («Wiederherstellung») del crédito que sólo puede ser ejecutada a través de la celebración de un nuevo contrato idéntico al primitivo y en la forma requerida para éste. Los fiadores y terceros garantes no responden ya, sin embargo, por el nuevo crédito. ENNECCERUS, ob. cit., p. 364; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1816; PALANDT-HEINRICHS, ob. cit., p. 460.

³⁴⁵ LARENZ, ob. cit., p. 268.

³⁴⁶ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1552.

³⁴⁷ STAUDINGER-KADUK, ob. cit., pp. 679, 680; MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1552.

El párrafo 397, 2, en cuanto equipara el reconocimiento negativo a la condonación se refiere, evidentemente, al reconocimiento constitutivo, realizado con la finalidad de extinguir la obligación³⁴⁸. A diferencia del reconocimiento positivo es un negocio libre de forma. Aun cuando se realice gratuitamente no se aplica la exigencia de forma prevista en el párrafo 518 para la promesa de donación porque, siendo un negocio de disposición («Verfügungsgeschäft»)³⁴⁹, implica la ejecución del acto de liberalidad. Por tanto, al igual que sucede con el contrato de condonación propiamente dicho no precisa la forma requerida en el párrafo 518, exigible sólo cuando un sujeto asume la obligación de efectuar un acto de liberalidad³⁵⁰.

Pérez y Alguer, seguidos por Castán, afirman que cabe también en el Derecho español el contrato de reconocimiento negativo³⁵¹. En principio no hay obstáculo para admitir su existencia como una modalidad de los contratos de fijación³⁵². Pero ¿puede equipararse a la condonación de la deuda como sucede en el Derecho alemán? ¿Podría considerársele un modo de condonar tácitamente la deuda? En nuestra opinión está claro que si se reconoce la inexistencia de una deuda en realidad existente estamos, al igual que en el supuesto del recibo de un pago ficticio, ante un supuesto de simulación.

En nuestro Derecho no cabe el contrato de reconocimiento abstracto. Concebido el reconocimiento como negocio de fijación tiene su causa (entendida ésta como función económica típica) en la fijación de la relación previa de modo vinculante. El reconocimiento genera para las partes la obligación de estar y pasar por lo constatado en el reconocimiento. Cuando se trata de reconocimiento positivo si la relación reconocida no existe se entiende que el reconocimiento carece de causa³⁵³. Lo mismo cabe decir del reconocimiento negativo. Si la relación cuya inexistencia se dice constatar existe en realidad, el reconocimiento, en cuanto negocio de fijación, carece de causa, se manifiesta una causa falsa. Bajo la apariencia del reconocimiento subyace otra función económica, la dirigida a extinguir la relación obligatoria preexistente. Al igual que indicamos respecto de la hipótesis del recibo de un pago efectivamente no realizado, el negocio oculto –la condonación que, una vez descubierta, hay que considerar como condonación expresa y no tácita– será válido si reúne los requisitos exigidos por la ley. Por lo tanto, el documento privado en que conste, en su caso, el reconocimiento vale, a nuestro juicio, como forma de la remisión disimulada.

³⁴⁸ WALSMANN, ob. cit., p. 231; PLANCK-SIBER, ob. cit., p. 545.

³⁴⁹ GERNHUBER, ob. cit., p. 392; ESSER-SCHMIDT, ob. cit., p. 339.

³⁵⁰ ESSER-SCHMIDT, ob. cit., p. 338.

³⁵¹ PÉREZ Y ALGUER, *Notas al Derecho de Obligaciones* de ENNECCERUS, cit., p. 367; CASTÁN, ob. cit., p. 366.

³⁵² Díez-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., p. 341.

³⁵³ Así como de objeto, vid. GETE-ALONSO, *El reconocimiento de deuda, aproximación a su configuración negocial*, Madrid, 1989, pp. 245 ss.

Observa también la doctrina alemana que el acordar un plazo muy corto de prescripción puede implicar, bajo ciertas circunstancias, la condonación de la deuda³⁵⁴. En este caso, al igual que en las dos hipótesis anteriores, habría que considerar el acuerdo relativo al plazo de prescripción como un negocio simulado bajo el cual se oculta un contrato de remisión, no tácito, sino expreso.

Como puede apreciarse, ninguno de los supuestos analizados puede considerarse como condonación tácita. Pese a que la doctrina y la jurisprudencia viene manteniendo que cabe la posibilidad de efectuar la condonación a través de cualquier comportamiento concluyente, difícilmente puede encontrarse un modo tácito de condonar la deuda distinto del comportamiento previsto en la ley (art. 1188) como presunción de condonación. Es más, en ninguna de las sentencias que hemos examinado, y a las que ya se ha hecho referencia en su mayoría³⁵⁵, estima el TS que el comportamiento del que se pretende derivar la voluntad de perdonar la deuda pueda considerarse como demostrativo de tal voluntad. Pese a que reiteradamente se afirma que la remisión puede efectuarse tácitamente, de la jurisprudencia puede extraerse únicamente una relación de casos que no son condonación tácita. Si bien hay una sentencia (S. 25-10-1955) en la que el TS reconoce la existencia de una renuncia deducida de ciertos actos o circunstancias, lo hace, no por considerar que se trata de un supuesto de condonación tácita, sino en base a su caracterización como renuncia englobada dentro de una transacción³⁵⁶. Así, afirma esta Sentencia: «...pues si bien el alegado artículo 1187 establece que la condona-

³⁵⁴ MÜNCHENER-VON FELDMANN, ob. cit., p. 1549.

³⁵⁵ Así, SS de 13 de junio de 1903, 22 de noviembre de 1906, 8 de julio de 1915, 19 de noviembre de 1915 y S de 21 de noviembre de 1988 ya expuestas.

Además, S de 21 de junio de 1955, en la que observa el TS que el hecho de que los acreedores hayan solicitado y obtenido del deudor cantidades a préstamo no demuestra de modo expreso ni tácito que la extinción de la deuda esté reconocida por los mismos.

³⁵⁶ El caso de autos era el siguiente: el recurrente había comprado un inmueble que se hallaba arrendado, obligándose los vendedores a entregar la finca libre de inquilinos (existían dos). Se pagó parte del precio quedando el resto aplazado hasta que los vendedores entregaran la casa libre de ocupantes. Los vendedores procedieron al desahucio de uno de los inquilinos pero suspendieron las gestiones con el segundo ya que éste -Sr. C.- era a su vez propietario de otra casa que el comprador -Sr. G.- tenía arrendada. El citado arrendatario -Sr. C.-, ante la pretensión de ser desalojado de su vivienda, exigió al comprador de ésta -Sr. G.- que abandonara la casa que él le tenía alquilada. Por ello se llevó a cabo una transacción aceptada por el comprador -Sr. G.- y el inquilino de la vivienda comprada -Sr. C.- según la cual este último seguiría ocupando la vivienda en cuestión y el comprador seguiría como arrendatario de la casa de su propiedad. A consecuencia de esta transacción, que fue comunicada a los vendedores, se entendió que éstos quedaban relevados de su obligación de entregar el inmueble libre de inquilinos.

Sin embargo, con posterioridad el comprador dirigió una carta a los vendedores en la que les exigía el cumplimiento de la obligación de desalojo. Los vendedores demandaron al comprador que se negaba a pagar el precio restante y al otorgamiento de la escritura pública de compraventa. En primera Instancia fue condenado el comprador. La sentencia de apelación confirmó dicha resolución, estimando que el comprador había renunciado a la obligación de desalojo de los vendedores. Este interpuso recurso de casación alegando violación del artículo 1187 CC y afirmando que no se daban las circunstancias exigidas por este precepto para apreciar la existencia de condonación.

ción de la deuda cuando es expresa, habrá de acomodarse a las formas de la donación, en el propio motivo reconoce el reurrente que esa renuncia o relevación la deduce la Sala de otros actos o circunstancias, o sea, que es implícita pero no expresa, lo que bastaría para rechazar en el caso presente la aplicación del precepto; pero además esto no excluye la posibilidad de que si no media el «animus donandi» característico y esencial de toda donación, tenga eficacia la renuncia unilateral de un derecho al amparo del artículo 4 CC, sin necesidad de someterla a las reglas de las donaciones, y en el caso que se considera nada consta en los autos que revele que la citada renuncia se haya hecho por causa de liberalidad, sino más bien para satisfacer propias conveniencias del renunciante en sus relaciones con el inquilino que sigue en el local».

Con base a todo lo expuesto creemos estar en condiciones de afirmar que la condonación tácita equivale a la condonación presunta. Con independencia de que sea la única interpretación que permite coordinar los dos párrafos del artículo 1187 CC, y con independencia de que desde nuestro punto de vista las denominadas «declaraciones presuntas» no son sino una modalidad de las declaraciones tácitas (de las que se diferencian únicamente en que la valoración del comportamiento en cuestión viene preestablecida legalmente), puede apreciarse, después de analizar los supuestos que previsiblemente parecen demostrativos de la voluntad del acreedor de remitir la deuda, que es sumamente improbable que pueda darse un modo de condonar tácitamente la deuda distinto del previsto en el artículo 1188 CC.

