

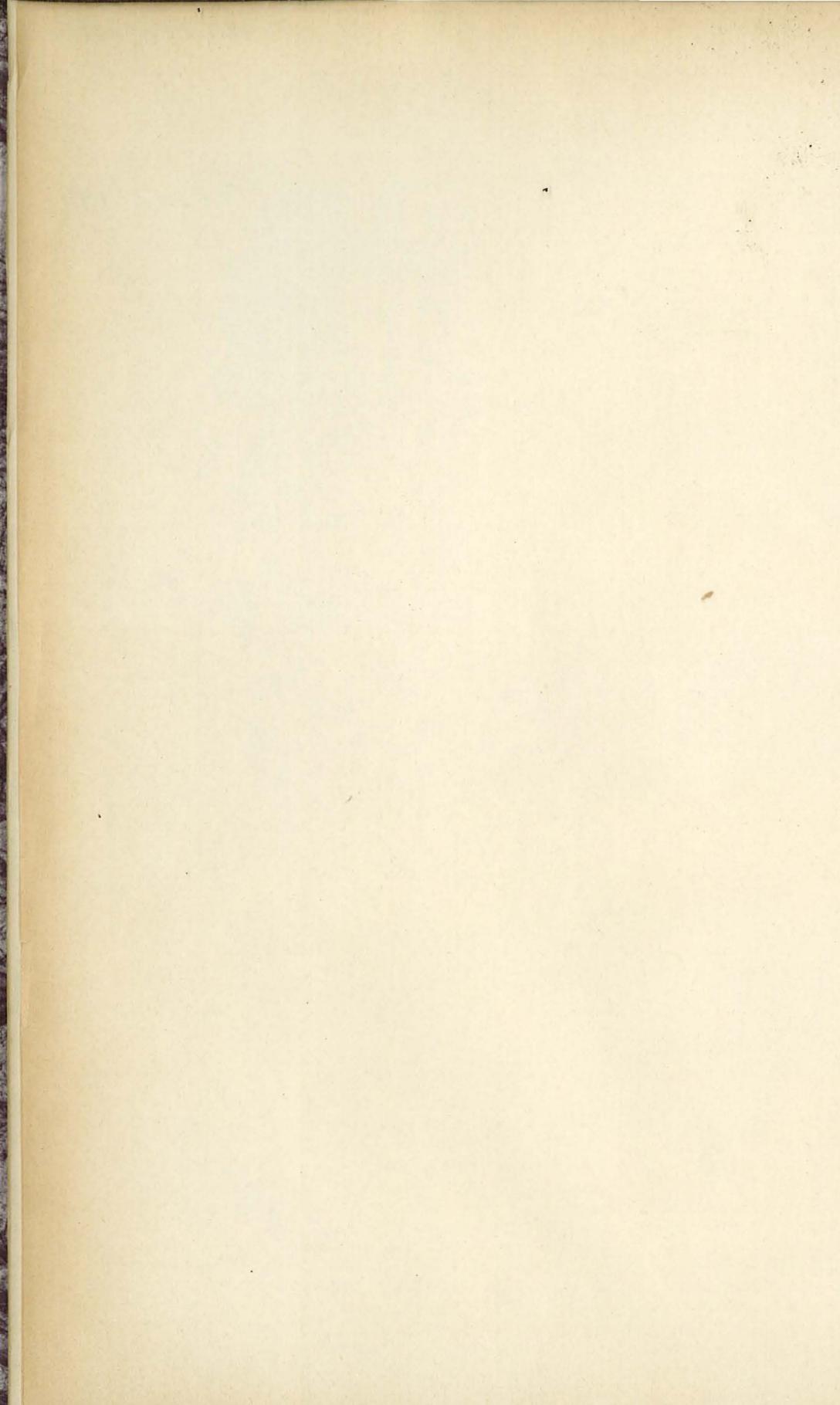
CB 100 1781075

FRXX/998

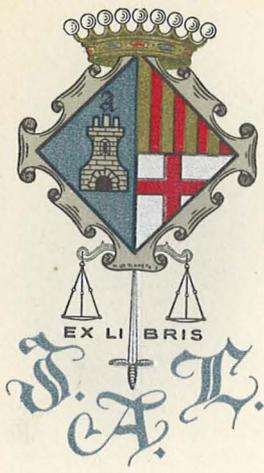


CB 100 1781075

FR XX/998



**DERECHO FORAL ESPAÑOL**



Cataluña

Galicia

Aragón

# DERECHO FORAL ESPAÑOL

EN SUS RELACIONES  
CON EL CÓDIGO CIVIL, LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO Y DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL  
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

POR

*Federico Barrachina y Pastor*

ABOGADO Y NOTARIO

TOMO III

CASTELLÓN

Establecimiento Tipográfico de J. Armengot é Hijos

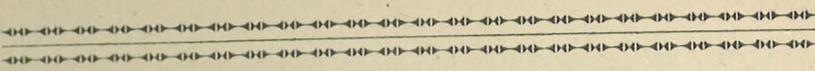
1912

Navarra

Vizcaya

Baleares





# CAPÍTULO I

## De los contratos

---

La palabra contrato, compuesta de las latinas CUM y TRATIO, equivale á traer en uno. Algunos escritores dicen que contrato equivale á trato con otro; no existe sin que las voluntades de dos ó más personas concuerden en dar alguna cosa ó prestar ó no prestar algún servicio (art. 1.254 del Código, que corresponde á lo dispuesto en la Ley 3.<sup>a</sup> Dig. DE OBLIGAT. ET ACT. é Inst. PRINC. DE OBLIGAT.)

La palabra convención es genérica; es ese mismo trato con otro, impuesto por las necesidades de la vida, pues, como dice Ahrens, el hombre no se basta á sí mismo, y aunque es el ser más perfecto y universal, depende, dada su naturaleza finita y condicional, más que ningún otro de la ayuda y concurso de sus semejantes. La convención constituye un gran círculo dentro del cual se desenvuelve la voluntad en la convivencia social. Con menor radio que aquélla está el contrato; supone exigencia jurídica, ó sea obligación con su nota coactiva. Según Giorgi, el contrato es figura jurídica encaminada á crear una obligación. Este concepto achica la naturaleza de aquél; para nosotros el contrato es el marco de la obligación; en él aparecen tantas figuras como convenciones jurídicas se establecen por imperio de la voluntad concertada, desenvolviéndose ésta con arreglo á la ley, que es, á la vez, norma supletoria de la determinación individual.

Ulpiano no definió el contrato, si que la convención, cuando dijo que era *DUORUM VEL PLURIUM IN IDEM PLACITUM CONSENSUS*, y añadió, dándole ese carácter genérico propio del gran círculo á que nos hemos referido, *CONVENTIONIS NOMEN GENERALE EST UT ELEGANTER DICAT PETRUS, TUM NULLUM OBLIGATIONEM QUAE NON HABEAT IN SE CONVENTIONEM: SIVE RE, SIVE VERBU FIAT.*

### Historia de la contratación

En Roma, apagada la luz espiritualista de la contratación que alumbró durante sus primeros y fugaces tiempos, se exigió, para que hubiera contrato, causa civil de obligar; ésta pasó por varias vicisitudes fundadas en la prevención y en el recelo, y sobre todo en la perenne lucha que hubo entre el *JUS CIVILE*, duro y seco, y el *JUS GENTIUM*, elástico y jugoso. Dos elementos requería el contrato para su eficacia: la voluntad de las partes, producto del *STATUS INDIVIDUI*, expresada en forma de consentimiento, ó sea el factor espiritual; y el material ó formal, constituido por la manera como aquél se traducía en un sistema preestablecido de ineludible observancia. Este último elemento fué, primeramente, la palabra (*VERBIS*) mediante la que se manifestó dicha causa; su primitiva forma fué el *NEXUM*, tratándose de obligaciones, y la *MANCIPIATIO* si de transmisiones de dominio en cosas propias del derecho quiritarario. Tanto el *NEXUM* como la *MANCIPIATIO*, exigente esta última de la tradición, requerían la presencia de cinco testigos, del que sostenía la balanza (*LIBRIPENS*), y el peso de las monedas, símbolo de la deuda que se contraía por virtud del *NEXUM*; éste y la *MANCIPIATIO* tenían palabras sacramentales con cuyo empleo se creaba el vínculo jurídico, tan robusto é ineludible que, no ya solo los bienes, sí que la persona del deudor quedaban sujetos al contrato, produciendo este ligamento una de las formas que revistió la esclavitud. Pero la ley pretoria, compadecida de los deudores ante el trato que los acreedores, sus dueños, les infligieran, abolió los efectos personales del *NEXUM*, prescribiendo que aquéllos solo respondían con sus bienes, lo cual, como dice Tito Livio, constituyó una conquista de la libertad civil por la plebe romana, de fecha memorable en la Historia de Roma.

Despojado el *NEXUM* de esa bárbara tiranía, apenas si se aplicaba; hubo de sucederle otra forma también verbal, llamada *PROMISSIO JURATA*; consistía en la promesa solemne, hecha á los

dioses, de cumplir una obligación determinada. En la formación del contrato se promiscuó el carácter civil y el religioso. Aquélla se aplicó en la promesa que hacía el liberto á su patrono de prestarle determinados servicios, en correspondencia á la libertad que le otorgara, tomando el nombre de PROMISIO JURATA LIBERTIS; también se empleó en la constitución de dote. Pero estos contratos verbales hubieron de ceder á la STIPULATIO, que quedó como tipo de ellos y duró hasta los últimos tiempos, pues en la época de Justiniano fué regulada la estipulación como un contrato á la sazón vigente.

Siguieron bregando el *JUS CIVILE* y el *JUS GENTIUM*; el primero mantenía las prerrogativas históricas que el segundo pugnaba por adquirir. En un principio, la estipulación no era un contrato verbal, sino la SPONSIO, porque la fórmula única mediante la que aquél se constituía, era la pregunta:—¿SPONDES? (¿Prometes?), seguida de la respuesta:—SPONDEO (Prometo). Sin el empleo de estas palabras no surgía el vínculo; más que nulidad, había inexistencia del contrato. Pero fueron esfumándose las fórmulas, renaciendo el espiritualismo y prescindióse de la sacramental SPONSIO, demandadora de aquélla congruencia de palabras. A la SPONSIO, contrato del Derecho civil, vino á oponerse la STIPULATIO, de Derecho natural, que admitía varias fórmulas, sin exigir la palabra SPONDES, sino otras equivalentes, como PROMITTIS, DABIS y sus contestaciones, aunque no fuesen absolutamente iguales, á base de que hubiera correspondencia, en el fondo, entre la pregunta y la respuesta; y como á pesar de esta variación siguiera teniendo la palabra el valor de elemento esencial del contrato, se decía: VERBIS CONTRAHITUR OBLIGATIO. Como se tomara con prevención esta forma contractual, que consideró á la palabra como signo único del consentimiento, se añadió una segunda expresión de la causa civil, la de las letras (*LITTERA*), emanada de la costumbre; así, cuando una persona recibía ó prestaba dinero á otra, lo asentaba en el CODEX que era el diario borrador donde se anotaban los gastos é ingresos de la familia. De éste, se sacaban los asientos para llevarlos al libro del deudor y del acreedor que tenían que corresponderse. Para mayor garantía, el deudor ponía la nota en el del acreedor y éste á su vez en el de aquél; el del primero se llamaba CODEX ACCEPTI y el del segundo CODEX SPENSI, y aún cuando el deudor no hiciese constar la cantidad en el CODEX ACCEPTI, no importaba, pues ya había puesto la nota en el libro del acreedor. A estos asientos se les llamó NOMINA TRANS-

CRIPTA, porque del libro borrador se transcribían al CODEX en su parte ACEPTI ó en su parte SPENSI. Esta fué la SPENSILATIO, sustituida por la de los documentos llamados QUIROGRAFUM y SINGRAFUM; por los primeros se hacía constar la existencia de una obligación con la firma del que la constituía, y por los segundos aparecían las firmas de ambas partes (deudor y acreedor). Esta forma de contratar dió origen á la excepción NON NUMERATA PECUNIÆ ó «de dinero non contado», como la llaman las Partidas.

