

7. El autor dedica el capítulo VI de la obra al estudio de la eficacia del tanteo convencional. Estructura este capítulo en tres apartados: en el primero analiza los problemas derivados de la eficacia personal del tanteo, en el segundo apartado se ocupa de la posible configuración real del mencionado derecho de adquisición preferente y en el tercer y último apartado establece el régimen jurídico aplicable a las preferencias adquisitivas voluntarias. Para ello examina, de forma pormenorizada, la escasa y contradictoria jurisprudencia del TS y doctrina de la DGRN sobre la cuestión.

Feliú Rey concluye que la preferencia adquisitiva se podrá ejercitar frente a un tercero, siempre que dicho tercero conozca la existencia del mencionado derecho de adquisición preferente. El TS, en los supuestos en los que el tercero conoce la existencia de la preferencia, declara, según los casos, la nulidad o la resolución del contrato que frustra el ejercicio del derecho de adquisición preferente. Considera, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que el tanteo y retracto legales son auténticos derechos reales. Ello le permite mantener que cuando las preferencias adquisitivas voluntarias adopten el esquema de las preferencias legales nos encontraremos ante derechos con eficacia real. En contra de dicha postura puede señalarse que la jurisprudencia no admite la calificación de derecho real para los supuestos de tanteo y retracto convencionales. Por otra parte, se muestra crítico con la jurisprudencia del TS que rechaza la aplicación por analogía de la regulación del retracto convencional (arts. 1507 a 1520 CC) a los supuestos de tanteo convencional.

8. La valoración final de la obra de Feliú Rey sobre el tanteo convencional es positiva, no sólo por enfrentarse al estudio de una figura carente de regulación en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual siempre es de agradecer, sino también por el modo de afrontar dicha tarea. Es de destacar la continua remisión que el autor realiza a la jurisprudencia del TS y a la doctrina de la DGRN, así como la amplia bibliografía manejada.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: *La lesión extracontractual del crédito*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 437 pp.

1. El derecho de crédito pertenece a la categoría de los derechos subjetivos y concede a su titular (acreedor) un poder para exigir de otra persona (deudor) un determinado comportamiento consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Frente a los derechos reales que tienen eficacia *erga omnes*, se encuentran los derechos de crédito, de los cuales normalmente se afirma, en virtud del artículo 1257 CC, que tan sólo tienen eficacia entre las partes. Esta afirmación llevada a sus últimas consecuencias supondría que los terceros no tendrían ningún deber de respetar los derechos de crédito, lo cual parece que no puede defenderse.

La obra de Fernández Arévalo se ocupa de un tema poco tratado por la doctrina y que, sin embargo, es confuso: la lesión por un tercero de un derecho de crédito y la determinación de la posible responsabilidad en la que puede incurrir el tercero al lesionarlo es lo que la autora denomina tutela aquiliana del crédito.

El esquema de la obra es el siguiente: en el capítulo I se ocupa, de forma breve, de establecer cuál es la posición que se mantiene en Derecho comparado y en Derecho español respecto de la llamada tutela aquiliana del crédito. En los capítulos II, III y IV se analizan los diversos supuestos en los que la lesión sólo es

imputable al tercero (la pérdida y la destrucción total o parcial de la cosa debida, en el capítulo II; la muerte o las lesiones al deudor, en el capítulo III; privación de la posición jurídica de acreedor como consecuencia del pago realizado por el deudor a un acreedor aparente o a un representante sin poder, en el capítulo IV). En el capítulo V se estudian los diversos casos en los que la lesión del derecho de crédito es imputable al deudor y a un tercero. Por último, en el capítulo VI se realiza un examen de los distintos requisitos exigidos por el artículo 1902 CC.