VI. EXAMEN DEL ARTÍCULO 1188 CC

1. PLANTEAMIENTO

El artículo 1188 CC establece, según la opinión general, una presunción de condonación derivada del comportamiento consistente en la entrega del documento justificativo del crédito por el acreedor al deudor. Una regla similar se prevé en los Códigos francés e italiano donde, como sabemos, de dicha conducta se deriva una presunción «iuris et de iure» de liberación –se dice que tal conducta «hace prueba» de la liberación– que puede obedecer tanto al pago como a la condonación. Tal presunción legal de liberación permite probar la existencia de condonación tácita en los casos en que, por exigirse la prueba documental del convenio y no darse ninguna de las excepciones establecidas en la ley, no cabe acudir a la prueba de testigos ni a la de presunciones de hecho (obviamente también puede acudirse a tal presunción cuando se admiten todos los medios de prueba³⁵⁷).

³⁵⁷ Es decir, cuando el importe de la obligación es inferior al establecido en la ley, existe algún principio de prueba por escrito, o se da alguna de las demás circunstancias previstas en la ley para excluir la necesidad de prueba escrita.

La doctrina española no es unánime en cuanto a la naturaleza de la presunción contenida en el artículo 1188. Parte de la doctrina estima que el artículo 1188 establece una presunción «iuris tantum» de condonación³⁵⁸, indicándose que cabe prueba en contrario «demostrando que la entrega del documento, aun voluntaria, se hizo por motivo o con finalidad distinta a la de perdonar la deuda»³⁵⁹ y que, en cualquier caso, el propio artículo 1188 permite al deudor la prueba del pago³⁶⁰. Aunque tal hipótesis está prevista para el supuesto en que el acreedor o sus herederos aleguen que la supuesta condonación es inoficiosa, en relación a este último párrafo se entiende que «nada impide que una invocación de este tipo pueda realizarse con motivos distintos»³⁶¹.

Otros autores sostienen, sin embargo, que la presunción contenida en el artículo 1188 es de carácter «iuris et de iure»³⁶². Tal afirmación resulta extraña si se tiene en cuenta que el párrafo segundo de dicho precepto permite expresamente la prueba del pago, a no ser que se entienda que la presunción de condonación es «iuris et de iure» sólo para el acreedor³⁶³, quien, una vez que concurren todos los presupuestos que dan lugar a la presunción, no puede demostrar que no tuvo voluntad de condonar la obligación. Sin embargo, no es ésta la opinión de los que mantienen la eficacia «iuris et de iure» de la indicada presunción, puesto que admiten la posibilidad de que, aun concurriendo todos los elementos del supuesto de hecho de la norma, el acreedor pueda todavía probar que no tuvo voluntad de condonar la deuda. Tal circunstancia no contradice el predicado carácter «iuris et de iure» de la presunción de condonación porque se piensa que la entrega, además de ser voluntaria, ha de ser realizada con la voluntad de condonar la obligación³⁶⁴, con lo cual al probar la falta de tal voluntad, el acreedor está atacando los presupuestos que dan lugar a la presunción pero no la presunción misma. Concretamente y según Blasco Gascó lo que se estaría atacando al demostrar la falta de voluntad condonante cuando se entregó el documento al deudor es la presunción del artículo 1189, no la del artículo 1188 CC³⁶⁵.

³⁵⁸ ASÍ PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 440.

³⁵⁹ LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 319

³⁶⁰ DE BUEN, *Notas al Curso elemental de Colin y Capitant*, t. III, cit., pp. 314, 315.

³⁶¹ Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 565.

³⁶² SCAEVOLA, ob. cit., p. 1060; CERRILLO, voz «Condonación», en *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, t. IV, p. 907; BLASCO GASCÓ, ob. cit., pp. 1277, 1280.

³⁶³ BLASCO GASCÓ, tras insistir en que la presunción del artículo 1188 tiene fuerza «iuris et de iure» («Las presunciones de condonación», cit., pp. 1277, 1280) dice que, no obstante, «el legislador, consciente de la realidad y mostrando un claro *favor debitoris* permite a éste probar que la entrega del documento privado se hizo en virtud del pago entregando al deudor un arma defensiva contra la pretensión de inoficiosidad» (p. 1281).

³⁶⁴ CERRILLO, ob. cit., p. 907.

³⁶⁵ BLASCO GASCÓ, ob. cit., p. 1275, dice que una de las circunstancias que puede probar el acreedor para dejar sin efecto la presunción de voluntariedad de la entrega establecida en el artículo 1189 es que «su intención no fue condonar la deuda, sino cualquier otro motivo justo y legítimo».

Resulta por consiguiente que, tanto los autores que opinan que la presunción del artículo 1188 tiene carácter «iuris et de iure», como los que opinan que tiene carácter «iuris tantum», coinciden en cuanto a las circunstancias que pueden invocarse para destruir la presunción. Además de la falta de concurrencia de los elementos del supuesto de hecho, lo que es obvio, se admite que el acreedor puede demostrar que su intención no fue condonar la deuda. Y por supuesto, nadie niega que el deudor pueda probar el pago.

Es de notar que la doctrina española analiza conjuntamente los dos párrafos del artículo 1188 y estima, casi unánimemente y pese al tenor literal del precepto, que el párrafo primero del citado artículo sienta una presunción de condonación, admitiendo en su párrafo segundo la prueba del pago. Nosotros pensamos, sin embargo, que el artículo 1188 contiene dos «presunciones»: una genérica «presunción»³⁶⁶ de liberación en su primer párrafo, y una presunción de condonación en el segundo³⁶⁷, y que la naturaleza y efectos de cada una de estas «presunciones» debe analizarse por separado.

Que el artículo 1188 encierra tal juego de «presunciones» se desprende de la propia redacción del precepto. Los autores que se ocupan del tema interpretan que la «renuncia de la acción» a que hace referencia el primer párrafo del repetido artículo 1188 equivale a la renuncia al derecho y, por tanto, debe considerarse sinónima de «condonación»³⁶⁸. Sin embargo, si se admite esta interpretación, la contradicción entre el primer y el segundo párrafo del artículo 1188 es palmaria. El párrafo segundo de este artículo dice: «Si para invalidar esta renuncia —la renuncia de la acción— se pretendiere que es inoficiosa, el deudor y sus herederos podrán sostenerla —la renuncia— probando que la entrega del documento se hizo en virtud del pago de la deuda». Como observa Blasco Gascó, si se prueba que hubo pago, no puede sostenerse la «renuncia de la acción» entendiendo por tal expresión la condonación de la obligación puesto que el pago implica la extinción de la misma por su cumplimiento. Donde el legislador ha dicho «implica la renuncia de la acción que el primero tenía contra el segundo» hay que entender «implica la extinción de la obligación» o la «liberación del deudor»³⁶⁹. La utilización de esta expresión, «renuncia de la acción»,

³⁶⁶ De momento, y por razones metodológicas, utilizamos el término «presunción» para hacer referencia a las reglas contenidas en los distintos párrafos del artículo 1188 aunque como veremos la establecida en el párrafo primero difícilmente puede calificarse como presunción.

³⁶⁷ Tal interpretación aparece ya apuntada por MANRESA, ob. cit., p. 784, quien indica que el artículo 1188 regula en su párrafo primero la *finalidad* con que se realiza la entrega del documento —consistente en la extinción de la obligación— y en su párrafo segundo la causa de la misma, el motivo del resultado extintivo —el pago o la condonación.

³⁶⁸ SANCHEZ REBULLIDA, ob. cit., p. 137; PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 440, nota 40; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 565; ALBALADEJO, ob. cit., p. 293.

³⁶⁹ Sin embargo este autor se adhiere después a la opinión general y, basándose en lo establecido en el párrafo segundo, afirma que el artículo 1188 CC presume la condonación de la obligación. Ob. cit., pp. 1279-1281.

se explica, probablemente, por una reminiscencia que tiene su origen en el fundamento de la presunción en los sistemas de prueba tasada, como era el del Proyecto español de 1851. En ellos la entrega del documento justificativo del crédito puede considerarse equivalente a la renuncia de la acción puesto que al desproveerse el acreedor del medio de prueba de su derecho no puede ejercitarlo judicialmente con éxito.