A los contratos verbales y literales se les añadió el elemento que llamaríamos de corporalización, de entrega de la cosa, merced á la cual se contraía la obligación, á base de que mediara consentimiento. De este modo surgieron los contratos reales RE CONTRAHITUR OBLIGATIO. El primero fué el llamado de fiducia, con el cual no se transmitía la propiedad de la cosa, pues el acreedor venía obligado á devolverla una vez cumplido el objeto del contrato; la fiducia fué decayendo y, en cambio, cobraron importancia el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda. Como fueran insuficientes, para ampliarlos, y sin perder su propia naturaleza, se introdujeron los contratos innominados DO UT DES, DO UT FACIES, FACIO UT DES y FACIO UT FACIES. Entre ellos figuraron la permuta y el contrato llamado estimatorio, ó sea aquel por el cual una persona entregaba á otra cierta cosa previamente tasada ó evaluada para que la vendiese y le abonase el precio ó bien aquélla si no la enajenaba, lo cual constituye una comisión. También existía el precario, consistente en la entrega de una cosa á otro para que la usase, dependiendo el tiempo de su duración de la voluntad del dueño. En los contratos innominados la acción era genérica, llamada PRESCRIPTIS VERBIS, á diferencia de los contratos nominados que producían la de su nombre. Aquéllos concedían el JUS PENITENTI, dando lugar á la acción llamada CONDUCTIO EX PENITENTIA ó CONDUCTIO CAUSA DATA, CAUSA NON SECUTA, y consistía en que si una parte no cumplía lo convenido, la otra podía arrepentirse recobrando su libertad.

Espiritualizado el Derecho, surgieron los contratos consensuales —SOLO CONSENSU CONTRAHITUR OBLIGATIO—ó sean aquellos en que se contrae la obligación por el solo consentimiento; pero fueron una excepción para casos extraordinarios. Entre éstos se comprendieron la compraventa, el arrendamiento, el mandato, la sociedad y otros varios; pero no obstante la aparición de esta forma de contratar, falta del decoro y virtualidad que le ha dado el Derecho moderno, subsistió en Roma la distinción entre pactos y contratos,

remembranza de la lucha secular entre el *JUS CIVILE* y el *JUS GENTIUM*.

No priva ya la doctrina romana, envuelta en la prevención y en el recelo; la forma de contratar se ha sustraído á las exigencias del sistema formulista, y en la misma Cataluña, devota del Derecho romano, apenas si las prescripciones de éste han arraigado. Con efecto; el lib. 2.º, rúb. 4.ª de las Costumbres de Tortosa encierra análogos principios al contenido en la ley única del tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá, opuesto á lo prescrito por la ley de Partidas, y tal auge ha adquirido la doctrina espiritualista, que los juriscultos catalanes aceptan, como supuesto básico de la teoría general de la contratación, las saludables prescripciones del Derecho canónico contenidas en la Decretal de Gregorio IX *DE PACTIS*, 1, expresadas con este hermoso axioma: *PACTA QUANTUMCUMQUE NUDA SERVANDA SUNT*, que impidió el renacimiento en el siglo XII de la distinción entre *PACTA* y *CONTRACTUS* intentado por la escuela de Bolonia.

### Obligatoriedad del contrato

Todas las legislaciones han provisto de sanción eficaz al derecho producto del mismo, lo cual arguye que su fundamento es general ¿Cuál es este? Según Grocio, Puffendorf y Burlamaqui, el principio de sociabilidad ó el del pacto social; en sentir de Hegel, Kant y Wurtch, fundadores del sistema de la ocupación, de la posesión y de la tradición, la promesa, como una abdicación del derecho, y la aceptación como una apropiación del mismo, ya que quedó sin dueño, reducido todo esto al concepto de una tradición; según Krug, ese fundamento estriba en el abandono de la libertad propia por el promitente, bajo el patrocinio del principio citado por dicho pensador, *VOLENTI NON FIT INJURIA*; según Bentham, fundador de la escuela utilitaria, el deber que tiene el hombre de mantener lealmente sus promesas en interés propio, porque, de otra suerte, perdería la confianza pública y no habría personas que quisieran contratar con él; según Ahrens, la conciencia y la razón que mandan hacer el Bien, debiendo respetarse las promesas propias, porque si fuera lícita su violación se haría imposible la vida del Derecho, la Sociedad no existiría y el hombre quedaría reducido á sus mezquinas fuerzas individuales, sistema que desenvuelve el filósofo de Granz dentro un armonismo para hermanar la moral con el interés, apoyándolo en

el postulado *NEMINE LÆDERE*, de tal potencialidad éste, que á él se acoge Rosmini al decir que el fundamento del vínculo contractual está en no hacer mal á otro, intentando arrebatarle su propiedad.

A esta exposición cinematográfica de los sistemas, se añade el de la veracidad, sostenido por Vico, Frús, Bérime y Tissot, quienes dicen que el hombre debe ser fiel á sus pactos, mantener sus promesas, que le obliga á decir la verdad; si habla, y al hablar promete, la veracidad, ley nacida con el hombre, le obliga al cumplimiento.

Giorgi, en su «Teoría de las obligaciones», sostiene, como fundamento del derecho contractual, la veracidad, no extendida ésta solamente á las palabras, en el sentido más estricto del vocablo, si que á todo medio de la manifestación de la voluntad, incluso mediante signos indirectos, y dice, que aquélla consta de un doble elemento: «interno ó implícito, la voluntad de enajenar la libertad propia en provecho ajeno, dentro de los límites de la convivencia social, y externo, esto es, la manifestación sincera de esta voluntad».

Admirablemente desenvuelve este sistema tan ilustrado escritor italiano y ponerle reparos equivaldría á profanar tan sagaz sentir. No obstante, para nosotros, el fundamento racional del vínculo contractual es el mismo que el del Derecho: la condicionalidad temporal y libre de la vida para que el hombre pueda cumplir su destino, pues como ser finito necesita del concurso de sus semejantes, del apoyo de la Sociedad y de la protección de la Ley. Cuando contrata, no enajena su libertad, porque ésta es inalienable, lo que hace es condicionarla, restringiéndola si es el deudor, contrayendo una exigencia jurídica en favor del acreedor, y tanto por todo eso, como porque con el consorcio de voluntades sobre hechos, servicios ó abstenciones, surge una norma que los contratantes elaboran y que al ser hija de su consentimiento es deber de ellos enaltecerla y cumplirla con la honorabilidad sellada á sus hechos y á sus dichos, cobra eficiencia el vínculo contractual, con fuerza sancitiva civil, bajo el patrocinio de la ley, no fuera de ella, mediante cuyo establecimiento se contraen, modifican ó extinguen relaciones jurídicas dentro del orden general del Derecho.

#### Ley del contrato

Dice Costa que el Derecho aragonés prescribe se atienda y guarde la voluntad de los particulares antes que lo preceptuado en

la Legislación, investida por este hecho de carácter supletorio, conforme al adagio jurídico «pactos rompen leyes». Es muy cierto: aquella legislación ha aceptado el principio fundamental *STANDUM EST CHARTÆ*, aplicándolo con sus lógicas consecuencias á todas las relaciones de la vida civil y aparece expresado en la Observancia 16 *DE FIDE INSTRUMENTORUM*, libro 3.º, con estas palabras: *JUDEX DEBET STARE SEMPER ET INDICARE AD CARTAM, ET SECUNDUM QUOD IN EA CONTINETUR, NISI ALIQUOD IMPOSSIBILE, VEL CONTRA JUS NATURALE CONTINETUR IN CA*, etc.

En Aragón la simple promesa de dar ó hacer alguna cosa no produce obligación; el promitente no está obligado á cumplirla, á no ser que esté confirmada en instrumento ó que por lo menos se pruebe que medió justa causa para la promesa, surtiendo efecto en estos dos últimos casos, aunque la promesa se hubiera hecho á un ausente. Fuero único *DE PŒNIS SINE CAUSA*, Observancia 40 de *GENERAL PRIVILEGIIS* y 6.ª *DE CONFESIS*.

El Código no proclama en absoluto la soberanía del contrato, da eficacia á esta norma en el art. 1.091, con el cual se enlaza el 1.255, prescriptivo de que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios á las leyes, á la moral, ni al orden público. Las leyes á que este precepto se refiere son las de carácter obligatorio, las que se manifiestan como prohibitivas, ó que sin esto, expresan principios fundamentales de justicia contra los que no se puede atentar, ó determinan los requisitos esenciales del contrato, de modo que sin ellos éste no tiene existencia. Bajo la palabra «moral», compréndense las buenas costumbres, esas reglas éticas sin las que la sociedad no se comprende, derivadas de un orden superior al que el hombre debe prestar obediencia y nunca rebelarse, y por orden público debe tomarse lo que es permanente y esencial de las instituciones sociales, entre éstas las jurídicas, como la Familia y la Propiedad, desenvueltas en sus respectivos círculos y manteniendo entre sí la debida correspondencia. Sánchez Román, tomando como sinónimas las palabras «interés» y «orden público» (sinonimia que no aceptamos, pues son especies del género «utilidad social»), dice que por ellas debe entenderse «todo lo que constituya el orden general del derecho preceptivo y uniforme, aunque en sus aplicaciones concretas se presente ofreciendo una encarnación particular». Es de citar la Res. de 24 de Enero de 1898, de que la facultad de otorgar la licencia marital no puede ser válida-

mente concedida á ningún apoderado, porque procede del superior precepto del Legislador que, por razones de interés social y de gobierno y régimen de la familia, la concede expresamente al marido y es intransmisible.

El Código condiciona la ley del contrato de tres maneras: prohibiendo que con los pactos, cláusulas y condiciones se contravengan las leyes, la moral ó el orden público; prescribiendo que la validez y cumplimiento de los mismos no quede al arbitrio de uno de los contratantes, porque en este caso quedarían ilusorios, se daría lugar á la mala fe y carecerían de esa nota obligatoria para los que los celebran, y por último, disponiendo que solo producen efecto entre las partes y sus herederos, salvo en cuanto á éstos, el caso en que los derechos y obligaciones derivados de aquéllos no sean transmisibles por naturaleza, por pacto, ó por disposición de la Ley.