2. En el capítulo I, Fernández Arévalo nos proporciona información del tratamiento que recibe la tutela aquiliana de los derechos de crédito en los distintos ordenamientos jurídicos europeos. Afirma que se pueden distinguir dos grandes áreas:

a) Por una parte, el área de influencia francesa, en la que la lesión culpable de cualquier derecho subjetivo, sea de naturaleza real o personal, implica responsabilidad para el causante de la lesión. En concreto, en Derecho francés, que está influido por los principios del *iusnaturalismo*, se admite la responsabilidad extracontractual, en virtud del contenido ambiguo del artículo 1382 CC francés, en los casos en los que se lesione un derecho de crédito por un acto de un tercero. La doctrina francesa dedica especial atención a los supuestos denominados de complejidad del tercero con el deudor, es decir, los casos que se lesiona el derecho de crédito como consecuencia de una actividad negocial realizada por el deudor y un tercero. En esta misma línea se sitúa la doctrina italiana que, con apoyo en el artículo 2043 CC italiano, considera que los titulares de los derechos de crédito pueden exigir responsabilidad extracontractual a los terceros que lesionan dichos derechos.

b) Por otra, el área de influencia germánica, en la que tan sólo son susceptibles de tutela aquiliana los derechos reales, aunque en ciertos supuestos excepcionales el tercero debe indemnizar por los daños ocasionados (por ejemplo, en los casos previstos en los parágrafos 823, 844, 845 BGB).

Al igual que ocurre en Derecho francés e italiano, en Derecho español existe un artículo en el CC (art. 1902) que reconoce, con carácter general, la obligación de reparar los daños producidos a una persona como consecuencia de una acción u omisión culpable o negligente. La autora señala que la jurisprudencia del TS es unánime al considerar incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 1902 CC a los derechos de crédito, mientras que en la doctrina, por el contrario, existen dos posiciones: por un lado, la de aquellos que mantienen que el tercero puede ser responsable por la lesión del crédito (postura mayoritaria) pues afirman que el artículo 1902 CC no distingue entre derechos reales y derechos de crédito y que el artículo 1257 CC no puede ser un instrumento para ignorar los derechos ajenos. Por otro, la de aquellos que niegan la responsabilidad del tercero por la lesión de un derecho de crédito (postura minoritaria).

3. En el capítulo II se estudia el supuesto de la lesión del derecho de crédito por un tercero como consecuencia de la pérdida de la cosa debida al acreedor.

Comienza con un análisis pormenorizado del artículo 1186 CC cuyo tenor literal dice así: «Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, correspondrán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta». Señala que dicho precepto ha sido utilizado por algunos autores como argumento contrario a la admisibilidad de la responsabilidad extracontractual del tercero por lesión del derecho de crédito. El precepto analizado (art. 1186 CC), según manifiesta Fernández Arévalo, tiene muy poca relevancia en la práctica, pues el TS no lo ha aplicado ni una sola vez. Cuando se ha planteado un caso de

lesión del crédito del acreedor por pérdida de la cosa, el TS ha aplicado directamente el artículo 1902 CC. En la exégesis que realiza del precepto presta una especial atención a los orígenes históricos (el art. 1186 CC tiene su precedente histórico más remoto en los arts. 1302 y 1303 del *Code Napoléon* y en el pasaje de Pothier en que éstos se inspiran). A continuación intenta averiguar cual es el fundamento de la norma contenida en el artículo 1186 CC. Para ello utiliza argumentos de Derecho comparado y concluye que los artículos 1186 y 1902 CC tienen presupuestos y finalidades distintas, debido a que la finalidad del artículo 1186 CC no es reparar cualquier daño sufrido por el acreedor (finalidad del art. 1902 CC) como consecuencia de la lesión a su derecho de crédito provocada por un tercero, sino evitar un enriquecimiento injustificado del deudor y, de forma indirecta, paliar el *periculum* soportado por el acreedor. En definitiva, niega que el artículo 1186 CC sea un argumento para no aplicar el artículo 1902 CC a la lesión de los derechos de crédito.