Que el párrafo segundo del artículo 1188 presume la condonación de la obligación se deduce del hecho de que aquellos que pretendan ejercitar una acción de reducción por inoficiosidad para invalidar la extinción de la obligación –lo que sólo es posible si la misma tiene su causa en la condonación– no tienen que probar este modo de extinción. Para evitar la rescisión el deudor o sus herederos deben probar el pago, luego a los herederos del acreedor les basta con invocar la remisión. Por tanto, una vez que se entiende producida la liberación del deudor, el párrafo segundo del artículo 1188 aclara que la misma se considera debida a la condonación de la obligación y no indistintamente al pago o a la remisión. Con ello se pretendía zanjar las discusiones surgidas en el Derecho francés e italiano acerca de si debía presumirse el pago o la remisión. Nuestro CC presume que la extinción de la obligación es consecuencia de la condonación pero admite la prueba del pago. Lo que cabría preguntarse, a la vista del tenor literal del artículo 1188.2 es si esta presunción de condonación favorece sólo a los herederos del acreedor³⁷⁰ o tiene carácter general y favorece también, por ejemplo, a los acreedores del deudor a efectos de la acción pauliana.

2. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO PRIMERO DEL ARTÍCULO 1188

A) Efectos de la entrega del documento justificativo del crédito

El párrafo primero del artículo 1188 dispone que la entrega voluntaria del documento justificativo del crédito por el acreedor al deudor implica la «renuncia de la acción» que, como venimos diciendo, equivale a la extinción de la obligación o la liberación del deudor.

En el Derecho francés y en el Derecho italiano se afirma que la presunción de liberación por entrega del documento privado justificativo del crédito (contenida respectivamente en los artículos 1282 CC francés, 1237 CC italiano –1353 en el derogado–) tiene carácter «*iuris et de iure*» puesto que los preceptos que la establecen no admiten la prueba en contrario (la regla general en estos ordenamientos es la inadmisibilidad de prueba en contrario de las presunciones establecidas en la ley salvo reserva legal expresa). El acreedor puede evitar el juego de la presunción atacando los elementos constitutivos del supuesto de hecho de la misma pero, demostrándose la concurrencia de todos ellos, se considera liberado al deudor.

³⁷⁰ Así lo apunta CAFFARENA, voz «Condonación», cit., p. 1388.

No obstante, en el Derecho francés, y pese a que se afirma que la indicada presunción es de carácter absoluto o «*iuris et de iure*», se permite al acreedor probar que no tuvo lugar la liberación del deudor mediante confesión o juramento decisorio³⁷¹. Esta es una excepción que se deriva de la regla general prevista en el artículo 1352 CC que establece la posibilidad de desvirtuar mediante tales medios de prueba cualquier presunción legal³⁷². El Código italiano de 1865 no recogió dicha regla en su artículo 1353³⁷³ al regular la eficacia de las presunciones legales, por lo que la imposibilidad de combatir la presunción de liberación contenida en el artículo 1279 CC una vez probada la concurrencia de las circunstancias previstas en el mismo no admitía ninguna excepción³⁷⁴. Lo mismo sucede en el Código actual.

Partiendo de esta eficacia «*iuris et de iure*» que se predica de la presunción contenida en la regla primera del artículo 1237 del actual CC italiano, la doctrina moderna indica que en realidad dicha norma contiene un supuesto de valoración legal típica del comportamiento del acreedor³⁷⁵. A través de dicha norma el legislador liga la liberación del deudor o la extinción de la obligación al supuesto de hecho consistente en la «restitución voluntaria del título original del crédito»³⁷⁶.

Por lo que respecta al párrafo primero del artículo 1188 CC, hay que preguntarse si la norma en él establecida debe considerarse como una presunción de liberación con carácter «*iuris et de iure*» como sucede en el Derecho francés e italiano. Según el artículo 1251 CC «las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba». El artículo 1188.1 no prohíbe expresamente la prueba en contrario de la «renuncia a la acción» del acreedor. Sin embargo, cabe cuestionarse si el indicado artículo 1251 es de aplicación a la regla primera del artículo 1188. Esta última norma no aparece formulada como si de una presunción se tratase ya que se limita a conectar a un determinado comportamiento –la entrega del documento– una concreta consecuencia jurídica –la extinción de la obligación–. Más bien parece que se trata de una disposición legal sustantiva.

³⁷¹ LAURENT, ob. cit., núms. 361 ss., pp. 390-393; DEMOLOMBE, ob. cit., núms. 424, 429, pp. 303, 306; MAZEAUD, ob. cit., p. 1190; POISSON, ob. cit., núms. 35, 41, p. 3.

³⁷² Artículo 1352 CC francés: «La presunción legal dispensa de toda prueba a aquel en beneficio del cual existe. No se admite ninguna prueba contra la presunción de la ley, cuando, sobre el fundamento de esta presunción, anula ciertos actos o deniega la acción en juicio, a menos que se haya reservado la prueba en contrario y salvo lo que se dirá sobre el juramento y la confesión judicial».

³⁷³ Artículo 1353 CC italiano 1865: «No se admite ninguna prueba contra las presunciones legales, cuando sobre el fundamento de ésta se anulan ciertos actos y se niega la acción en juicio, salvo que la ley haya reservado la prueba en contrario».

³⁷⁴ LOMONACO, ob. cit., pp. 292, 293; RICCI, ob. cit., p. 389; GIORGI, ob. cit., p. 383.

³⁷⁵ GIACOBBE y GUIDA, ob. cit., p. 786; DI PRISCO, ob. cit., p. 307.

Asimismo, GIAMPICCOLO, ob. cit., p. 800; CARIOTA-FERRARA, ob. cit., p. 341, y SANTORO PASSARELLI, ob. cit., p. 125, incluyen este supuesto entre los ejemplos de manifestaciones de voluntad legalmente tipificadas.

³⁷⁶ ALLARA, ob. cit., p. 293.

Similar formulación encontramos por ejemplo en el artículo 1000 CC o en el 1566 y nadie considera aplicable el artículo 1251 a estos preceptos con objeto de permitir demostrar que no ha existido voluntad de aceptar la herencia o de prorrogar el arrendamiento³⁷⁷. Si en relación al artículo 1110 CC cabe interpretar que establece una presunción «iuris tantum», ello no se deriva de la aplicación del artículo 1251, sino de los antecedentes históricos del precepto y de su relación con el artículo 1621. Por lo que respecta al artículo 266, los autores que defienden que contiene una presunción «iuris tantum», apuntan como único supuesto de «prueba en contra» de la extinción del crédito el hecho de que el tutor no conociera la existencia del crédito omitido en el inventario³⁷⁸. Tal hipótesis no puede considerarse en realidad como «prueba en contrario» de la existencia de voluntad de renuncia. Si el tutor no conocía la existencia del crédito no podía lógicamente incluirlo en el inventario³⁷⁹ no dándose, por tanto, el supuesto de hecho de la norma.

Manresa, inclinándose por la postura que aquí defendemos, ya indicaba que «más bien que presunción, es regla la primera parte del artículo 1188»³⁸⁰. En nuestra opinión el párrafo primero del artículo 1188 CC contiene una regla de valoración legal del comportamiento. Ello significa que aquel que niegue que tal conducta haya determinado la extinción de la obligación deberá demostrar que no concurre alguno de los elementos que forman parte del supuesto de hecho de la norma. Conviene por tanto analizarlos por separado.

B) Elementos del supuesto de hecho de la norma

a) *Documento privado justificativo del crédito*

¿Qué debe entenderse por «documento privado justificativo del crédito»? En el Derecho alemán, junto con la entrega del recibo al deudor –supuesto que ya tuvimos ocasión de analizar– se considera un supuesto de condonación tácita el derivado de la devolución por el acreedor al deudor del título de la obligación («Schuldschein»), obviamente, cuando no ha existido pago u otra causa de cancelación de la obligación.

³⁷⁷ No queremos decir con esto que la existencia de una presunción exija necesariamente la utilización del término «se presume». Por un lado porque existen presunciones en el CC en las que no se emplea tal expresión (*vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 595). Por otro, porque las denominadas «presunciones iuris et de iure», como sería por ejemplo la prevista en el artículo 643 CC –que utiliza la expresión «se presumirá»–, no son tales presunciones. Las verdaderas presunciones operan en el terreno de la prueba y las «iuris et de iure» producen en realidad efectos sustantivos.

³⁷⁸ LETE DEL RÍO, ob. cit., p. 366.

³⁷⁹ Así lo observa GETE-ALONSO, *Comentarios a las Reformas...*, cit., p. 486, quien, aunque estima que la consecuencia jurídica prevista en el precepto se impone a modo de sanción y con independencia de la voluntad del tutor, no considera aplicable el indicado artículo a esta hipótesis. El tutor, dice, «ignorando el crédito o su subsistencia estaría, en todo caso, ante la imposibilidad absoluta de incluirlo en el inventario».

³⁸⁰ MANRESA, ob. cit., p. 787.