Acabamos de relacionar el art. 1.255 con el 1.256 y 1.257 que exaltan y condicionan la soberanía de la norma contractual. Para ilustrar este discurso citaremos la siguiente jurisprudencia: Es válido el pacto de no transmitirse la propiedad de la cosa vendida al comprador hasta abonar éste el último plazo de su precio, y en su consecuencia, si no se abona alguno de los últimos, se entiende que se transmitió solo el uso ó disfrute y puede reclamarse por el vendedor la propiedad (Sent. 6 Marzo de 1906, cuya doctrina no convence á Manresa; él considera inmoral ese pacto, de cuya opinión no participamos, porque nadie obliga al comprador á que lo acepte; del cumplimiento de su obligación dependía el que la finca revertiese al vendedor). No es válida la promesa de renuncia á los derechos hereditarios de persona viva, por ser opuesta á la ley (Sent. 3 de Julio de 1902). Es nulo, por inmoral, el pacto en que se estipula que el acreedor pueda apropiarse la cosa dada en prenda, cuando, transcurrido el plazo, no la hubiese retraído el deudor (Sent. 3 de Noviembre de 1902). Es válido el pacto de venta de finca hipotecada en subasta extrajudicial por el acreedor. (Véase la jurisprudencia y doctrina del Centro directivo citadas en el capítulo X del tomo II). No existe disposición alguna que prohíba al vendedor continuar, con anuencia del comprador, en la posesión de los bienes enajenados, ya que esta condición no infringe el art. 1.255, ni la Pragmática de Gerona de 1384 (Sent. 15 Enero de 1904). La designación de una ó varias personas hecha por los interesados en una testamentaria, sociedad ó comunidad para que, como contadores, liquiden, dividan y adjudiquen el haber, no constituye un mandato y sí

un contrato autorizado por los arts. 1.254 y 1.255, que los contratantes deben cumplir estrictamente (Sent. 22 Diciembre de 1908). La venta de un terreno con la condición de destinarlo á un objeto determinado, so pena de volver á poder del vendedor, devolviendo el precio, exige que se dedique siempre á dicho objeto ó vuelva su dominio al primitivo propietario (Sent. 21 Mayo de 1892).

Estudiando el art. 1.256 pregúntase si es nulo el contrato cuya validez ó cumplimiento se hayan dejado al arbitrio de uno de los contratantes ó si la nulidad es solo de la cláusula ó pacto en que tal cosa se establezca. Entendemos lo primero, porque semejante facultad, nula PER SE, es visceral y afecta á la esencia de la convención jurídica; este precepto no es aplicable cuando en el pleito no se ha discutido la validez ó nulidad de una escritura cuya eficacia nadie ha desconocido (Sents. de 5 y 20 de Mayo de 1896). Ese artículo es inaplicable al caso de que, demandada una de las partes que en el contrato intervinieron, dejara de venir al juicio (Sent. de 10 de Junio de 1896).

Según el art. 1.257, los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo las excepciones que el precepto contiene. Este rige en Cataluña (Sent. 8 Enero de 1892).

Para que obliguen á los herederos los contratos que otorguen sus causantes, requiérese que los derechos y obligaciones, producto de los mismos, sean transmisibles, es decir, del orden patrimonial, y aún cuando tengan este carácter, el pacto no los haya hecho personalísimos, pues entonces fenecen con la muerte del contratante. No son transmisibles aquellas que la ley no les da este carácter, ni las que son por naturaleza, por ejemplo, las de hacer, si se trata de ocupaciones que exijan aptitudes especiales, sin que de nada valga el pacto mediante el cual los contratantes dispongan que esos derechos y obligaciones intransmisibles pasen á los herederos, pues ni aquéllas pueden ir contra la naturaleza del derecho ó de la obligación, ni revelarse contra la ley prohibitiva.

Para los terceros, es decir, para los extraños al contrato, lo convenido en éste no les obliga, aún cuando estén ligados por un contrato distinto con alguno de los contratantes, y aún con referencia á los mismos objetos, habiendo venido á ilustrar este punto la sentencia de 18 de Octubre de 1897, de que no es nula la enajenación hecha por el dueño de un inmueble vendido, que contrajo antes la obligación de no venderlo sin tener satisfecha una deuda, pues esta obligación, de carácter personal, en nada afecta al dominio. Creemos

que esta doctrina no reza en el caso de haberse estipulado, en una escritura de venta á plazos, que el comprador no podrá enajenarla mientras no tenga satisfecho el precio, porque nó se trata de una deuda particular del deudor, sino de la de pago del precio no satisfecho de la misma cosa, cuyo nuevo adquirente puede enterarse por el Registro de la condición con que fué otorgada. La acción de retracto es de naturaleza real; de modo que no se opone el art. 1.257 á su ejercicio, por quien no es contratante, ó contra quien no lo hubiere sido (Sent. 11 de Octubre de 1905).

Los terceros no pueden mezclarse en los contratos, ni pedir su nulidad, sin perjuicio del derecho de impugnarlos y pedir su rescisión cuando se hubieren otorgado en fraude de sus derechos; así lo declaró la Sent. de 18 de Abril de 1901, de que no teniendo causa ni representación ninguno de los contratantes que intervinieron en el contrato, carecían de acción y personalidad para impugnar la validez y eficacia de la transferencia que de sus acciones hizo un socio.

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada.

Prescriben las leyes 137 Dig. DE VERB. OBLIG.; Inst. § 4.º DE INUT. STIP., aplicadas en Sents. de 13 de Diciembre de 1867, 24 de Febrero y 21 de Octubre de 1865; 18 Noviembre de 1868 y 12 Noviembre de 1870, que, por regla general, nadie se obliga ni estipula, sino por sí mismo y por sus herederos; no obstante, añade la ley penúlt. Cód. AD EXHIB. y ley 126 Dig. DE VERB. OBLIG. que si la obligación fuese estipulada en favor de un tercero, tendrá éste acción para pedir el cumplimiento del contrato. El Código no se ha separado del Derecho romano; lo único que hace es aclarar que ese derecho del tercero surge en el caso de que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que se haya revocado la estipulación, esto es, mientras goza de existencia legal, pues mal puede surtir efecto lo que por la misma voluntad de los contratantes se ha extinguido con la virtud de su creación.

Esa estipulación á favor de tercero entraña, generalmente, una donación que exige la aceptación por parte del donatario, y siguiendo el sentir de Manresa, creemos que exige aquélla que sea la parte y no el todo del contrato; que lo favorable no vaya condicionado ni compensado por ninguna especie de obligación, y que ninguno de los

contratantes tenga autorización bastante ni representación legal del tercero. Si éste, antes ó después de aceptar, es heredero del contratante no obligado, es aplicable el último párrafo de dicho artículo puesto que su derecho de aceptar lo tenía como propio y no heredado, porque en este caso habría confusión.

El art. 1.257 se ha aplicado en Sent. de 6 de Octubre de 1903 que condenó al pago de una cantidad obtenida con el premio de la lotería, de cuyo billete se dió participación á los presentes á virtud de cierta apuesta entre dos personas.

### De la generación, perfección y consumación de los contratos

Considerado el contrato, no como marco de la obligación, sino como acto jurídico, tiene su generación, constituida por actos internos y actos externos, subdivididos estos últimos en preparatorios, de perfección y de ejecución. No podemos ocuparnos de los primeros. Mientras la voluntad consciente y libre no se exterioriza en forma espontánea, no puede ser objeto de condicionamiento por normas jurídicas. No así ocurre con los actos externos en sus tres citadas clases; el preparatorio llamose *policitación*, que es la proposición para contratar, de la cual se ocupa el art. 54 del Código de comercio y el 1.262 del Código civil; éste prescribe que la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta, sino desde que llegó á su conocimiento; el contrato en tal caso se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Mientras la aceptación de ésta no llegue á conocimiento del que la hace, tenemos la *policitación*, que no tiene eficacia; la *NUDA POLLICITATIO* (*OFFERENTIS SOLIUS PROMISSUM*) no obliga á nadie; pero en cuanto ese conocimiento llega al que hizo la oferta, surge el perfeccionamiento del contrato.

Repárese en la diferencia que existe en este punto entre los Códigos de comercio y civil; por el primero, basta la aceptación de la oferta para que el contrato se considere perfecto; en tanto que, según el segundo, es preciso que la aceptación haya llegado á conocimiento del que hizo la oferta, (materia apreciable por el Tribunal *A QUO*), y es que los contratos mercantiles y civiles, no obstante sus analogías, tienen variantes, debidas á la naturaleza de los mismos y á los intereses que representan.

Surge la perfección cuando se manifiesta el consentimiento por

el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa, lo que llamaríamos lo material y lo espiritual del contrato. La perfección puede ó no subseguir á la proposición, pues cabe que entre estos dos momentos exista ese intervalo de tiempo. La proposición puede ser retirada por el que la hace, tenga ó no interés en ella un tercero; pero una vez aceptada, se establece el nexo jurídico, que solo se rompe por el desistimiento de los contratantes y por la prescripción del derecho que creara la relación jurídica. El proponente puede haber renunciado á retirar la oferta; es lícita la renuncia si se limita á un cierto plazo; pero no se permite la absoluta, por cuanto representa una obligación existente antes de ser nacida, significando un secuestro de la voluntad.

El desistimiento por parte del aceptante tampoco vale, porque su aceptación ha casado con la oferta, á no ser que se haya hecho con adiciones, restricciones ó modificaciones, pues en estos casos, mientras éste no sea aceptado por el proponente, todavía no ha surgido la perfección; ésta presupone consentimiento totalizado acerca de la cosa y de la causa constituyentes del contrato, siendo de citar la Sent. de 24 de Noviembre de 1859 declarativa de que cuando, en el silencio de la ley, hubiesen estipulado las partes que la obligación no sea perfecta mientras no se reduzca á escritura, cabe el arrepentimiento.

Respecto á la aceptación parcial de ofertas completas, su eficacia depende de la conexión entre ellas ó del enlace que el proponente estableciera entre los diferentes contratos, ó los distintos objetos comprendidos en la oferta; pero esa aceptación parcial no obliga cuando se limita á una sola cosa entre otras que fuesen principal, y accesoria ó formen un conjunto materia de la oferta.

La consumación del contrato equivale al cumplimiento de su fin, y consiste en la realización de las prestaciones y en la efectividad de los derechos recíprocos derivados de la ley y de la fuerza del uso. Por ella se restituye á las personas que mantenían el nexo jurídico al estado de libertad en que se hallaban antes de celebrarse el contrato. Produce dos clases de efectos; unos comunes ó generales á todos los contratos y otros especiales, según sean éstos. De todos ellos se ocupa Sanchez Román, cuyo tratadista incluye, entre los comunes, la obligatoriedad del contrato, mientras su nulidad ó rescisión no sea declarada por sentencia firme; la fuerza de ley para las personas á quienes se refiere, sin que ni éstas ni los Tribunales puedan modificarlo; que los contratantes pueden, por mútuo

acuerdo y siempre que no perjudiquen á tercero, modificar ó revocar aquél; que debe cumplirse de buena fe; que su obligatoriedad, no solo se extiende á lo expresamente contratado, sino á todas las consecuencias que sean resultado de su naturaleza según la ley, la equidad y el uso y, por último, que por el solo contrato ú obligación no se transfiere el dominio de las cosas, si no media la tradición jurídica, necesaria como modo de adquirir ese derecho. Dicho tratadista señala como efectos especiales en la consumación, los siguientes: el que contrata, lo verifica por y para sí y por y para sus herederos, si la prestación no es personalísima; que los herederos deben dar ó hacer la cosa á que se comprometió su causante para antes ó para después de su muerte; que ninguno puede contratar á nombre de otro, si carece de representación; que se entiende por terceros los que ni por sí, ni por medio de sus representantes han intervenido en la celebración del contrato, exceptuándose el caso de un concurso de acreedores (lo mismo cabe en la quiebra, por paridad de razón), y que las obligaciones no cumplidas por el deudor deben hacerse efectivas en su patrimonio jurídico.