La autora se propone determinar el ámbito de aplicación del artículo 1186 CC. Llega a la conclusión de que no es aplicable a las obligaciones de hacer o de no hacer y que sólo es aplicable a los supuestos en que el deudor pueda experimentar un enriquecimiento injustificado en detrimento del acreedor cuando se vea liberado de la obligación de dar por pérdida sobrevenida de la cosa debida. Según Fernández Arévalo, el acreedor, en virtud del artículo 1186 CC, puede ejercitar las acciones que surjan o puedan surgir en el patrimonio del deudor como consecuencia de la pérdida de la cosa y en el lugar que ocupaba aquélla. Afirma que serán acciones tendentes a la obtención del valor total o parcial de la cosa (justiprecio de la expropiación, el valor obtenido o que se obtenga de una compañía aseguradora, cuando la cosa estuviese asegurada), aunque excluye la acción de reparación de daños.

3.1 Finalizada la exégesis del artículo 1186 CC, Fernández Arévalo comienza la labor de ir analizando los distintos supuestos en los que es posible que se lesione un crédito como consecuencia de la actuación de un tercero que provoca la pérdida o deterioro de la cosa.

3.1.1 Inicia esta tarea con el estudio de los supuestos en los que el comportamiento culpable de un tercero impide realizar la prestación de dar con función traslativa de dominio (donación, compraventa, permuta, aportaciones en propiedad a la sociedad) y se pregunta si el tercero que ha causado la pérdida o deterioro de la cosa debida responde ante el acreedor en base al artículo 1902 CC. Señala que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que ofrezca una solución a estos supuestos. Por ello, según la autora, para determinar en qué casos y ante quién responderá extracontractualmente el tercero por su comportamiento, es básico conocer cuál de las partes (deudor o acreedor) soporta el riesgo.

La conclusión general que se deduce de las argumentaciones expuestas es que, en aplicación del artículo 1902 CC, el tercero que con su comportamiento ha causado la pérdida o deterioro de la cosa debida debe responder por los daños y perjuicios causados frente al acreedor, sin perjuicio de la posible responsabilidad en que también pueda incurrir frente a la persona del deudor.

3.1.2 Posteriormente, Fernández Arévalo centra su atención en los supuestos en que el tercero lesiona un crédito que consiste en una obligación de dar con la finalidad de facilitar el uso y disfrute (arrendamiento de cosas, comodato, aportación en uso a la sociedad). En el caso de los arrendamientos distingue entre arrendamiento rústico y urbano, así como los distintos daños que pueden sufrir el arrendador y el arrendatario como consecuencia del acto del tercero ajeno a esa

relación jurídica. Especial atención dedica al artículo 1560.1 CC, que señala que «el arrendador no está obligado a responder de la perturbación de mero hecho que un tercero causare en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador». Llega a la conclusión de que los artículos 1560 y 1902 CC no son excluyentes entre sí, pues la finalidad del artículo 1560 CC es la de establecer la exoneración de responsabilidad del arrendador por la perturbación de mero hecho causada por un tercero, mientras que el artículo 1902 CC tiene como finalidad la reparación de los daños causados.

Fernández Arévalo mantiene que tanto en los casos en los que se lesiona un crédito que consiste en una prestación de dar con función traslativa del uso y disfrute (entiéndase, arrendamiento, comodato, ...) como consecuencia de la actuación de un tercero que provoca la pérdida o destrucción de la cosa, como en los supuestos en los que se lesiona un crédito (también por acto de tercero que provoca la pérdida o destrucción de la cosa) consistente en una prestación de dar con finalidad de custodia (por ejemplo, depósito) o con finalidad de restitución (restitución de las cosas de un contrato nulo, restitución de la cosa arrendada, etc.), es posible ejercitar contra el tercero la acción derivada del artículo 1902 CC.