La calificación de este comportamiento como posible medio de condonar tácitamente la deuda se funda en el hecho de que el parágrafo 371 BGB permite al deudor exigir al acreedor, cuando ejecuta la prestación, además del correspondiente recibo (facultad prevista en el parágrafo 368), el título escrito de la obligación. Esta facultad la ostenta el deudor no sólo en el supuesto del pago sino cuando por cualquier medio se extingue la obligación³⁸¹. Mientras que la norma que se refiere a la entrega del recibo tiene como fin proveer al deudor de un medio de prueba de la extinción de la obligación, el parágrafo 371 tiene como fin impedir la utilización abusiva del título por parte del acreedor ya que la posesión del mismo se considera un indicio de la subsistencia de la obligación. Existe un interés del deudor y un interés general en la protección del tráfico en hacer desaparecer de la circulación los títulos que devienen incorrectos.

Ahora bien, el título de la obligación o «Schuldschein» a que se refiere el parágrafo 371 BGB para imponer al acreedor el deber de entregarlo al deudor, es aquel documento extendido por el deudor con el fin de asegurar la prueba de la existencia de la deuda. A través de dicho documento puede crearse la obligación o simplemente confirmarse su existencia. Es necesario que esté firmado por el deudor y que constate el contenido de la obligación al menos en sus puntos esenciales de modo que sea apropiado para probar el contenido esencial de la misma. No se incluyen en el concepto de «Schuldschein» los documentos contractuales³⁸².

Así pues, lo que puede considerarse en el Derecho alemán como condonación tácita es la devolución por el acreedor al deudor del documento expedido por este último con la finalidad específica de dotar al acreedor de un medio de prueba del derecho de crédito. No la entrega del documento en el que, en su caso, se redactó el contrato que dio origen a la obligación.

En el Derecho francés, por el contrario, la expresión «título original bajo firma privada» empleada en el artículo 1282, se refiere al *documento contractual*, al documento elaborado para probar la celebración del contrato y la existencia de la obligación³⁸³—que deberá respetar las formalidades legales³⁸⁴—. Como sabemos, el fundamento de la presunción de liberación establecida en el indicado artículo 1282 está íntimamente ligado al sistema probatorio vigente en el país vecino y al hecho de que la ley exige que la prueba de las obligaciones que exceden de un determinado

³⁸¹ ZEISS, en *Soergel Kommentar zum BGB*, t. II, 12.^a ed., Stuttgart, Berlín, Köln, 1990, ex parágrafo 371, p. 1770; WESTERMANN, en *Erman Handkommentar zum BGB*, t. I, 9.^a ed., Münster, 1993, ex parágrafo 371, p. 843; OLZEN, en *Staudinger Kommentar zum BGB*, t. II, 13.^a ed., Berlín, 1995, ex parágrafo 371, p. 139.

³⁸² STAUDINGER-OLZEN, ob. cit., pp. 137, 138; ERMAN-WESTERMANN, ob. cit., p. 843; SOERGEL-ZEISS, ob. cit., p. 1769; HEINRICHS, en *Münchener Kommentar zum BGB*, t. II, 3.^a ed., München, 1994, ex parágrafo 371, pp. 1468, 1469.

³⁸³ LAURENT, ob. cit., núm. 347, p. 372.

³⁸⁴ Es indispensable que se encuentre firmado por las partes contratantes y que se redacte en doble ejemplar si el contrato es sinalagmático—art. 1325—. Si el contrato es unilateral debe respetarse lo establecido en el artículo 1326.

valor se lleve a cabo mediante la documentación del contrato constitutivo de las mismas. Naturalmente el documento en cuestión ha de ser el único que posea el acreedor. Si se redactó más de un ejemplar como en el supuesto de obligaciones sinalagmáticas (art. 1325) la operatividad de la presunción de liberación exige que no quede ninguno en poder del acreedor³⁸⁵. La misma interpretación en relación al concepto de «título original» privado se mantenía en el Derecho italiano posterior al CC de 1865 (art. 1279 CC) y se conserva en el Derecho vigente (art. 1237.1 CC)³⁸⁶.

En consonancia con lo expuesto afirmaba Demolombe que documentos tales como facturas, cuentas, memorias o estados de suministros librados por el acreedor, etcétera, no redactados con la finalidad de probar la celebración del contrato y que, no estando firmados por el deudor no constituyen título contra él, no tenían la consideración de «título escrito de la obligación»³⁸⁷. Lo mismo mantenía Giorgi con referencia a la situación anterior al Codice civile de 1942³⁸⁸.

Ambos autores observaban también que la entrega de documentos reconocitivos o confirmativos de la obligación no permitía poner en juego la presunción de liberación. No tanto por no revestir el carácter de título «original» como por no darse el carácter de documento «único». Así se deduce del hecho de que admitieran la solución afirmativa en el supuesto en que el documento reconocitivo fuese el único medio de prueba con el que contaba el acreedor³⁸⁹.

Por lo que respecta al Derecho español, al igual que en el Derecho francés e italiano se afirma que el documento privado del que habla el artículo 1188.1 debe ser el único del que disponga el acreedor³⁹⁰, no dándose el supuesto de hecho de la norma si el acreedor se queda con un duplicado. La cuestión no está tan clara en cuanto a qué debe entenderse por «documento justificativo del crédito». La afirmación de la jurisprudencia de que el documento debe ser necesariamente justificativo del crédito, y que de él debe resultar la deuda (S. 19-10-1897; 20-10-1913; 3-4-1928; 13-2-1965) no es sino una reiteración de lo ya expresado en el artículo 1188.1 y, con otros términos, en el 1189. Manresa indica que tal documento es aquel que pueda considerarse como «título escrito de la obligación o al menos como demostración directa y principal de la existencia de ésta a falta de aquél»³⁹¹ y Díez-Picazo matiza que «no es necesario, por supuesto, que se trate de un documento que incorpore el derecho, en el sentido de los títulos valores, pero debe constituir elemento necesario del ejercicio de la acción». Gonzá-

³⁸⁵ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 403, p. 287; POISSON, ob. cit., p. 4.

³⁸⁶ Vid. GIORGI, ob. cit., p. 382; PERLINGIERI, ob. cit., p. 242; DI PRISCO, ob. cit., p. 308, nota 47.

³⁸⁷ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 406, p. 288.

³⁸⁸ GIORGI, ob. cit. p. 382.

³⁸⁹ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 405, p. 288; GIORGI, ob. cit. p. 382.

³⁹⁰ SCAEVOLA, ob. cit., p. 1058; MANRESA, ob. cit., p. 785; CERRILLO, ob. cit., p. 907; BLASCO GASCÓ, «Las presunciones de condonación», cit., p. 1270; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 564.

³⁹¹ MANRESA, ob. cit., p. 785.

lez Porras estima que entran en el ámbito de la regla primera del artículo 1188 documentos tales como cartas, presupuestos, facturas, etcétera, si su posesión sirve al deudor para acreditar el pago³⁹². Manresa y Rivero Hernández mantienen la opinión contraria³⁹³.

En nuestra opinión, y dado que en el Derecho español la ley no impone la obligación de preconstituir la prueba documental del contrato, siendo admisible cualquier medio de prueba (arts. 1215, 1244, 1248), «documento justificativo del crédito» no tiene por qué ser necesariamente el documento redactado con el fin de probar la celebración del contrato. No tiene que tratarse del «documento contractual». Lo decisivo es que sea *la única prueba documental del convenio*. Téngase en cuenta que, aunque en el Derecho español no están limitados los medios de prueba, al fin y al cabo también aquí el fundamento de la presunción descansa en que al entregar el documento, el acreedor pierde, no el único, pero sí un importante medio de defensa. Quizá el acreedor cuente con otros medios de prueba pero, siempre que no sean documentales, no queda impedido el juego del artículo 1188.1. Dada la libertad probatoria que existe en nuestro Derecho, difícilmente podrá encontrarse un caso en que el documento constituya «elemento necesario del ejercicio de la acción». Por tal razón entendemos que siempre que el documento de que se trate se encuentre firmado por el deudor y demuestre la existencia de la obligación de que se trate estaremos ante un «documento justificativo del crédito». Por tanto, una carta o un documento de reconocimiento de deuda librado por el deudor³⁹⁴, pueden considerarse como «documento justificativo del crédito» a los efectos del artículo 1188.1 siempre que el acreedor no tenga en su poder otro documento probatorio del derecho de crédito.

En cuanto a la factura, que constituye medio de prueba de las obligaciones mercantiles, es necesario distinguir según que se encuentre o no aceptada por el deudor. La factura no aceptada tiene sólo valor probatorio (como confesión extrajudicial) contra el que la expide y por consiguiente no puede ser conceptuada como «documento justificativo del crédito». Si la factura se encuentra aceptada por su destinatario, tiene valor probatorio contra éste ya que supone su aprobación a la ejecución del contrato³⁹⁵. Señala Cloquet que la aceptación de la factura por el cliente determina una manifestación de su adhesión a una convención previa y confirma la existencia del crédito invocado por el que emite la factura. No es un mero hecho material sino un acto jurídico que tiene como efecto el nacimiento

³⁹² GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., p. 345.