Algunos de estos efectos son propios del período de perfección y se hallan regulados, entre otros artículos del Código, por los 1.258 y 1.259, prescriptivo el primero de éstos de que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes á la buena fe, al uso y á la ley. El Legislador se ha inspirado en el antiguo aforismo romano *IN CONTRACTUS TACITE VENIUNT CA QUASUNT MORIS ET CONSUETUDINES* (en los contratos vienen tácitamente comprendidas todas las cosas que son de uso y costumbre).

El Código, siguiendo de la tendencia espiritualista, borra las diferencias de antaño entre contratos consensuales, reales y formales; basta que exista el consentimiento para que quede perfecto el contrato y obligue, no solo á lo expresamente pactado, si que también á todas las consecuencias del mismo, no cualesquiera, sino las que, según su naturaleza, sean conformes á la buena fe (el elemento ético que debe presidir la contratación), al uso, (lo que se llama el derecho vulgar, que surge de la manera como los hombres dicen y hacen continuamente é sin embargo alguno, como dicen las leyes de Partida) y á la ley, porque tiene, generalmente, el carácter de modelo con relación á cada contrato, siendo de citar la Res. de 11

de Julio de 1906, de que consumada una venta sin otorgar escritura, y muerta la esposa del vendedor, puede el viudo, por sí y en nombre de sus hijos menores, sin necesidad de autorización judicial verificar ese otorgamiento, cuyo documento es inscribible; doctrina acertada, porque es consecuencia de ese contrato y para que tenga la eficacia debida la autorización de la escritura y, con arreglo á la ley, perjudique á tercero; pero requiérese que al fallecimiento de aquella esposa se haya perfeccionado la venta de finca de la sociedad conyugal y no en caso contrario.

Para que uno pueda contratar á nombre de otro requiérese que tenga la representación legítima en una de estas dos formas: voluntaria ó contractual y que el poder sea suficiente, ó representación legal, con ó sin autorizaciones del Juez, del consejo de familia, etcétera, que la integran, según sea la clase de contrato.

El celebrado á nombre de otro, por quien no tenga su autorización ó representación legal, será nulo, á no ser que lo ratifique la persona á cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

El art. 1.259 refiérese al período de perfección del contrato; éste no existe sin consentimiento y no puede prestarlo por otro quien carezca, en concreto, de la representación voluntaria ó legal del mismo; pero tal nulidad se halla en suspenso, puesto que la persona á cuyo nombre se contrató puede ratificar lo hecho, ratificación que convalida el contrato, á menos de que antes de darse haya sido revocado por la otra parte contratante. De manera que no produce efecto la revocación si hubiera verificado la ratificación la persona por cuyo nombre se contrató, siendo de citar la Sent. de 5 de Octubre de 1898, de que no puede prestar eficazmente su consentimiento el apoderado de un tutor si éste, tratándose de actos que exijan la autorización del consejo de familia, no la había obtenido, sin que tal defecto pueda subsanarse *A POSTERIORI*, cuando ya la otra parte había revocado su consentimiento; así como la de 6 de Marzo de 1906, de que si el mandatario se excede en sus facultades, procede la acción ordinaria de nulidad. Esto es distinto del caso en que se obre en nombre de otro sin tener autorización, que debe llamarse de inexistencia del contrato, en tanto que la nulidad de éste presupone que tal contrato ha existido, pero que no produce efecto por haberse excedido el mandatario. Es de citar la Sent. de 6 de Marzo de 1906, de que, no habiendo prestado fianza ni inscrito su cargo en el Registro de tutelas, el tutor no puede consentir en nombre de los menores por no

tener aún su representación legal, y que la aprobación posterior hecha por el consejo de familia de la partición de la herencia realizada, aún correspondiendo á este organismo la aprobación, no subsana aquel defecto, porque falta el consentimiento ó es nulo, ya que el llamado á consentir en nombre de los menores es el tutor, no el consejo, y aquél no puede, en tales condiciones, ejercer el cargo. También es de citar la Res. de 26 de Julio de 1905, de que la falta de autorización judicial en los contratos celebrados á nombre de los menores de edad que exigen dicho requisito, queda subsanada cuando el menor interesado en el contrato, siendo mayor de edad, lo ratifica expresa ó tacitamente, reconociendo su firmeza y validez.

Aclarando las dudas de que es objeto el estudio de este punto, presentemos varias situaciones jurídicas: 1.<sup>a</sup> Un pseudo tutor contrata á nombre de un pupilo; hay aquí inexistencia de contrato, porque nadie puede prestar el consentimiento por otro á título de representante legal, si carece de este carácter; lo mismo que si uno que se llama padre de otro contrata por éste y tal paternidad no consta. 2.<sup>a</sup> Que el tutor contrate por el pupilo, pero ni ha constituido fianza, en el supuesto de que no esté relevado de ella, ni se haya inscrito la tutela en el registro del Juzgado correspondiente. Como quiera que no se halla en posesión del cargo, no puede desempeñar sus funciones y habrá otro caso de inexistencia del contrato. Y 3.<sup>a</sup> Que ese tutor, en el ejercicio de su cargo, ó el padre, en representación de su hijo, contraten en nombre de los menores, pero sin haberse proveído, respectivamente, de la autorización del consejo de familia ó del Juez; en este caso hay contrato, pero es nulo, nulidad que puede purgarse por la ratificación del contrato hecha por el menor expresa ó tacitamente, dándole fuerza y validez; lo nulo será la escritura pública en que esos representantes contrataron sin proveerse de las respectivas autorizaciones, pues el notario, que solo con arreglo á las leyes es como puede dar fe, no debió autorizarlas, sin que esa ratificación pueda purificar un vicio orgánico del documento, cosa distinta de la purificación del contrato en sí, pues aquélla es del orden público, el del ejercicio del ministerio notarial, en tanto que la segunda es de interés privado y habrá, por consiguiente, necesidad de que se otorgue nueva escritura por el ya mayor de edad, aún cuando sus efectos se retrotraigan á la fecha en que se otorgó el contrato nacido con vicio.

No se admitirá juramento en los contratos. Si se hiciera, se tendrá por no puesto (art. 1.260). El Legislador ha bebido en las fuen-

tes modernas que no requieren para la fuerza del contrato que los contratantes pongan á Dios por testigo de sus compromisos al contraerlos, dando ocasión al perjurio. Ni la ley 28, tít. 7.º, lib. 28 del Digesto, ni la 6.ª, tít. 4.º, Part. 6.ª, ni la 6.ª, tít. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, producidas en distinto ambiente jurídico y en diferente estado social, se decidieron á sostener la necesidad del juramento, aunque del mismo trataron. El Digesto, tít. 2.º, lib. 12, habla del juramento promisorio; quedó reservado al Derecho canónico ocuparse de él (DECRET. SECUND. PARS. causa 22—DECRET. Greg. lib. 2.º, tít. 24, SEXTO de DECRET., lib. 2.º, tít. 11—CLEMENT, lib. 2.º, tít. 9.º), bien que la Iglesia no aprobó en un principio el uso de aquél, sino en casos señalados; pero lo admitió cuando ya lo había introducido la costumbre y hasta lo declaró obligatorio si se prestaba para confirmar ciertos actos y contratos reconocidos por las leyes civiles y eclesiásticas, como, por ejemplo, las enajenaciones de bienes dotales hechas por las mujeres casadas y en las donaciones propter nucas si se daba espontaneamente, esto es, sin violencia ni dolo, y á condición de que no perjudicase á tercero. (DECRET. Gregor., lib. 2.º, tít. 24 DE JUREJURANDO, cap. 28).

Puesto que el Derecho canónico es supletorio en primer grado en Cataluña y admite el juramento, tiene fuerza el prestado por la hija que se casa prometiendo á su padre que se contenta con la dote, sin que pueda pedir ya nada más de la herencia de aquél (SEX. DECRET. lib. 1.º, tít. 18 DE PACTIS, cap. 2.º) El que bajo juramento se obligó á pagar intereses debe cumplirlo, pero puede reclamar lo pagado por este concepto (DECRET. Greg. lib. 2.º, tít. 24 DE JUREJURANDO, cap. 2.º) El deudor que juró no impone ningún gravamen sobre la cosa pignorada; mientras no pague la deuda, carece de derecho para reclamar la prenda, ni puede compensar los frutos con el capital; primero debe pagar y después pedir la cosa con los frutos percibidos (DECRET. Greg. lib. 2.º, tít. 24, cap. VII).

El Derecho civil proscribió la observancia del juramento en los contratos no autorizados por la Ley; á este efecto es de citar la Pragmática del rey D. Jaime II, de 1302, que prohibió el juramento en los contratos de mútuo, depósito y comanda; pero en otra aclaratoria de 29 de Agosto del mismo año, autorizó los juramentos de las mujeres casadas y de los púberes menores de 25 años en los contratos en que contrajesen obligaciones que de otro modo no valdrían. Y por último, según la Real ordenanza de 29 de Noviembre de 1736 y Real provisión de 8 de Junio de 1739, se dieron disposiciones que

están calcadas, respecto al juramento promisorio, en la Novísima Recopilación, una de éstas la 7.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. 10 que, derogando lo ordenado por los Reyes Católicos 1480, dispuso que era lícito el juramento en los contratos que para su validez lo requerían, así como en los compromisos y en los contratos de dotes, arras, ventas, enajenaciones y donaciones perpetuas.

El juramento no obliga á los sucesores del que lo prestó, si tuvo por objeto dar fuerza á actos ó contratos nulos en odio al acreedor, como el contrato usurario ó en que interviene dolo ó violencia; pero les obliga si su objeto fué dar eficacia á actos y contratos que el Derecho rechaza en beneficio del deudor, como la enajenación de la cosa dotal perteneciente al menor y otros actos semejantes (Engel, Colleg. UNIVER. JUR. CAU., lib. 2.<sup>o</sup>, tít. 24 § 1.<sup>o</sup>, núms. 12 y 13).

### De los requisitos esenciales para la validez de los contratos

Entiéndense por requisitos del contrato aquellos elementos establecidos por la ley ó añadidos por las partes que concurren á la formación del mismo. Clasifícanse en esenciales, naturales y accidentales; los primeros son el consentimiento de los otorgantes, el objeto cierto y la causa de la obligación, sin los cuales no existe el contrato; los segundos son los propios de la naturaleza de cada contrato, por ejemplo, el saneamiento en la compraventa; y los terceros, los que proceden de la variable voluntad de las partes en cada caso, y refiérense á la expresión de condiciones, plazo, modo y lugar de la obligación.

El art. 1.261 no ha incluido entre los requisitos esenciales la capacidad de los contratantes, sin duda porque ésta es supuesto del consentimiento; no puede prestarlo quien carece de aquélla, como tampoco incluye como requisito la forma del contrato quizás porque el Código no ha querido desviar su ordenamiento del principio espiritualista de contratación en que se ha inspirado.

### Capacidad

Es la aptitud legal para celebrar contratos válidos. Esa capacidad es la llamada civil ó legal; en ella se refunden la jurídica (STATUS) y la de obrar (FACULTAS AGENDI). La capacidad de contra-

tar, puesto que constituye la regla, se presume (por esto, sin duda, el Código no incluye este requisito en dicho artículo), en tanto que la incapacidad es la excepción; de aquí que el Legislador, lejos de hablar de la capacidad, expresa en su art. 1.263 las incapacidades, significando con esta palabra los que no pueden prestar el consentimiento; de donde resulta que considera como capacidad la aptitud de las personas para consentir.