4. Respecto de la lesión de un derecho de crédito como consecuencia de la muerte o lesiones causadas por un tercero al deudor (capítulo III) hay que distinguir los siguientes supuestos:

a) Obligaciones de dar una cosa: en principio, la muerte o lesión del deudor, provocada por un tercero, no produce una lesión en el derecho del acreedor a recibir la cosa, pues los sucesores del deudor (en caso de muerte) vendrán obligados a entregar dicha cosa o el mismo deudor entregará la cosa cuando se recupere (en caso de lesiones). Cuestión distinta es si nos encontramos ante una obligación de dar con un término esencial, en cuyo caso, la muerte o las lesiones provocadas por el tercero al deudor, pueden provocar una lesión en el derecho de crédito del acreedor. Lo cual significa que éste podrá reclamar al tercero la reparación de los daños ocasionados, en virtud de lo establecido en el artículo 1902 CC.

Lo mismo puede afirmarse cuando nos encontramos ante una obligación de dar de carácter personalísimo. La autora presta una atención especial a la obligación de alimentos (arts. 142 ss CC), señalando que el derecho de crédito del alimentista frente al deudor alimentario queda lesionado por la muerte o lesiones producidas por el tercero en el obligado, cuando nadie ocupa su lugar frente al acreedor o cuando el que ocupa su lugar tiene unos medios inferiores a los del fallecido. En estos casos, el acreedor de los alimentos puede reclamar, por la vía del artículo 1902 CC o del artículo 113 CP, al tercero (causante de la muerte o de las lesiones) la tutela aquiliana de su crédito.

b) Al igual que en el caso anterior, en principio, la muerte o las lesiones provocadas en el deudor de una obligación de hacer una cosa por un tercero no implica la extinción de la relación obligatoria, es decir, el derecho de crédito del acreedor no se ve lesionado. Sin embargo, cuando la obligación de hacer está sometida a un término esencial o es personalísima (Fernández Arévalo examina, entre otros, los siguientes supuestos: arrendamiento de obra, contratación de servicios no asalariados, por ejemplo de un abogado; contrato de trabajo) entonces el acreedor de esa concreta obligación de hacer sí sufre un daño como consecuencia de la muerte o lesiones producidas. Ello provoca que el acreedor pueda reclamar al tercero, por vía del artículo 1902 CC y de los artículos 109 ss CP, la reparación de los daños sufridos.

5. En el capítulo IV se analiza la hipótesis de la lesión de un derecho de crédito como consecuencia de los actos o negocios jurídicos que realiza un tercero que aparece ante el deudor o ante otros terceros como el verdadero acreedor o el representante de éste.

Este capítulo se estructura en dos grandes bloques:

5.1 En el primero de ellos se contemplan los actos o negocios jurídicos relativos a la existencia o efectividad del crédito celebrados por el acreedor aparente o falso representante (*falsus procurator*) con el deudor. Se pueden distinguir tres supuestos:

a) Actos o negocios jurídicos entre el deudor y un tercero que aparece legitimado como acreedor sin serlo (puede ser un cedente, un supuesto cesionario de una cesión inexistente o ineficaz, un ulterior cesionario en casos de doble o múltiple cesión).

Fernández Arévalo mantiene que los artículos 1164 y 1527 CC protegen el interés del deudor cuando paga de buena fe. Por ello el deudor es libre para acogerse a la facultad liberatoria que le reconocen dichos preceptos o por el contrario continuar vinculado al verdadero acreedor.

1.a) Si el deudor opta por lo primero, el verdadero acreedor ve lesionado su derecho de crédito, lo cual supone que podrá exigir responsabilidad que en unas ocasiones será contractual, por ejemplo, cuando el deudor paga al cedente (acreedor aparente), el verdadero acreedor (cesionario) puede reclamar responsabilidad contractual al cedente; en otras ocasiones, la responsabilidad será extracontractual, por ejemplo, cuando el deudor paga a un supuesto cesionario de una cesión de créditos que nunca ha existido, entonces el verdadero acreedor puede ejercitar la acción del artículo 1902 CC contra el tercero (supuesto cesionario).