³⁹³ MANRESA, ob. cit., p. 785; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 319.

³⁹⁴ No tiene que tratarse de un documento en el que se constate un *contrato de reconocimiento de deuda*, entendido éste como negocio de fijación. Puede tratarse de un documento redactado unilateralmente por el deudor y de eficacia meramente reconocitiva, es decir, con valor meramente confesorio, similar al concepto de «Schuldschein» propio del Derecho alemán.

³⁹⁵ LANGLE y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, t. III, Barcelona, 1959, p. 99; GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1983, pp. 27, 28; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, t. II, 17.ª ed., Madrid, 1994, p. 140.

de obligaciones. Afirma en consecuencia que la factura aceptada y firmada por el cliente constituye una prueba de la deuda contraída por éste frente al que la expide³⁹⁶. En semejante sentido se manifiesta Uría quien indica que la eficacia probatoria de la factura aceptada «se extiende a la existencia misma del contrato, a su conclusión y condiciones esenciales, y a las indicaciones o cláusulas accesorias que le acompañen»³⁹⁷. Así pues, estando aceptada la factura, no vemos obstáculo para considerarla como «documento justificativo del crédito» en el sentido del artículo 1188.1 siempre que sea el único documento que justifique la existencia de la obligación. Puede ocurrir que si existe contrato previo a la emisión de la factura se trate de un acuerdo verbal o de un compromiso tácito.

Finalmente hay que recordar que el supuesto de hecho del artículo 1188 es el de entrega de documento privado. La hipótesis a que se hacía referencia en Las Partidas (P. 5, 14, 9) como modalidad de condonación era exclusivamente la de entrega del documento privado («la carta del debdo») ³⁹⁸. El legislador español, continuando la tradición histórica, no se hizo eco de la presunción «iuris tantum» de liberación por entrega de tal documento recogida en el artículo 1283 CC francés (incorporada también al CC italiano de 1942 aunque no al de 1865) que tampoco fue incluida en el Proyecto de 1851. Se pensó probablemente que la virtualidad de la entrega de la copia del documento público para inferir de ella la extinción de la obligación es escasa dado que el Notario conserva el original en su poder. No cabe por tanto aplicar el artículo 1188 al supuesto de entrega de copia de documento público³⁹⁹. Teniendo las reglas de forma de la donación el carácter de requisito constitutivo del negocio, menos aun cabe considerar dicha conducta como un supuesto de condonación tácita⁴⁰⁰.

b) *Entrega voluntaria*

La entrega del título por el acreedor ha de ser voluntaria. Como es lógico, el documento ha de haber estado previamente en poder del acreedor. Así lo especifican las Sentencias de 13 de octubre de 1896 y 30 de abril de 1904. La voluntariedad de la entrega se presume ex artículo 1189 por el hecho de encontrarse el deudor en posesión del título.

La idea de que la posesión del documento por el deudor debía hacer presumir la entrega voluntaria fue mantenida por Pothier basándose en

³⁹⁶ CLOQUET, *La facture*, Bruxelles, 1959, p. 46.

³⁹⁷ URÍA, «Contribución al estudio de la factura de compraventa mercantil», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a A. Polo*, Madrid, 1981, p. 1171

³⁹⁸ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 218, señalan que lo dispuesto en Las Partidas «no parece aplicable a los documentos públicos; es decir, que la entrega de la copia de la escritura pública hecha al deudor, no deberá considerarse como remisión de la deuda».

³⁹⁹ En este sentido, SCAEVOLA, ob. cit., p. 1059; MANRESA, ob. cit., p. 785.

⁴⁰⁰ BLASCO GASCÓ, «Las presunciones de condonación», cit., p. 1270, apunta esta posibilidad. En contra se manifiesta MANRESA, ob. cit., p. 785. De esta última opinión parece ser también Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 564, quien indica que, como en materia de documentos públicos es siempre posible la obtención de nuevas copias, el acreedor que entrega un documento público no manifiesta ninguna voluntad.

que es ésta la «vía natural» por la cual puede pasar la posesión del acreedor al deudor. Aunque el Código civil francés no sancionó legalmente la opinión de Pothier la doctrina francesa considera existente tal presunción como «presunción de hecho»⁴⁰¹ correspondiendo al acreedor la prueba de la no voluntariedad de la restitución⁴⁰². Lo mismo sucedía en el Derecho italiano posterior al Código de 1865⁴⁰³ que tampoco incorporó esta regla como presunción legal⁴⁰⁴.

En el Derecho español se consideró más conveniente zanjar las posibles discusiones en torno a esta cuestión estableciendo una presunción legal. Así se desprende de los comentarios de García Goyena al artículo 1142 del Proyecto de 1851 en el que aparece por primera vez tal presunción. Señala dicho jurista que era necesario dar una regla general acerca de si la posesión del título hacía presumir la voluntariedad de la entrega ya que «algunos autores lo han tratado y resuelto en pro y en contra, segun la diversidad de casos»⁴⁰⁵.

Entre las circunstancias que puede alegar (y debe probar) el acreedor para demostrar que la entrega no fue voluntaria enumera la doctrina francesa e italiana (posterior al CC 1865) la pérdida, hurto, violencia, error, dolo y el abuso de confianza de parte de un tercero⁴⁰⁶.

Pothier consideraba que la calidad de la persona del deudor y sus relaciones de confianza con el acreedor podían impedir que entrara en juego la indicada presunción pues en ciertos casos (por ej. si el deudor era factor, empleado doméstico o vecino del acreedor) la posesión del título no era suficiente para presumir la entrega voluntaria. La doctrina posterior no parece estimar que tales circunstancias priven en principio de fuerza a la presunción, puesto que incluye el abuso de confianza entre los hechos que debe probar el acreedor para desvirtuarla. Esta parece que era también la opinión de García Goyena quien indicaba que «las consideraciones sobre la calidad de la persona del deudor» debían ser alegadas por el acreedor de modo que el juez pudiera apreciarlas en la prueba⁴⁰⁷. Ahora bien, aunque las relaciones de confianza o proximidad de acreedor y deudor no determinen «a priori» la inoperancia de la presunción del artículo 1189, no puede negarse que la situación en que se encuentra el

⁴⁰¹ Al ser la voluntariedad de la entrega un mero hecho son admisibles todos los medios de prueba.

⁴⁰² BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1781; p. 108; DEMOLOMBE, núms. 421, 422, pp. 299-301; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., pp. 639, 640; MAZEAUD, ob. cit., p. 1189; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1120.

⁴⁰³ LOMONACO, ob. cit., p. 292; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., pp. 571, 592; GIORGI, ob. cit., p. 381.

⁴⁰⁴ La doctrina italiana moderna parece inclinarse, sin embargo, por la opinión contraria. Se tiende a afirmar que la carga de la prueba de la voluntariedad de la entrega corresponde al deudor conforme a los principios generales en esta materia. DI PRISCO, ob. cit., p. 308; PERLINGIERI, ob. cit., p. 243.

⁴⁰⁵ GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 609.

⁴⁰⁶ BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1781, p. 108; DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 422, pp. 301, 302; LOMONACO, ob. cit., p. 292; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 572.

⁴⁰⁷ GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 609.

deudor genera, como observa Manresa, una presunción «ab homine» en favor del acreedor, de que el deudor pudo apoderarse del título valiéndose de dicha situación ⁴⁰⁸.

Al inicio de este apartado indicamos que la doctrina española estima unánimemente que, aun dándose todos los elementos del supuesto de hecho del artículo 1188, el acreedor puede destruir la presunción de condonación —como se ha dicho, no se distingue entre sus dos párrafos— probando que no tuvo voluntad de remitir la obligación. Así lo afirman también los que sostienen el carácter «iuris et de iure» de tal presunción entendiendo que con tal prueba se desvirtúa la presunción de entrega voluntaria del artículo 1190, de manera que la entrega, además de ser voluntaria, ha de ser hecha con intención de condonar la deuda.

Nosotros opinamos que el artículo 1188.1 contiene una regla de valoración legal del comportamiento (una presunción «iuris et de iure» según la calificación empleada en el Derecho francés e italiano). Si ello es así no parece que sea posible para el acreedor demostrar, una vez que se dan los presupuestos de la norma, que con la entrega del documento al deudor *no tuvo voluntad de liberar al deudor*. Así lo pone de manifiesto Pacifici-Mazzoni ⁴⁰⁹. Sin embargo y pese a ello, la doctrina francesa y la italiana, anterior y posterior al CC de 1942, viene manteniendo que el acreedor puede probar que entregó el documento al deudor en depósito o por virtud de un mandato ⁴¹⁰. Dado que en estos casos el acreedor realiza la entrega voluntariamente, aunque, como es obvio, sin ánimo de liberar al deudor, cabría deducir que la voluntariedad de la entrega ha de interpretarse en el sentido de entrega *no justificada por una causa relevante jurídicamente*. Cuando la entrega del documento al deudor se realiza con una finalidad concreta y específica para cuya consecución es necesaria dicha entrega no estamos ante una entrega «voluntaria» en el sentido del artículo 1188.1. Hay que concluir por tanto que si bien el acreedor no puede impedir el juego del artículo 1188.1 alegando simplemente que no tuvo voluntad de liberar al deudor, puede demostrar que la entrega del documento obedecía a una causa justificada.