No pueden prestar el consentimiento: 1.º Los menores no emancipados; 2.º Los locos ó dementes; 3.º Los sordomudos que no sepan escribir, y 4.º Las mujeres casadas en los casos expresados por la ley. Estas incapacidades se clasifican en dos grupos: unas, naturales porque se fundan en la falta de aptitud real para consentir, como la locura y la sordomudez, que son causas modificativas de la capacidad por razón de enfermedad, y otras legales, porque la aptitud del individuo aparece condicionada por razones de orden familiar, como la de la mujer casada. El fundamento en que descansa la incapacidad de los menores no emancipados legal ó voluntariamente, ó no habilitados de edad varía según la edad y el consiguiente desarrollo mental. Según que el menor esté ó no emancipado, tendrá ó no capacidad general ó en concreto. (Véanse los arts. 50, 59, 160, 315 y 317 del Código que completan el 1.263).

En Cataluña son incapaces, en absoluto, los menores de siete años (incapacidad natural); los hijos de familia y emancipados menores que tengan padres (incapacidad legal), lo mismo que la de esos menores de edad y la de las mujeres casadas sin el consentimiento respectivo de sus padres, tutores ó curadores. También son incapaces los faltos de juicio, los declarados pródigos y los que se hallan en estado de embriaguez (Const. de Cat. 1.ª y fin. libro 2.º, tít. 11, vol. 1.º; ley 5.ª, princip. § 1.º Dig. DE AUC. TUT.; ley 3.ª § 4.º Digesto DE NEG. GEST.; Inst. § 9 DE INUT. STIP.). Además son incapaces los que tienen alguna prohibición particular para determinados contratos (Inst. § § 8 y 9 DE INUT. STIP., ley 8.ª Dig. DE OP. VEL. LEG). Los que son incapaces para contratar no podrán librarse del cumplimiento de los contratos que hubieren celebrado con personas incapaces, siempre que interese á éstas el hacerlos efectivos (ley 19 Digesto DE REG. JUR.; ley 13 Dig. DE ACT. EMPT. ET VENDIT.).

En Aragón, aún cuando se tiene la mayor edad menos plena á los 14 años, el menor de 20, si no es casado, no puede celebrar contrato alguno—excepto las capitulaciones matrimoniales—sino con la voluntad de sus padres ó del que de ellos viva si permanece. viu-

do, y en otro caso con consentimiento del Juez ordinario de la ciudad, villa ó lugar donde tales actos se hubieren de realizar (Fuero único *UT MINOR XX ANNORUM* etc.). Esto último se halla modificado por el Código civil, porque al menor de 20 años (en cuya edad se tiene la capacidad plena) se le pone en tutela, según dicho cuerpo legal, obligatorio en aquel antiguo reino, y no en curatela, porque esta institución protectora ha desaparecido, y claro que no el Juez, sí que el consejo de familia es quien ha de autorizar al tutor para la celebración de los contratos exigentes de este requisito; doctrina que hemos sostenido y que se halla á corroborada por la Res. de 23 de Marzo de 1912, precisamente de este año.

La duda acerca de si en Aragón se sale de la menor edad á los 14 ó á los 20 años, la produjo el Fuero *DE CONTRACTIBUS MINORUM* de 1247, tomado de los longobardos ó de los ostrogodos, prescriptivo de que la donación hecha por el menor es nula, y añadió: «menor se llama al que lo es de 14 años». Esta edad aparece consignada en la Observancia, *DE PRIVILEGIO MINORUM ET MAJORUM ABSENTIUM CAUSA REIPUBLICA*. Esa duda la desvanecieron el Fuero de 1348 *UT MINOR* y los importantísimos de 1564 y 1585 que restringieron notablemente las facultades excesivas de los mayores de 14 años, porque tan prematura mayoría originaba graves trastornos é inconvenientes.

Puesto que el Derecho navarro no contiene prescripciones relativas á la capacidad de los contratantes, debe acudirse en esto al Derecho romano, y, en su defecto, al Código civil. Este rige en Vizcaya y Baleares en la materia que nos ocupa. Véanse, para ampliar más este punto los capítulos 9 y 12 del tomo 1.º de esta obra.

El art. 1.263 añade á la palabra «menores» las de «no emancipados», emancipación que es de dos clases: voluntaria y legal, que existe también en los territorios aforados. Con la emancipación por razón de matrimonio, ó por concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad, adquieren los menores la capacidad para regir su persona y bienes, como si fueran mayores de edad, según el Código y las legislaciones forales, pero no pueden verificar ciertos contratos sin que se cumpla lo prescrito en el art. 59 del Código (que, por hallarse incluído en el tít. 4.º del mismo, obliga en las comarcas aforadas), y lo dispuesto en el 317 de aquél, aplicable también á los habilitados de edad, según estatuye el art. 324; siendo de citar, para ilustración de este punto, las Res. de 4 de Noviembre de 1896 y 7 de Enero de 1907, entre otras, de que la emancipación

voluntaria habilita al menor para otorgar contratos de partición de herencia en que tenga interés, pues al art. 317 se le debe dar interpretación restrictiva ó literal; la de 20 de Marzo de 1907, de que el menor emancipado puede conferir poder para que, con asistencia de su padre, se enajenen bienes de su pertenencia; la de 14 de Diciembre de 1896 de que el art. 317 se refiere á la emancipación voluntaria y no á la que se realiza por el matrimonio del menor, y la de 15 de Mayo de 1902, de que el menor habilitado de edad puede cancelar por sí hipotecas; teniendo gran relieve la Sent. de 8 de Junio de 1904, de que el marido mayor de edad puede autorizar á su mujer, mayor de 18 y menor de 23 años, para comparecer en juicio, así como lo tiene más grande la de 19 de Junio de 1906, de que, siendo los esposos mayores de 18 años, no necesitan la asistencia de otra persona para comparecer en juicio, porque según los arts. 59 y 60 del Código, el matrimonio produce de derecho la emancipación, así del varón como de la mujer.

Acerca de la incapacidad del loco, éste puede contratar en intervalos lúcidos, porque *SUBLATA CAUSA TOLLITUR EFECTUS*, lo cual es materia de apreciación por el Tribunal *A QUO*, mediante prueba que debe suministrar quien mantenga la validez del contrato, en el supuesto de que haya recaído la delaración de incapacidad ó que el loco esté recluído. En otro caso, faltando la presunción de incapacidad se da la de capacidad, por ser ésta la regla general, debiendo probarse la locura por quien pida la nulidad del contrato. Es de citar la Sent. de 21 de Abril de 1896, de que procede afirmar que quien al tiempo de celebrar un contrato padecía de enajenación mental ó de imbecilidad, estaba incapacitado para prestar el consentimiento.

El Código, á diferencia del Derecho romano, no incluye, como causa de incapacidad, la embriaguez, á pesar de que así lo declaró la Sent. de 6 de Noviembre de 1898, y es que la embriaguez, circunstancia atenuante condicionada por el Código penal, constituye una sucesión de estados, desde el ligero mareo hasta la postración del beodo que tiene obscurecidas sus facultades mentales, sin poder coordinar ideas; pero si se demuestra que el ebrio no podía discernir, y que sufrió error en el contrato, se le debe tener por incapaz y anularse la obligación contraída en ese estado.

La mujer casada, por su situación en la familia, mejor, por su subordinación legal á su marido, carece de capacidad en los casos expresados por el Derecho, debiendo acudirse á lo dispuesto en los arts. 60, 61 y 62 del Código, obligatorios en todas las regiones de Es-

pañía; de manera que, en materia de contratos otorgados por mujeres casadas, la regla general es considerarlos válidos; doctrina establecida en Res. de 31 de Mayo de 1895; la excepción constituye la nulidad cuando recae en los casos expresados por la ley y, de consiguiente, los arts. 60 y 61 del Código deben ser interpretados literalmente, por lo que terminantemente expresan, no por lo que callan. Así es que la mujer casada, según se declaró en Sent. de 8 de Noviembre de 1898, puede contratar sobre la administración de los bienes parafernales dándolos en arrendamiento (si no es de los inscribibles, porque entonces establece un derecho real, que es un acto de enajenación), recaudar rentas y nombrar administradores, así como también es de citar la de 5 de Octubre de 1901, de que los arts. 1.231, 1.261 y 1.263 del Código exigen previamente que las confesiones se efectúen y las obligaciones se contraigan con capacidad legal para ello, y según los arts. 60 á 62, no la tiene la mujer casada para comparecer ni obligarse sin licencia de su marido, y por ello, se infringen estos preceptos legales al dar efectos jurídicos á la confesión.

## ARAGÓN

En Aragón puede la mujer sin licencia marital: 1.º Donar entre vivos ó en testamento los bienes de su pertenencia, excepto la dote y *aixovar* (pues para esto necesita la concurrencia de dos parientes, como hemos dicho en el capítulo VII del tomo I) y renunciar la parte que pudiera tener en los comunes (Obs. 1.ª y 58 DE JURE DOT. y 5.ª DE DONATIONIBUS); 2.ª Renunciar la viudedad, las ventajas forales, la parte que pueda corresponderle de los bienes comunes y todo lo que pueda tener por beneficio del Fuero, pero exige la renuncia de viudedad que se haga expresamente (Obs. 59 y 18 DE JUR. DOT.)

En virtud de lo dispuesto en el art. 61 del Código civil, creemos que no están en vigor las observancias 39 DE JURE DOT., el Fuero 2.º DE CONTRACTIBUS CONJUGUM y la Ob. 35 DE JUR. DOT. relativos á que la mujer podía, sin licencia de su marido, enajenar su dote, obligar sus bienes para pago de deudas contraídas por éste y afianzar, pues esa licencia se halla hoy prescrita, encaminada á la conservación del patrimonio de la mujer; ésta, según la Ob. 39 DE JUR. DOT.—y esto sí que lo consideramos vigente—puede compeler

á su marido á que la dote, así como también lo está la observancia del mismo nombre que autoriza á la viuda para constituirse en fiadora y de igual manera la Ob. 13 DE PROCURATORIBUS que la faculta para sustituir el poder que su marido le hubiera dado. Le corresponde la administración de los bienes de éste, cuando se ausente sin dejar especial administrador, por así prescribirlo el Código.

Marido y mujer pueden contratar entre sí como si fueran extraños (Ob. 5.<sup>a</sup> DE DONATIONIBUS y 1.<sup>a</sup> y 58 DE JURE DOTIUM).

## CATALUÑA

El art. 61 de dicho cuerpo legal, obligatorio en Cataluña, también ha modificado su régimen jurídico, en orden á la capacidad de la mujer casada; ésta no puede obligarse sin licencia de su marido, pero, ha de decirse por esto que se ha proscrito totalmente el Derecho catalán en la materia que nos ocupa? En modo alguno. Según el cap. 2.<sup>o</sup> del RECOG. PROC. la mujer que se obliga junto con el marido en los contratos de mútuo y depósito no está obligada á pagar mientras basten los bienes de aquél, y faltando los de éste solo á la mitad, y esto por más que jure y renuncie al Senadoconsulto Velezano, dispositivo de que la mujer no podrá obligarse por deuda de otro. Ese privilegio es aplicable puramente á Barcelona y demás poblaciones á que se hizo extensivo.