2.a) Si, por el contrario, el deudor rechaza la facultad liberatoria que le brinda el CC, entonces el verdadero acreedor no ve lesionado su derecho de crédito y por lo tanto, en principio, no tiene que exigir responsabilidad de ningún tipo ante nadie.

b) Actos o negocios jurídicos entre el deudor y acreedor aparente en virtud de la cesión de un crédito incorporado a un título-valor (letra de cambio, cheque, pagaré). Para el examen de estos supuestos acude a la Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque (especial importancia tienen los arts. 46.3, 96 y 141 de dicha Ley en el tema tratado). La autora realiza el análisis distinguiendo en función de que los títulos sean nominativos, a la orden o al portador. Al mismo tiempo que expone los distintos medios que el tercero puede utilizar para crear la apariencia de que es el acreedor, nos señala, de forma detallada, qué tipo de responsabilidad se deriva de esos actos y quién incurre en dicha responsabilidad.

c) Actos o negocios jurídicos entre deudor y el heredero o legatario aparente (Fernández Arévalo nos ofrece una breve referencia en relación con el concepto de heredero o legatario aparente y de los distintos supuestos en los que puede aparecer tal figura). Según la autora, si el heredero o legatario era de buena fe (creía ser el verdadero sucesor del causante) no incurre en responsabilidad, pues no actúa ni con dolo ni con negligencia. Si por el contrario, era de mala fe (conocía o tenía indicios razonables de que existía un título que declaraba sucesor a otra persona) entonces el verdadero heredero o legatario podrá reclamar la tutela aquiliana de su crédito frente al tercero (heredero o legatario aparente).

5.2 En el segundo gran bloque del capítulo IV, Fernández Arévalo analiza los negocios jurídicos celebrados entre el tercero no titular (acreedor aparente o representante sin poder) con otros terceros adquirentes que tienen por objeto la transmisión de la titularidad del derecho de crédito.

Como regla general, el adquirente del tercero no titular no consolida su adquisición aunque existen excepciones (dependiendo de la existencia de buena o mala fe; si se adquiere a título oneroso o gratuito) en las cuales el adquirente del tercero no titular sí adquiere de modo efectivo la titularidad del derecho de crédito. Será en este último caso cuando se planteará el problema de la responsabilidad del tercero debido a la lesión que sufre el verdadero acreedor en su posición jurídica.

La autora sigue el esquema del bloque anterior para estudiar los distintos supuestos y poder ofrecernos una solución específica en cada caso (cesión ordinaria de créditos; transmisión de créditos representados en títulos-valores; transmisión *mortis causa* del crédito por el titular aparente; transmisión del crédito por el *falsus procurator*).

6. Los supuestos de lesión del derecho de crédito en los que concurre la responsabilidad del deudor y de un tercero son tratados en el capítulo V.

6.1 Pueden distinguirse dos supuestos:

6.1.1 El primer supuesto se refiere a la interferencia del tercero en la relación contractual, sin legitimación del deudor (empresario que soborna a un trabajador con la finalidad de que éste incumpla algún deber derivado de su contrato de trabajo). También existe interferencia del tercero sin legitimación del deudor, cuando el tercero y el deudor realizan un contrato que implica el incumplimiento de la obligación previamente contraída por el deudor con el acreedor (son los contratos incompatibles: violación de un contrato de opción de compra cuando el concedente vende la cosa a un tercero en lugar de vendérsela al optante; violación de un pacto de exclusiva; etc.).

Fernández Arévalo afirma que de la interpretación conjunta de los principios de libertad de contratación y de respeto a los derechos ajenos, se deduce que la libertad de contratar no implica el desprecio por los derechos de crédito ajenos. Asimismo señala que el artículo 1257 CC no puede ser utilizado como un argumento para negar la responsabilidad del tercero que celebra con el deudor un negocio incompatible respecto de uno anterior que ligaba al deudor con el acreedor lesionado.

La conclusión a la que llega la autora es que, en estos casos, el acreedor podrá exigir responsabilidad contractual al deudor por incumplir sus obligaciones y responsabilidad extracontractual al tercero, siempre que éste conozca o pueda razonablemente conocer la existencia del derecho de crédito que resultará lesionado con el contrato que él celebra (el tercero también será responsable, en base al artículo 1902 CC, cuando conozca con posterioridad a la celebración del segundo contrato pero antes de que éste se consume la existencia de ese derecho de crédito incompatible).