Una última cuestión a analizar es si cabe extender la aplicación de la regla primera del artículo 1188 al supuesto en que el acreedor rompe el título. En sentido afirmativo se pronuncian Blasco Gascó y Díez-Picazo ⁴¹¹.

⁴⁰⁸ MANRESA, ob. cit., p. 786. En similar sentido GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit. p. 359.

⁴⁰⁹ PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 572.

⁴¹⁰ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 425, pp. 303, 304; LAURENT, ob. cit., núm. 360, p. 389; AUBRY y RAU, ob. cit., núm. 323, p. 209; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 572; GIORGI, ob. cit., p. 381; PERLINGIERI, ob. cit., p. 244.

Debe tenerse en cuenta que la prueba de tales circunstancias está sujeta a las limitaciones generales al implicar la prueba de la existencia de un contrato.

⁴¹¹ BLASCO GASCÓ, ob. cit., p. 1272; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 565.

SCAEVOLA, ob. cit., p. 1061, considera que es éste uno de los medios de condonar tácitamente la deuda.

La doctrina francesa (así como la italiana anterior al Codice de 1942) niega que la cancelación o destrucción del título original del crédito sea asimilable al comportamiento valorado en la ley como presunción de liberación. Fundamentan esta postura indicando que sólo caben las presunciones de liberación establecidas expresamente en la ley no siendo éstas susceptibles de aplicación analógica a otros supuestos. Se observa, no obstante, que tal comportamiento puede generar una presunción *de hecho* de liberación, admisible cuando lo es la prueba de testigos⁴¹². Algo similar sucede en el Derecho suizo. El artículo 89 del Código de obligaciones sienta una presunción de extinción de la obligación derivada de la restitución del título al deudor. Se dice, no obstante, que cuando el acreedor intencionadamente destruye el documento o lo hace ilegible puede apreciarse la existencia de una «*praesumptio hominis*» de extinción, derivada de la experiencia⁴¹³.

En el Derecho histórico español rotura y entrega del título por el acreedor al deudor se consideraban equivalentes. La P. 5, 14, 9 que regulaba la remisión tácita incluía también este supuesto diciendo: «Diese al debdor la carta del debdo, o la rompiesse con intencion de quitarle el debdo». En consecuencia la doctrina enumeraba como ejemplos de condonación tácita la devolución por el acreedor del documento privado donde constara el crédito al deudor y su inutilización⁴¹⁴. El artículo 1141 del Proyecto de 1851, entre cuyos precedentes cita García Goyena el precepto de Las Partidas transcrito, omitió toda referencia a la rotura del título. De ello podría inferirse que fue voluntad de los redactores del Anteproyecto y, posteriormente del legislador, excluir tal conducta del supuesto de hecho de la norma.

A favor de la equiparación de una y otra conducta puede aducirse, sin embargo, que el fundamento de la regla que deduce de tal comportamiento la liberación del deudor reside en que el acreedor voluntariamente se desprende del medio de prueba de su derecho y esto sucede tanto en el supuesto de entrega como en el de rotura del título. La inclusión de la rotura del documento justificativo del crédito en el supuesto de hecho del artículo 1188 CC no nos parece un caso de aplicación analógica (argumento usado por los autores franceses para rechazar la operatividad del art. 1282 CC en relación a la destrucción del título) sino más bien de interpretación extensiva⁴¹⁵. Suele entenderse que el carácter excepcional de una norma, si bien impide su aplicación analógica, no impide su inter-

⁴¹² DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 450, pp. 320, 321; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1784, p. 114; LAURENT, ob. cit., núm. 349, p. 374; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 641; POISSON, ob. cit., p. 5. Entre los autores italianos, GIORGI, ob. cit., p. 385; RICCI, ob. cit., p. 388.

⁴¹³ ENGEL, ob. cit., p. 2; BUCHER, ob. cit., p. 316.

⁴¹⁴ GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 218; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 422.

⁴¹⁵ Señala Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, 3.ª ed., Barcelona, 1993, p. 280, que se actúa por vía analógica cuando se traslada la norma de un marco institucional a otro. Se opera por vía de interpretación extensiva si se mantiene la norma

pretación extensiva⁴¹⁶, por lo que, desde este punto de vista, no habría ningún obstáculo para extender el tenor literal del precepto a la hipótesis que comentamos. Tampoco lo habría, en realidad, aunque se estimara que se trata efectivamente de aplicación analógica ya que se ha demostrado que el carácter excepcional de una norma no excluye necesariamente el uso del procedimiento analógico⁴¹⁷. Partiendo de estas premisas podría considerarse que la destrucción del documento privado justificativo del crédito por parte del acreedor (dándose todos los presupuestos requeridos en el art. 1188.1) ocasiona el mismo resultado que su devolución.

Debe tenerse en cuenta sin embargo que, a no ser que el acreedor, tras rayar o inutilizar el documento, lo haya entregado al deudor (en cuyo caso nos encontramos en el supuesto de hecho previsto en el art. 1188), difícilmente podrá éste aducir tal conducta en su defensa con objeto de paralizar la pretensión de pago del acreedor. No sólo porque puede desconocer que el evento en cuestión ha tenido lugar (no será así obviamente si el acreedor rompe el documento en presencia del deudor) sino porque a él corresponderá la prueba de la destrucción del título y el que el acreedor no presente o no pueda presentar el documento no parece un hecho lo suficientemente concluyente como para demostrar que lo destruyó.

c) *Entrega hecha por el acreedor o persona autorizada por él en su nombre, al deudor o persona autorizada por éste para recibirlo*

Esta es una regla tradicional. En general se entiende que si la entrega es realizada por un tercero, que no sea mandatario ni representante, o a un sujeto distinto del deudor, que no lo represente ni tenga la obligación de entregarle el documento, no hay lugar a aplicar ninguna presunción de liberación⁴¹⁸.

Cuando hablamos de los requisitos subjetivos de la remisión indicamos que el sujeto legitimado para condonar la deuda es el acreedor, por sí o por

dentro de su marco institucional pero se entienden incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos que aquellos que su literalidad encierra.

⁴¹⁶ DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 479; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I, cit., p. 195; LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, I, *Parte general del Derecho Civil*, vol. 1.º, ed. rev. y adicionada por DELGADO ECHEVERRÍA, Barcelona, 1988, p. 277; GULLÓN, «Comentario al artículo 4 CC», en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, p. 31.

Contra, ROCA TRÍAS, «Comentario al artículo 4 CC», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, t. I, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992.

⁴¹⁷ La aplicación analógica es posible si el principio en que se basa la norma en cuestión tiene la suficiente amplitud como para que concurra en un supuesto de hecho diverso al contemplado expresamente en la misma. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. por DE LOS MOZOS, Madrid, 1975, p. 161; CAIANI, voz «Analogía», en *Enciclopedia del Diritto*, t. II, pp. 367, 368; BOBBIO, voz «Analogía», en *Novissimo Digesto italiano*, t. XV, p. 606; ROTONDI, voz «Interpretazione della legge», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VIII, p. 900.

⁴¹⁸ MANRESA, ob. cit., pp. 786, 787; BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., p. 1275; AUBRY ET RAU, ob. cit., núm. 323, p. 206, nota 27. LAURENT, ob. cit., núms. 344, 345, pp. 369 ss.; POISSON, ob. cit., p. 4; GIORGI, ob. cit., p. 376.

medio de representante con poder especial. Cuando la condonación es expresa no resulta posible condonar la deuda mediante mandatario sin poder de representación. No puede condonarse el crédito ajeno actuando en nombre propio. Dado que la remisión está sujeta a las reglas de forma de la donación, al poder para condonar le es también aplicable dicha forma, al menos en tanto se entienda que es al otorgarlo cuando el «dominus» manifiesta la voluntad de efectuar la remisión y asumir sus efectos⁴¹⁹.

La situación no es la misma cuando la condonación se efectúa a través del comportamiento previsto en el artículo 1188. La entrega del documento justificativo del crédito puede ser realizada con motivo del pago o con otra finalidad justificada (en cuyo caso no habría lugar a la presunción de liberación si el acreedor logra demostrar esta circunstancia). Si el acreedor la realiza con el fin de condonar la deuda y pretende ejecutar esta conducta a través de un tercero no parece que sea necesario que otorgue a éste por escrito un poder para que actúe en su nombre. Basta que entregue a dicho sujeto el documento en cuestión con el encargo de restituirlo al deudor.