Además, según la Auténtica SÍ QUA MULLIER (cap. 8 de la Novella CLIV, de Justiniano) la mujer no puede garantizar ni con su persona ni con sus bienes las deudas de su marido, á no ser que el dinero por éste recibido se invirtiese en utilidad de la misma. Maaekeldey y Maynz tienen por irrenunciabiles AB INITIO, y renunciabiles POST FACTO, el Senadoconsulto Velezano, así como dicha Auténtica, dados con miras conservativas del patrimonio de la mujer, para que no fuera víctima de las asechanzas de su marido y acaso de su cariño á éste.

Como quiera que el Privilegio RECOG. PROC. se refiere á la obligación mancomunada solidaria de marido y mujer, carece de aplicación al caso de que el mútuo ó depósito se hayan contraído en provecho exclusivo de ella, porque entonces es directamente obligada, en negocio propio, siendo el marido realmente su fiador, doctrina que aparece en la Sent. de 17 de Febrero de 1903.

En Tortosa, celebrado el matrimonio con *aixovar* (dote), si el

marido hace algún contrato en el cual se obliga la mujer en unión de él por medio de escritura, de una manera solidaria, de suerte que cada uno se considera deudor principal, el acreedor, después de dirigirse contra el marido y sus bienes, puede repetir contra su mujer y los suyos, una vez enajenados los de aquél, aunque no hubiese jurado la obligación, ni renunciado al beneficio Veleyano, á menos que sea menor de 25 años y no haya jurado la carta, en cuyo caso se puede excusar para no pagar nada, por más que haya firmado la carta como deudora principal, pues le asiste la restitución *IN INTEGRUM*; pero si juró la carta al contraer la obligación, ésta es válida é irrevocable (Cost. de Tortosa, lib. 4.º, rúb. 7.ª).

Es válida la obligación que, como deudora principal, contrae la mujer casada mayor de 25 años, si tiene bienes parafernales con que pagarla; si carece de ellos no responde con su dote y *exereig*, mientras ella y su marido vivan; pero á la muerte de uno de los dos podrá el acreedor hacerse pago con la dote y *exereig* de la mujer obligada; pero si ésta se obligó antes de casarse, el acreedor no tiene por qué esperar á que mueran la deudora ó su marido para cobrar el crédito, si aquella tenía 25 años cuando contrajo la obligación, ó si, no teniendo esta edad, hubiese jurado la carta.

El Centro directivo resolvió, en 28 de Octubre de 1898, no ser válido el contrato otorgado por mujer sometida al Código de Tortosa, respecto de la enajenación de bienes parafernales sin licencia marital, toda vez que las leyes romanas, inspiradas en un criterio de libertad, son incompatibles con el actual estado de derecho que las ha derogado por el art. 61 del Código. De tal manera ha penetrado éste en la legislación excepcional que, por Res. de 26 de Abril de 1901, se declaró aplicable á Cataluña el art. 1.458 del mismo, que prohíbe la venta de bienes entre marido mujer, cuando no se hubiera pactado la separación de bienes ó ésta no se hubiera decretado judicialmente.

Por estas razones, y en respeto al art. 61 del Código civil, creemos que no está vigente la Rúb. 144 de las Costumbres de Lérida que, después de considerar nula la obligación ó la enajenación hecha por la mujer casada viviendo con su marido (esta nulidad no es ya ahora por mérito á esa rúbrica, sino por dicho artículo del Código) las daba validez si la mujer prestaba juramento (esto ya no cabe) ó era comerciante que usaba de su mercadería.

También es de citar la Res. de 28 de Noviembre de 1898, de que el contrato de insolutundación ó dación en pago celebrado entre mari-

do y mujer mediante escritura, es á modo de venta y en tal concepto se halla prohibido por el art. 1.458 del Código y es nulo con arreglo á lo preceptuado en el art. 4.º del mismo; siendo de gran relieve la Res. de 6 de Diciembre de 1898, donde se establece la doctrina de que, para los efectos del art. 1.458, la separación de los bienes pactada donde rige la sociedad legal de gananciales, equivale á la separación legal donde ésta rige como en Cataluña.

De consiguiente, para que en estas provincias sea válida una venta entre marido y mujer bastará que ambos manifiesten formalmente en la escritura, que no están asociados á compras y mejoras y por lo mismo existe separación de bienes entre ellos, y que se acredite mediante documento fehaciente que el precio de la compra, si la mujer es la compradora, procede de su patrimonio exclusivo.

### ¿Es válida en Cataluña la compra hecha á favor de ambos cónyuges?

He aquí un problema sumamente complejo.

Prescribe la ley 51, tít. 1.º, lib. 24 del Digesto que son nulas las donaciones entre cónyuges; de igual suerte deben ser nulas las que se simulan bajo la forma de un acto á título oneroso; pero, con posterioridad á dicha ley y á las leyes 1.ª y 51, lib. 24, tít. 1.º del Digesto y á la 6.ª, tít. 16, lib. 5.º del Código que reputan donación la adquisición hecha por la mujer durante el consorcio, si no se justifica plenamente la procedencia del dinero en ella invertido, se dió el Senadoconsulto de Carcalla (fr. 32, tít. 1.º, lib. 24 Dig.), que constituye lo que pudiera llamarse el Derecho romano novísimo, que reválida, con efecto retroactivo, las donaciones entre cónyuges, si el donador hubiese muerto sin haberlas revocado.

Considerando nula esa compra por los consortes, porque entrañaba una donación, el Centro directivo sin tener en cuenta dicho Senadoconsulto, resolvió, en 5 de Julio de 1894 que la escritura no era inscribible en el Registro; pero el mismo Centro, por otra de 17 de Septiembre de 1895, rectificó su doctrina, y dando obligatoriedad á lo dispuesto en el fragmento 32 antes citado, y considerando que esas donaciones no son nulas desde luego, sino anulables, declaró inscribible la escritura de compra, ante lo preceptuado en el artículo 65 de la ley Hipotecaria, considerando que el contrato era eficaz en derecho, mientras la donación no fuese revocada.

Se dice que para tener por válidas las compras hechas por marido y mujer, no hay necesidad de acudir al Derecho romano, porque las autoriza la costumbre en Cataluña, que data de la ley 16, tít. 2.º, libro 4.º del Fuero Juzgo, cuyo tenor es el siguiente: «E de las cosas que ganaron, de que fizieron amos escrito, haya cada uno tal partida, como dixiere el escrito», ley que se conservó como costumbre en el Principado catalán, aún después que D. Jaime privó de obligatoriedad al Fuero Juzgo.

Si se demuestra que en Cataluña es esa la costumbre y, constituyendo esta fuente de derecho parte del régimen jurídico directo, con preferencia al supletorio—y esto ha de ser materia de prueba en cada caso puesto que se refiere á un hecho—tenemos por inconcusa la validez de ese contrato, sin que en contra valga ni el Derecho romano antiguo, ni el moderno, porque tienen solo carácter supletorio; pero si tal costumbre no se prueba, lo vigente es el Senado consulto de Carcalla, dependiendo la eficacia de esa compra, en lo que á los derechos de la mujer se refiere, de que el marido no la revoque, esto es, del cumplimiento de una condición resolutoria que perjudica á tercero, perfectamente inscribible la escritura de compra porque la falta no es de las que producen *necesariamente* la nulidad de la obligación, á que se refiere el art. 65 de la ley Hipotecaria.

El Derecho de Tortosa (lib. 5.º, rúb. 1.ª de sus Cost.) prescribe que, no pactándose la sociedad de gananciales, esto es, existente el régimen dotal, si la mujer, en unión de su marido otorga algún contrato de compra ó de venta, ó de otra clase y se pone en él el nombre de ella, se entiende que todo es hecho y comprado con los bienes del marido, y que su consorte no ha dado, pagado ni puesto en ello nada de lo suyo propio, sino que todo procede de sus bienes, á no ser que ella ó sus herederos prueben legalmente que la misma hubiese contribuído al pago con lo suyo propio.

## NAVARRA Y VIZCAYA

Respecto al primero de estos territorios donde rige el Derecho romano con preferencia al Código civil, damos por reproducido aquí lo dicho al presentar la legislación general de Cataluña; y con referencia á Vizcaya, es aplicable el Código, á falta de costumbre.

### Medios complementarios

Siguiendo el estudio del Código, es de añadir, que además de las incapacidades generales, están las especiales para determinados contratos (arts. 1.458 y 1.459); entre aquéllas figuran la del sujeto á tutela por causa de interdicción civil y la del pródigo, dependiendo la extensión de ésta de los términos en que se haya dado la resolución judicial que la declare.

No estará de más citar el art. 164, de que el padre ó la madre en su caso no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo ó la administración, ni gravarlos sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad, y previa la autorización del juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvo las disposiciones que, en cuanto á los efectos de la transmisión, establece la ley Hipotecaria. La cesión de un crédito hipotecario constituye un acto de enajenación que no puede hacerse sin llenar los requisitos que este artículo determina (Res. 5 Abril 1892). Tratándose de bienes indivisos pueden los herederos cancelar las hipotecas constituídas á favor del causante, siempre que los menores interesados estén representados por su tutor, si bien se requiere la autorización judicial cuando la representación corresponda á los padres. Es preciso también para celebrar un arrendamiento inscribible en el Registro (Res. 30 Agosto de 1893); para dar por revocada una donación de inmuebles otorgada á favor de los menores (Res. 30 Octubre de 1892); para otorgar una escritura de adjudicación en pago de deudas que afecten á porciones de fincas de menores, no inscritas á su nombre (Res. 26 Diciembre de 1893); para vender bienes de menores (Res. 5 Diciembre de 1893), y en las adjudicaciones de bienes hereditarios para pago de deudas hechas á favor del viudo y de otras dos personas que no son herederas, si en dicha herencia interesan menores representados por su padre (Res. 30 Septiembre de 1905).

Como quiera que el contenido del art. 164 del Código figura en los 2.011, 2.030 y sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil, y ésta es de general observancia, en los territorios aforados requiérese, como en los que no lo están, en los contratos que otorguen los padres á nombre de sus hijos, dicha autorización judicial; como también se exige la del consejo de familia respecto de los otorgados en representación de los tutelados.

### Consentimiento de la mujer

El marido no podrá dar en arrendamiento por más de seis años, sin el consentimiento de la mujer, bienes inmuebles de la dote inestimada. En todo caso se tendrá por nula la anticipación de rentas ó alquileres, hecha al marido por más de tres años. Estos arrendamientos son inscribibles en el Registro de la propiedad, y como con ellos se establece un derecho real, el marido no puede verificarlos, por corresponder á su mujer la propiedad de tales bienes dotales. Consecuente con este sentir, es que no puede el marido otorgar esos arrendamientos, si aún siendo menores de seis años, ni adelantadas las anulidades de más de tres, se hubiera convenido en su inscripción registral.

### Capacidad de las personas jurídicas

Respecto de la capacidad legal de las personas sociales y morales para contratar, véase lo dicho en la pág. 75 del tomo I de esta obra, debiendo adicionar lo siguiente.

Acerca de la capacidad civil de la Iglesia, para conocerla, importa estudiar lo que se llama la Legislación paccionada, que es la establecida entre el Poder espiritual y el temporal. La Iglesia obtuvo grandes donativos antiguamente, que le hacían sus fieles en tributo de sus sentimientos religiosos y por la influencia moral que ejerciera, lo cual produjo el establecimiento de una gran propiedad eclesiástica, amortizada, significándose con esta palabra que aquella podía adquirir y poseer bienes y derechos con destino á la consecución de sus fines y al percibo de rentas de los mismos, como medios económicos para su subsistencia. La amortización era antieconómica por oponerse á la circulación de la riqueza y para impedirle dióse la ley de 11 de Octubre de 1820, prescriptiva, en sus artículos 15 y 16, de que las iglesias, monasterios, etc., no pudiesen, desde entonces en adelante adquirir bienes raíces ó inmuebles, ni por testamento, ni por donación, compra, permuta, comiso en los censos enfiteúticos, etc.