6.1.2 El segundo supuesto es la interferencia del tercero legitimado por el deudor (actuación de los auxiliares y sustitutos del deudor). En estos casos, cuando la intervención del tercero provoca una lesión del derecho de crédito del acreedor también existe, al igual que en el supuesto anterior, concurrencia de responsabilidades de distintas personas y puede que de distinta naturaleza por un mismo hecho dañoso. Las posibles responsabilidades son las siguientes:

a) El deudor incurre en responsabilidad contractual.

b) Fernández Arévalo deduce de determinadas normas (arts. 1551, 1552, 1722 CC) que cuando el tercero actúa como sustituto del deudor (actúa independientemente de las ordenes del deudor en virtud de la celebración de un contrato con el deudor idéntico al existente entre éste y el acreedor: subarrendatario, submandatario, etc.) incurre en responsabilidad contractual.

c) Si el tercero cuya actuación dolosa o negligente lesiona el crédito del acreedor es un auxiliar del deudor (actúa bajo las directrices del deudor, por ejemplo, un dependiente), dicho tercero responderá extracontractualmente, por vía del artículo 1902 CC, frente al acreedor lesionado.

6.2 El Derecho español no resuelve expresamente el problema de la acumulación de responsabilidades basadas en títulos distintos, de distintas personas. Por tanto, el acreedor lesionado puede dirigirse contra el deudor, contra el tercero o contra ambos conjuntamente, ya que no existe ninguna norma que establezca que la responsabilidad del tercero es subsidiaria respecto de la del deudor, sin perjuicio de que obtenida la reparación de los daños por una vía carece de base la reclamación que se haga al otro sujeto responsable, pues el daño ya está indemnizado. También pueden surgir problemas por los distintos plazos de prescripción a los que están sometidos las acciones para exigir responsabilidad según sea contractual (art. 1964 CC) o extracontractual (art. 1968.2 CC). Señala la autora que al no existir tampoco una solución expresa en el ordenamiento español, lo más adecuado es llamar a todos los responsables, intervinientes en el hecho dañoso, para que la sentencia, si es posible, establezca la responsabilidad solidaria.

7. Fernández Arévalo dedica el último capítulo del libro (capítulo VI) al examen de los presupuestos necesarios para que se pueda ejercitar la acción del artículo 1902 CC contra el tercero. Los presupuestos a los que dedica su atención son: *a)* daño producido al acreedor; *b)* acción u omisión de un tercero; *c)* culpabilidad; *d)* relación de causalidad entre el comportamiento del tercero y el resultado lesivo. También examina si la antijuridicidad es un requisito necesario de la responsabilidad aquiliana del artículo 1902 CC. Señala que la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia considera que para que el daño sea reparable, el comportamiento del tercero debe ser antijurídico. Sin embargo, tras examinar las causas de exclusión de la antijuridicidad (estado de necesidad, ejercicio legítimo de un derecho), Fernández Arévalo concluye que la antijuridicidad no es un requisito de la responsabilidad extracontractual.

8. La obra de Fernández Arévalo objeto de la presente recensión es una importante aportación al panorama jurídico. Es de destacar la abundante bibliografía manejada y la perfecta estructuración de la obra. Asimismo de su lectura se desprende el profundo conocimiento que la autora tiene de las distintas ramas del ordenamiento español (civil, mercantil, penal, laboral). Pero si hay algo que caracteriza a la obra de Fernández Arévalo es el gran número de supuestos (y sus distintas variantes) que examina, ofreciendo una solución específica para cada caso.

Como conclusión final puede afirmarse que la autora consigue su objetivo: demostrar que cuando un tercero lesiona, de forma dolosa o negligente, un derecho de crédito ajeno, ese tercero responde extracontractualmente (art. 1902 CC) por el daño causado.