Por lo que respecta al sujeto que recibe el documento en lugar del deudor, es suficiente, igualmente, que esté autorizado para ello por el deudor con independencia de la forma en que se exprese tal autorización⁴²⁰.

Algunos autores franceses (y algunos italianos anteriores al CC 1942) estiman que la entrega del documento privado al fiador libera también al deudor principal⁴²¹. La afirmación de estos autores tiene sentido en sus respectivos sistemas ya que, debiendo probarse documentalmente la existencia de las obligaciones en los casos requeridos en la ley, el acreedor se ve imposibilitado de reclamar judicialmente el pago de la deuda tanto si entrega el documento demostrativo de su derecho de crédito al deudor principal como si lo entrega al fiador. Por la misma razón se afirma que cuando se entrega el título a uno de los deudores mancomunados la deuda se extingue frente a todos ellos⁴²², opinión ésta que en nuestro Derecho se considera contraria a los principios que rigen la mancomunidad⁴²³. En el Derecho español el documento en que se constate el crédito no tiene la misma importancia a efectos de prueba que en estos sistemas y por tanto no puede mantenerse igual solución. En nuestra opinión si el documento justificativo del crédito se entrega al fiador no procede considerar liberado ni al deudor principal ni al fiador. Para entender extinguida la obligación accesoria de

⁴¹⁹ Vid. SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos*, cit., pp. 209, 210.

⁴²⁰ Indica BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., p. 1275, que «incluso cabría que el documento privado lo recibiera un tercero en nombre del deudor sin estar autorizado por éste, mediante una gestión de negocios ajenos».

⁴²¹ LAURENT, ob. cit., núm. 377, pp. 402, 403; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 643; GIORGI, ob. cit., p. 377; LOMONACO, ob. cit., pp. 293, 294.

⁴²² LAURENT, ob. cit., núm. 376, p. 402; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 643; WEILL y TERRÉ, ob. cit., p. 1121. En el Derecho italiano posterior al CC 1865, GIORGI, ob. cit., p. 393; LOMONACO, ob. cit., pp. 293, 294.

⁴²³ BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., p. 1276; GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit., p. 351; MANRESA, ob. cit., p. 790.

fianza ex artículo 1188.1 sería necesario que el acreedor entregara al fiador el documento que pudiera considerarse como «justificativo» no del crédito principal, sino *de la obligación accesoria de fianza*, al menos cuando el contrato de fianza conste documentalmente. Podría, no obstante, considerarse extinguida la garantía mediante la entrega del documento justificativo del crédito principal al fiador si el contrato de fianza se hubiese plasmado en el mismo documento que el crédito principal o, habiéndose concluido verbalmente, del documento en que conste la obligación principal resulte su existencia de algún modo. Siempre y cuando, claro está, el acreedor carezca de otra prueba documental del contrato de fianza.

d) *Posesión del documento por parte del deudor*

Se afirma por la doctrina que la posesión del documento por el deudor no tiene que ser necesariamente actual ya que lo decisivo es que el acreedor haya entregado el documento al deudor, no que éste lo tenga en su poder. Lo que ocurre es que el deudor deberá demostrar que llegó a poseer el documento por haberle sido entregado por el acreedor⁴²⁴.

Aunque no consideramos incorrecta tal afirmación, la prueba de la concurrencia de los presupuestos del artículo 1188.1 nos parece en este caso harto difícil. Cuando el deudor está en posesión del título la voluntariedad de la entrega se presume ex artículo 1189 CC. Si no lo tiene, no le basta con probar que en algún momento se le entregó, también tiene que probar que la entrega fue voluntaria.

3. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1188

Dándose el supuesto de hecho previsto en el párrafo primero del artículo 1188 CC el deudor se encuentra liberado de su obligación. La regla establecida en dicho precepto permite al deudor defenderse frente al acreedor toda vez que éste le reclame el cumplimiento de la obligación, paralizando su pretensión. Al deudor en principio le resulta indiferente que se presuma el pago o la condonación puesto que en cualquier caso se ha extinguido su obligación. El párrafo segundo del artículo 1188 presume, sin embargo, que la liberación del deudor obedece a la condonación. Esta presunción favorece a los herederos forzosos que impugnan la extinción de la obligación basándose en que la misma es debida a una condonación que resulta inoficiosa. Los legitimarios no tienen que probar la remisión ya que es el deudor quien debe probar el pago. La doctrina española no limita el ámbito de la presunción a este único supuesto⁴²⁵. Pensa-

⁴²⁴ MANRESA, ob. cit., p. 386; BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., p. 1273.

⁴²⁵ En general, o los autores no se plantean qué ámbito subjetivo tiene la presunción de condonación del artículo 1188.2 o, si se hace alusión a los sujetos favorecidos por la misma, se indica que el deudor también tiene que probar el pago cuando los acreedores del titular del crédito extinguido pretenden revocar la condonación por fraudulenta. Así, expresamente, LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit., p. 319, y GONZÁLEZ PORRAS, ob. cit.,

mos, por el contrario, que esta presunción se establece únicamente en beneficio de los legitimarios del acreedor, siendo dudoso que pueda favorecer a otros sujetos distintos de los previstos en la norma⁴²⁶.

Como ya se apuntó, tanto en el Derecho francés como en el Derecho italiano posterior al CC de 1865 se discutía si una vez que entraba en juego la presunción de liberación derivada de la entrega del título privado por el acreedor al deudor debía presumirse la condonación o el pago. Ejemplo de las diferentes posturas son las siguientes opiniones:

Para Marcadé debía presumirse el pago y no la remisión por ser aquél el modo natural y ordinario de extinguir las obligaciones y porque las liberalidades no se presumen. Ello era así, no obstante, en tanto el deudor no pretendiera haberse liberado por condonación. En cualquier caso, de entenderse que hubo pago era posible siempre al acreedor probar que existió condonación⁴²⁷.

Aubry y Rau afirmaban que el deudor podía invocar uno u otro modo de liberación. No obstante, si invocaba el pago, tanto el acreedor como los terceros (legitimarios, acreedores) podían probar que se trataba en realidad de condonación aunque no en todo caso, sólo cuando mediante el pago se pretendía cubrir un fraude de ley. Si el deudor aducía el pago para ejercer una acción de regreso frente a sus codeudores solidarios tenía que probarlo.

Según Demolombe era necesario distinguir las relaciones entre acreedor y deudor y entre el deudor y los terceros. Entre acreedor y deudor éste podía invocar a su voluntad el pago o la remisión. En caso de no hacer ninguna declaración debía presumirse el pago por ser el modo ordinario de extinción de las obligaciones y por resultar más beneficioso al deudor. Contra la presunción de pago el acreedor o sus herederos podían argüir y probar la remisión (haciendo uso de todos los medios de prueba), pero sólo en caso de fraude⁴²⁸. Entre el deudor y los terceros opinaba Demolombe que la presunción de liberación debía entenderse referida a la condonación y no al pago. Los terceros a los que se refería este autor eran aquellos contra los que el deudor ejercitara alguna pretensión fundada en el hecho del pago (con toda probabilidad, los codeudores del deudor solidario) en cuyo caso el deudor debía probar el pago y si no lo hacía

pp. 350, 351. Este autor opina, no obstante, que frente al acreedor y los codeudores solidarios se presume el pago y también la remisión.

BLASCO GASCÓ, «Las presunciones...», cit., pp. 1280 y 1281, afirma con carácter general que «el deudor es siempre beneficiado (sic.) por la presunción de condonación» y que la condonación «no ha de ser probada ni por el deudor ni por el acreedor o sus causahabientes».

⁴²⁶ En este sentido, CAFFARENA, voz «condonación», cit., p. 1388.

MANRESA, ob. cit., p. 789, aunque no lo dice explícitamente, parece que limita la operatividad de la presunción a la hipótesis en que los herederos forzosos actúan en defensa de su legítima.

⁴²⁷ MARCADÉ, ob. cit., núm. 795, pp. 687 y 688.

⁴²⁸ La limitación de la prueba en contrario al supuesto de fraude se justificaba indicando que la presunción de liberación del artículo 1282 era incontestable y que, de no establecerse tal limitación, la prueba de la liberación que dicho artículo aseguraba al deudor no le protegería eficazmente.

se entendía que hubo remisión. Observa Demolombe que en realidad no existe en este caso una presunción de remisión sino que así resulta de la aplicación del derecho común que exige que el demandante pruebe el fundamento de su acción ⁴²⁹.

Finalmente Laurent criticaba todas estas opiniones y afirmaba que lo más correcto era aplicar las reglas generales de la prueba conforme a las cuales debía probar el pago o la condonación aquel que lo alegara ⁴³⁰. Como sabemos, esta es la postura que mantiene la doctrina actual.