Decapitada esa facultad adquisitiva, en 1836, proscrito el régimen absoluto, empezó la desamortización de los bienes eclesiásticos

que el Estado hizo suyos, como Bienes nacionales, dictándose en 29 de Junio de 1837, en plena situación de violencia entre aquellos poderes, una ley restablecedora de la de 1820, y como conviniese á la paz de las conciencias el que cesara esa hostilidad entre la Iglesia y el Estado, ambos llegaron al Concordato de 16 de Agosto de 1851, seguido del convenio-ley de 1859-1860, determinativos de un estado de derecho respecto á la propiedad y modo de poseer la Iglesia como persona jurídica. Esta, según el art. 41 de aquél, podía adquirir por cualquier título legítimo, y su propiedad en todo lo que poseía entonces ó poseyese en adelante, sería formalmente respetada. Pero sobrevinieron acontecimientos políticos y el régimen progresista, robusteciendo las prerrogativas del Poder civil, desentendióse de dicho Concordato y dió la ley de 1.º de Mayo de 1855 que puso en estado de venta los bienes de la Iglesia, cuya legalidad fué completada por la de 18 de Julio de 1856. Esto introdujo profunda confusión, llevó la intranquilidad á las conciencias y la incertidumbre á cuantos adquirirían bienes de la Iglesia, temerosos de verse despojados de ellos si cambiaba aquel estado jurídico, y hubieron de llegar ambas potestades á un acuerdo, que fué el convenio de 21 de Agosto de 1859, publicado como ley en 4 de Abril de 1860, donde se reconoció á la Iglesia su facultad para poseer toda clase de bienes, sin limitación alguna, así como el libre y pleno derecho para adquirir, retener y usufructuar en propiedad, sin límite ni restricción toda especie de bienes y valores.

No obstante esa ley derogatoria de la de 1.º de Mayo de 1855, el Gobierno no podía permitir que quedaran amortizados los bienes de la Iglesia, y dispuso que el importe de los bienes no enajenados por virtud de las leyes desamortizadoras ó pendientes de venta, se convirtiese en títulos intransferibles de la Deuda pública. Surgió la duda sobre qué debía hacerse con los bienes que la Iglesia adquiriese en adelante, dado lo prescrito en el art. 13 de dicho convenio, que no ponía limitación alguna al derecho de la Iglesia, y el Tribunal Supremo, en Sent. de 28 de Abril de 1882, atendiendo, más al espíritu del convenio que á la letra de dicho precepto, entendió que, dada la directiva de la ley de 1820, encaminada á poner los bienes raíces en la circulación económica, tanto los que poseía la Iglesia, como los que adquiriese en adelante, debían convertirse en títulos de la Deuda. No lo consideró así la Res. de 16 de Febrero de 1883, (con cuya doctrina no estamos conformes), pues según el Centro directivo, el convenio no hablaba mas que de los bienes anteriores, y

los que poseyese la Iglesia, amparada en el art. 3.º no habían de convertirse en títulos de la Deuda, porque equivaldría á una carga impuesta á la misma, no obstante su perfecto derecho á poseerlos sin limitación alguna.

Acerca de la capacidad civil de las comunidades religiosas, éstas, según la ley de 1820, no pueden poseer bienes inmuebles; por la de 29 de Julio de 1837 quedaron disueltas aquéllas, con prohibición de todo derecho. Por el Concordato de 1851 recobraron, al igual que la Iglesia, la capacidad civil; para con ellas rezó la ley desamortizadora y se acogieron al estado de derecho creado por el convenio de 1859. Por Decreto de 25 de Julio de 1868 se les reconoció capacidad para poseer bienes que habían de convertirse en títulos de la Deuda, el cual fué derogado por el de 17 de Octubre del mismo año; pero como se diera sin consultarlo con la Santa Sede, se ha dudado de su obligatoriedad. El derecho hoy vigente se halla constituido por el convenio de 1859, á cuya sombra las comunidades religiosas concordadas, como personas jurídicas, pueden poseer bienes y contratar sobre ellos, sin otra limitación que la de convertir su importe en títulos de la Deuda pública, según declaró el Tribunal Supremo en Sents. de 20 de Octubre de 1870 y 28 de Febrero de 1871, capacidad que, Á CONTRARIO SENSU, viene á reconocer el art. 752 del Código. Y como quiera que el Concordato solo habla de determinadas congregaciones religiosas, pues las no incluídas en el mismo quedaron disueltas por la ley de 29 de Junio de 1837, discútese si á sus favores pueden acogerse, con obligación de invertir su importe en láminas intransferibles. Este problema, planteado al presente, recibe opuestas soluciones según el criterio amplio ó restrictivo del que lo estudia.

Representan á la Iglesia sus Prelados diocesanos, quienes pueden delegar en vicarios capitulares y en párrocos. La representación de las comunidades religiosas corresponde á los generales y provinciales de las Ordenes respectivas, abades, priores ó superiores de cada comunidad. En los conventos de religiosas suele haber una jefatura poliárquica, constituida por la abadesa, la vicaria y las discretas.

Acerca de la capacidad de las personas morales que no son, según dice Savigny, producto unicamente de la virtud creadora del Legislador, sí que, como sostienen Gierke y Beseler, una realidad independiente de la voluntad del Legislador, el cual las reconoce por el fin que han de cumplir, debemos decir que en Roma no exis-

tieron con verdadera personalidad, pues las llamadas UNIVERSIDADES fueron debidas á pura concesión del Estado que les imprimía carácter de precario. En la Edad Media fueron consideradas como organismos intermedios entre el Poder público, á la sazón debilitado, y el individuo; esas entidades, que no están constituídas por una agrupación de personas naturales, con el nexo de la corporación, asociación ó sociedad, surgen á la vida jurídica por disposición ordenada de la persona que destina una masa de bienes á la satisfacción de necesidades racionales de la vida, en interés de todos aquellos á quienes alcancen los beneficios de la fundación.

Nuestro Derecho tradicional no limitó la capacidad civil de los hospitales, hospicios, casas de maternidad, etc., los cuales poseían bienes que administraban las personas encargadas de ellos; movíanse con entera libertad, y como se sustrajesen de la circulación económica en forma de amortización, los raíces que adquirían, fueron objeto de la ley del año 1820, y por las de 1.º de Mayo de 1855 y 11 de Junio de 1856 quedaron en estado de venta los bienes de dichos establecimientos benéficos, excepto los destinados á la prestación de sus servicios ó cumplimiento de sus fines. Al presente existe una regla fundamental para determinar si los bienes de esos establecimientos son objeto ó no de venta; consiste en distinguir entre los adquiridos con carácter de perpetuidad, para amortizarlos y los que no tienen tal sello y objeto; la adquisición de los primeros se halla prohibida, por pugnar con el principio de Derecho público de la movilización de la propiedad; en cambio se halla autorizada la de los segundos para poderlos vender, empleando su producto en la consecución de los fines de esas personas morales ó en títulos de la Deuda pública (Sent. de 15 de Octubre de 1880).

Esos establecimientos de carácter particular, se hallan sujetos á la intervención del Estado para que cumplan sus fines (Reales decretos de 27 de Abril de 1875 y 14 de Marzo de 1899).

La capacidad civil de los establecimientos de instrucción es igual que la de los de Beneficencia, siéndoles aplicable lo antes dicho. Los de carácter oficial carecen de personalidad reconocida, pues el Estado se encarga de realizar el fin docente por medio de sus órganos. Rigen en esta materia, además de las disposiciones de índole general, la ley de 3 de Mayo de 1837 que autorizó la imposición de censos ú otros efectos de crédito fijo con destino á objetos de instrucción pública, la cual, según el Sr. Sánchez Román, no se halla derogada en este punto por la de 1.º de Mayo de 1855. Esta última

exceptúa de la desamortización los establecimientos benéficos y docentes, y así se deduce leyendo la R. O. de 26 de Julio de 1886. La representación de unos y otros, de carácter no oficial, corresponde á las personas designadas por el fundador con el título de patronos.

Tocante á la capacidad civil del Estado, pues la de las provincias y municipios la expresamos en dicho capítulo del tomo 1.º, deben distinguirse los bienes del mismo en dos clases: unos indispensables para el cumplimiento de su fin social por medio de los servicios públicos, y otros que le pertenecen como á cualquier propietario. No puede enajenar los primeros ni lucrarse con ellos, porque no los posee como persona jurídica en la acepción estricta de la palabra; en cambio puede disponer de los otros, que son objeto de inventario, dándolos en arrendamiento, venta, permuta, etc., en pública subasta, mediante disposición ministerial, de la Dirección general ó de la Delegación de Hacienda según los casos, y solo puede prescindirse de ese requisito habiendo acuerdo especial que así lo determine, según las circunstancias que concurran y con arreglo á la ley. El Estado goza de entera capacidad civil y ejercita sus acciones mediante un cuerpo especial de abogados, así como puede ser demandado.

### Del consentimiento

El consentimiento, palabra compuesta de la preposición *con* y del verbo *sentir* (sentir con otro), es según Sánchez Román, la conformidad de voluntades. Debe prestarse con conocimiento, al cual se opone el error; con libertad, esto es, sin violencia y sin intimidación, y sin dolo ó sin maquinación engañosa. Según el Derecho antiguo y en opinión de Potier, se añade al consentimiento otro vicio, el de la lesión; de esto se ha separado nuestro Código. Confúndese la simulación con el error, pero entre ambos existe la diferencia de que mientras en la primera la contradicción de lo declarado con lo querido es voluntaria, en el segundo es involuntaria, por efecto de la aberración del entendimiento acerca de las personas de los contratantes y de lo que constituye el objeto del contrato.

El error, ó sea la creencia equivocada, invalida el consentimiento; se distingue de la ignorancia en que ésta es la ausencia de conocimiento; tanto un vicio como otro invalidan el consentimiento, pues nada es querido sin ser previamente conocido, como dicen

los escolásticos, quienes definen la voluntad, como principio interno de acción con conocimiento de causa. Si, pues, la voluntad es el elemento subjetivo bajo cuyo imperio surge el acto jurídico con arreglo á la ley, faltando conocimiento no cabe aquella que es el alma del contrato.

Para que el error invalide el consentimiento ha de recaer sobre la substancia de la cosa objeto del contrato; debe tenerse por substancia la naturaleza de la cosa, lo que la distingue genérica ó específicamente de otras, no sobre las condiciones de la misma, pues esto depende de la índole y fin particularísimos de cada contratante, de sus propósitos y de las necesidades que le movieron al contratar. Si se demuestra que la condición de la cosa fué el motivo determinante del contrato, ó su fin, el error, puesto que afecta á dicho principio interno de acción, constituyente de la voluntad, podrá producir la invalidación del contrato, al amparo del art. 1.266, siendo de citar la Sent. de 9 de Junio de 1899 declaratoria de la nulidad de una venta en que el precio no fué entregado, sino confesado, y se desprendía de la afirmación hecha en la sentencia de que la escritura fué otorgada por la iniciativa del comprador, consignando un contrato simulado al cual, por error é ignorancia suya, consintió la vendedora.