Entre los autores italianos Ricci se adhería a la opinión de Laurent ⁴³¹. Giorgi, sin embargo, consideraba necesario distinguir, como hacía Demolombe, las relaciones entre acreedor y deudor y entre el deudor y los terceros. Su postura es casi igual a la de el autor francés salvo que no limita la posibilidad del acreedor de probar la condonación cuando el deudor aduce el pago al supuesto en que exista fraude ⁴³².

Es importante hacer notar que pese a su aparente diversidad todas estas posiciones doctrinales coinciden en una serie de puntos fundamentales que nos permiten extraer las siguientes conclusiones:

1.º Si el acreedor o los terceros (legitimarios o acreedores) ejercitan una pretensión (revocación de la liberalidad, acción de reducción por inoficiosidad, acción pauliana) contra el deudor basándose en la existencia de remisión deben siempre probarla. El acreedor o los terceros no se ven nunca favorecidos con una presunción de remisión.

2.º Salvo que el deudor, que puede invocar a su favor tanto la remisión como el pago, pretenda haberse liberado por condonación –que será lo menos frecuente–, se presume el pago.

3.º Esta presunción de pago favorece al deudor en tanto le exime de demostrarlo cuando el acreedor, sus herederos o los terceros ejercitan contra él una acción de impugnación que tenga como base la condonación (son éstos quienes deben probarla). Sin embargo dicha presunción no opera cuando es el deudor el que sustenta en el hecho del pago una pretensión contra un tercero. En este caso el deudor tiene que probar el pago.

En realidad todos los autores acaban aplicando las reglas generales sobre la prueba. Si se permite al deudor invocar a su elección la remisión o el pago es porque en principio y frente al acreedor, toda vez que se encuentra liberado de su obligación, le será indiferente alegar uno u otro modo de liberación. Cuando el acreedor o los terceros ejercitan una pretensión fundada en la existencia de condonación, no es que se presuma el pago, es que aquéllos, como demandantes, tienen que probar los hechos constitutivos de la demanda. Lo mismo sucede al deudor cuando ejercita una pretensión, basada en el pago, contra sus codeudores solidarios. Tam-

⁴²⁹ DEMOLOMBE, ob. cit., núm. 439, pp. 313-315.

⁴³⁰ LAURENT, ob. cit., núms. 350 ss.; pp. 374 ss.

⁴³¹ RICCI, ob. cit., p. 389.

⁴³² GIORGI, ob. cit., p. 388.

bién él en este caso, como demandante, debe probar el fundamento de su acción.

En el Derecho francés e italiano, al tiempo de redacción del Código español, el acreedor o los terceros que sostenían que la extinción de la obligación derivada de la entrega del título del crédito se debía a la condonación de la obligación debían probar la inexistencia de pago. Lo establecido por el legislador español en el párrafo segundo del artículo 1188 CC supuso una clara innovación respecto de esta situación: dándose el supuesto de hecho del artículo 1188.1, si los herederos forzosos del acreedor ejercitan una acción de reducción por inoficiosidad se les exige de probar que la entrega del documento, comportamiento en que basan su pretensión⁴³³, se debió a la condonación (por tanto, que no tuvo como origen el pago de la obligación por parte del deudor). Es éste (o sus herederos) quien corre con la carga de probar el hecho positivo del pago.

No se eximió, sin embargo, de la prueba negativa del pago al acreedor condonante que instara la revocación de la liberalidad (suponiendo que el legislador considerara aplicables a la condonación las reglas de revocación de donaciones), ni a los acreedores de éste que ejercitaran la pauliana, que conforme a las reglas generales en materia de prueba y, según lo afirmado en el Derecho francés e italiano, corrían con la carga de demostrar la existencia de condonación. Creemos que la intención del legislador fue favorecer con la presunción de condonación exclusivamente a los herederos forzosos del acreedor que se desprendió del título.

En apoyo de la limitación de los sujetos favorecidos por la presunción de condonación a aquellos aludidos expresamente por la norma puede alegarse la regla «donatio non preasumitur» conforme a la cual quien alegue en el proceso la existencia de una liberalidad tiene que probar su existencia. Por ejemplo —señala Wacke— si el demandante exige la restitución de un préstamo y el demandado pretende haber recibido la suma en donación, el demandado debe probar la voluntad de donar de aquél⁴³⁴. La condonación es una liberalidad y las liberalidades no se presumen. El hecho de que el legislador haya modificado esta regla en beneficio de los herederos forzosos del acreedor, respecto de los cuales se presume la condonación, no autoriza a extenderla a otros casos. Una presunción en favor de la existencia de una liberalidad sólo puede aceptarse excepcionalmente⁴³⁵, y el trato de favor que dispensa a los legitimarios la excepción prevista en el artículo 1188.2, no parece estar justificado más que por una excesiva preocupación del legislador por proteger los intereses de los herederos forzosos del acreedor.

Por otra parte, aunque ciertamente es más fácil para el deudor probar el hecho positivo del pago que para la contraparte probar su inejecución,

⁴³³ Cuyo acaecimiento y circunstancias tendrán que probar.

⁴³⁴ WACKE, «Cinco refranes sobre la donación y su valor como argumento histórico-jurídico», en *Estudios de Derecho romano y moderno*, en prensa, pp. 485 ss.

⁴³⁵ WACKE, ob. cit., p. 485.

no parece sensato que, pese a no disponerlo la ley, los deudores que han ejecutado la obligación y a quienes el acreedor entrega el documento justificativo del crédito deban asegurarse una prueba adicional del pago en previsión de que, si su acreedor deviene insolvente, pueda argüirse por los acreedores de éste, en virtud del artículo 1188.2, que la obligación fue condonada y tal negocio está sujeto a rescisión. Piénsese en el deudor que paga puntualmente su deuda y como consecuencia de ello el acreedor, en lugar de darle un recibo, le entrega el documento justificativo del crédito. ¿Es razonable que quede expuesto a la acción de los acreedores de su acreedor porque poniendo en relación el artículo 1188.2 con los artículos 1297 y 643 CC se presume la existencia de fraude?

VII. LA ENTREGA DEL DOCUMENTO JUSTIFICATIVO DEL CRÉDITO COMO CONDONACIÓN TÁCITA: RECAPITULACIÓN

Como conclusión de todo lo que hasta ahora hemos expuesto en torno al problema de la forma de la condonación y de la relación entre la condonación tácita y la conducta a que se hace referencia en el artículo 1188 CC, conviene reiterar lo siguiente:

1.º El único supuesto de condonación tácita admisible en nuestro Derecho es el que se lleva a cabo mediante el comportamiento previsto en el artículo 1188 CC.

2.º La entrega del documento justificativo del crédito por parte del acreedor al deudor, concurriendo todas las circunstancias requeridas en el artículo 1188.1, determina la liberación del deudor. Al deudor que pretende defenderse de la reclamación de pago del acreedor le basta con oponer que se encuentra en posesión del citado documento⁴³⁶, con independencia de la causa a que se deba la liberación.

3.º Si el deudor se defiende frente a su acreedor alegando que la deuda le ha sido condonada tácitamente puede basar la existencia de la condonación en el hecho de la entrega del documento justificativo del crédito. El deudor sólo tiene que probar que posee el documento puesto que la existencia de entrega voluntaria se presume. Si el acreedor no demuestra la no concurrencia de alguno de los elementos que, conforme al artículo 1188.1, son necesarios para que la obligación se considere extinguida, deberá entenderse que el acreedor condonó tácitamente la obligación. No como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1188 sino porque no tiene sentido que, extinguida la obligación ex artículo 1188.1, alegue el deudor la condonación si en realidad ha pagado la deuda.

⁴³⁶ Si no lo posee tendría que probar que le fue entregado voluntariamente por el acreedor.

4.º Si el deudor se defiende frente a la reclamación de los herederos de su acreedor que pretendan cobrar el crédito del causante, oponiéndoles que tiene en su poder el documento justificativo del crédito y, por tanto, la obligación se ha extinguido, los herederos forzosos del acreedor, de no existir bienes suficientes para el cobro de su legítima, pueden ejercitar una acción de reducción por inoficiosidad invocando en su favor el artículo 1188.2 en base al cual frente a ellos la posesión del documento por el deudor equivale a la remisión de la deuda. El deudor o sus herederos, para defenderse, deberán demostrar el pago.

5.º Si los acreedores del acreedor sostienen que éste condonó sus deudas en perjuicio de sus derechos deben demostrar la existencia de la condonación. El hecho de que el deudor de su deudor esté en posesión del documento justificativo del crédito no demuestra, frente a ellos, otra cosa que la extinción de la obligación (art. 1188.1). No se aplica en este caso el artículo 1188.2 de manera que los acreedores que pretendan rescindir la supuesta condonación deberán probar que la deuda no fue pagada.