Las leyes 9.<sup>a</sup> y 12 Dig. DE CONTR. EMPT., la ley 22 DE VERB. OBLIG. y la Instit. § 23 DE INUT. STIP. prescriben que el error substancial de la cosa solo hace nulos los contratos onerosos. El Código no distingue entre éstos y los lucrativos. Añade la ley 1.<sup>a</sup> Digesto DE VERB. OBLIG. que el error ó discrepancia en la cantidad de la cosa no obsta á la validez del contrato, si quien pensó celebrarlo en menor cantidad es el que debe recibirla, prescripción no registrada en el Código, que solo permite la invalidación por ese vicio cuando recae sobre la substancia de la cosa ó sobre las condiciones de la misma que *principalmente* hubieren dado motivo á celebrar el contrato.

El Derecho aragonés es elástico en este punto; no distingue entre clases de errores; si es propio, puede ser revisado antes de redactarse el escrito, siempre que se haga en el mismo día. (Obs. 4 y 7.<sup>a</sup> DE CONFESIS), pues á tanto obliga el respeto al principio STANDUM EST CHARTÆ.

El error sobre la persona solo invalidará el contrato cuando la consideración á ella hubiera sido la causa principal del mismo. Puede recaer sobre el nombre, las cualidades ó la persona misma; si se

refiere á lo primero no puede invalidarse el contrato, pero sí en el caso de referirse á lo último, esto es, á la persona, cuando ella hubiera sido la causa; más claro, el motivo de contratar; prescripción que vemos en la ley 15 del Digesto DE JURISD., donde se dice que el error en la persona solo es causa de nulidad del contrato, cuando la consideración á la misma ha sido la causa principal de la obligación.

El error acerca de las cualidades de la persona, aunque de difícil prueba, puede invalidar el contrato según los casos, porque fiando uno en las aptitudes físicas y en los conocimientos ó pericia del contratante, obligado á hacer, puede resultar que carezca de ellas, y claro está que, en este caso, no es posible la subsistencia del vínculo, ó puede resultar que el mantenimiento de éste implique un abuso de confianza ó ser motivo de una inmoralidad, como ocurriría si uno confiase la educación de su hijo, mediante contrato, á quien hubiese sido condenado por corrupción de menores, ignorándolo.

El simple error de cuenta—ERROR CALCULI—solo da lugar á su corrección (art. 1.266 y Sent. de 7 de Febrero de 1899). Habrá casos en que el error de cantidad, distinto del error sobre el valor de las cosas, motive la indemnización, dando lugar, no á la nulidad, si que á la rescisión del contrato, aún cuando también pueda motivar la nulidad del mismo, según la importancia de ese vicio, recaído en una de las condiciones mas importantes de las cosas. De manera que no puede establecerse en este punto un criterio A PRIORI. El error de cálculo no altera jamás la verdad de la cosa (ley única Cód. DE ERROR CALC.).

Dijeron los juriconsultos romanos que VOLUNTAS ESTIAM SI COACTA, VOLUNTAS EST; la voluntad, no obstante la violencia (coacción física) ó la intimidación (coacción moral), no desaparece y, por consiguiente, aquéllos, ajustados al estricto derecho, exigente del consentimiento, aún cuando tuviese esos vicios, por lo mismo que existía, no concedieron la acción de nulidad del contrato, sino tan solo excepciones, llamadas QUOD VIS CAUSA, QUOD METUS CAUSA, las cuales, reunidas, formaron la QUOD VIS AUT METUS CAUSA.

Pero aquel estricto derecho cedió al empuje de la equidad, no en Roma, sino en España, y por eso la ley de Partidas, considerando la violencia y el miedo como vicios del consentimiento, declaró nulo el contrato en que intervinieran, disposición recogida en los artículos 1.267 y 1.268 del Código, con mayor amplitud que en

aquel cuerpo legal y que dan derecho al perjudicado tanto á excepcionar como á invalidar el contrato.

Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Mal puede arrancarse lo que no se tiene; luego esa coacción externa supone consentimiento, aunque viciado. Existe intimidación cuando se inspira á uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona ó bienes, ó en la persona ó bienes de su cónyuge, descendientes ó ascendientes, sin que el Código distinga entre si estos dos últimos son legítimos ó naturales, y sin que comprenda á otros parientes, incluso los hermanos. Debe darse al precepto interpretación literal por su carácter limitativo, sin que excluya lo que el mismo dice, de que, para calificar la intimidación, debe atenderse á la edad, al sexo y á la condición de la persona, fórmula más racional que la dada por la ley romana, pues á ella ha llegado la influencia ética del Derecho canónico.

El miedo no ha de ser el llamado por los moralistas *mujeril*, si que el de varón constante, producido por un mal en la persona y bienes del contratante y de los que por la ley son sus legitimarios; ese mal ha de ser injusto, pues no maleficia quien usa de su derecho. El temor ha de ser racional y fundado, de modo que en su producción debe mediar seriedad y posibilidad de que se realice por quien tenga de su parte medios para ello, según las circunstancias del caso. Ha de existir proximidad entre su realización y el hecho de prestar el consentimiento con ese vicio, esto es, cuando todavía el contratante no se ha sustraído á los efectos de la acción que en su ánimo produjo, sin que puedan desatenderse, para la apreciación del mismo por los Tribunales, no ya solo la edad, el sexo y la condición de la persona, si que otras circunstancias, tales como su capacidad, cultura y posición social.

El temor de desagradar á las personas á quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato; éste es el llamado miedo reverencial, distinto de aquél. Cabe también que el temor se emplee bajo la forma de amenaza de destituir, despedir ó desheredar á una persona, lo cual no constituye desagrado, si que verdadera coacción, cuya gravedad, para la invalidación del contrato, corresponde apreciar á los Tribunales.

Las leyes 14 Dig. DE QUOD MET. CAUS.; 9 Dig. DE EOD., y 5 Código DE EOD., declaran nulo el contrato contraído con violencia, aunque haya sido ejercida por un tercero en cuyo provecho se hubiese

celebrado el contrato. La ley 6.<sup>a</sup> Dig. QUOD MET. CAUS. y la 9 Código DE HIS. QUOD VI. MET. CAUS. exigen, como condiciones del miedo para que se pueda invalidar el contrato, que provenga de hechos capaces de imponer á un hombre de espíritu no apocado. Además, según las leyes 4, 5, 7, 8 y 9 Dig. QUOD MET. CAUS., el objeto de la amenaza ha de ser un mal grave é inminente para el contratante ó para sus hijos (el Código lo hace extensivo al cónyuge y á los ascendientes), como la pérdida de la libertad, alguna fuerte pena corporal, el estupro ú otros padecimientos semejantes. Las amenazas de personas constituidas en autoridad, solo anulan el contrato si se hubiesen excedido manifiestamente en sus facultades (ley 3.<sup>a</sup> Dig. íd.); pero el temor á la infamia ó á alguna vejación, no produce tal nulidad (ley 7.<sup>a</sup> Dig. QUOD MET. CAUS.). Habiéndose consumado ó ratificado el contrato después de desaparecido el miedo, aquél es válido (ley 2 Cód. DE HIS. QUAE VI MET. CAUS.)

El dolo fué definido en el Derecho romano OMNES CALLIDITAS, FALLATIA VEL MAQUINATIO, AD CIRCUNVENIENDUM, FALLENDUM VEL DECIPIENDUM ALTERA ADEVITAS. No se presume, debe ser probado (ley 6 Cód. DE DOLO); es causa de nulidad del contrato cuando los manejos practicados por una de las partes son tales que sin ellos la otra no hubiera contratado (ley 1.<sup>a</sup>, íd.; ley 7 y 9 Digesto DE PACTIS).

Prescribe el Código (art. 1.269) que hay dolo cuando, con palabras ó maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro á celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. Debe probarse, lo mismo que el error, sin que quepa el presumirlo (Sent. de 3 de Noviembre de 1896).

El dolo puede emplearse por medio de palabras *mentirosas, encubiertas ó coloradas que dicen con intención de los engañar é de los decibir*, como expresa la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 16, Part. 7.<sup>a</sup>, ó por medio de hechos constituyentes de maquinaciones, unos y otras insidiosos; su esencia es el engaño y puede revestir distintas formas, sin rebasar los linderos de la estafa; ésta es el dolo malo, distinto del que, por contraposición, se llama dolo bueno, en sus dos clases: DOLUS CAUSAM DANS, que, esencial, invalida el contrato, y DOLUS CAUSAM INCI-DENS (incidental) que solo obliga al que lo empleó á indemnizar de daños y perjuicios.

El dolo, para que produzca la nulidad del contrato, debe ser grave, apreciada esta circunstancia en cada caso, sin que baste invocar un engaño burdo de que muchas veces suelen ir acompaña-

dos los contratos, fácilmente comprobable, si que la verdadera maquinación el llamado *enartamiento*, bajo cuyo pernicioso influjo es llevada la voluntad á lo que, en manera alguna se hubiera propuesto hacer el contratante.

Si se emplea por ambos otorgantes, y éste es el dolo mútuo, el contrato es valido, por compensarse el dolo. Puede causarlo un tercero en connivencia ó, cuando menos, con conocimiento del favorecido; entendemos que en este caso hay nulidad de contrato.

Es de citar la siguiente doctrina: Afirmándose por la Sala sentenciadora que medió dolo ó engaño en la entrega del precio de una venta, pero no el dolo causante del consentimiento, y por afectar aquello á la consumación del contrato y no á su perfección, que son actos distintos, no puede acordarse la nulidad de la escritura. (Sentencias de 22 y 27 de Junio y 22 de Octubre de 1894). La mera presentación en un contrato de cédula con inexactitud en la edad del contratante no constituye dolo (Sent. 24 Junio de 1898).

No puede invocarse el dolo para pedir la nulidad del contrato de venta, cuando eran conocidas las causas del inmueble, según aparecía de subasta judicial y además la publicidad del Registro se opone á la ocultación maliciosa supuesta (Sent. 8 Abril 1903).

### Del objeto de los contratos

Lo constituyen las prestaciones económicas en sus dos clases de cosas y de servicios; unas y otros han de ser lícitos y posibles. Las cosas han de estar en el comercio de los hombres, por ser supuesto de las mismas su utilidad. El contrato puede referirse á las presentes y á las futuras, con excepción de la herencia venidera, respecto de la cual no pueden celebrarse otros contratos cuyo objeto no sea practicar entre vivos la división del caudal. Y es que son inmorales los contratos que con la herencia futura se refieren, por implicar un secuestro de la voluntad del causante de los bienes. Por esta circunstancia fueron proscritos los pactos sucesorios que, según Cimbali, precedieron en Roma á los testamentos.

Esos pactos no coartaban en absoluto la libertad de su autor, pues, no obstante su celebración, podía contravenirlos otorgando testamento. No lo entendió así el Derecho germánico que los consagró en respeto al principio de entera libertad informadora de sus instituciones. Permitieron las Partidas el contrato de sociedad sobre

bienes que heredasen en lo futuro los socios de persona no determinada; autorizaron esos pactos en los militares cuando, dispuestos á entrar en batalla ó amenazados de peligro, se instituían recíprocamente herederos para el caso de morir uno de ellos sin revocarlos. Aquella y esta permisión no las registra el Código, bien que, de soslayo, reconoce, no dándoles tal nombre, en los arts. 177, 827, 831, 1.056 y 1.331, aún cuando mantiene erguida la regla general de que sobre la herencia futura no cabe contrato alguno, salvo las excepciones contenidas en dichos preceptos y el 1.056.

Las cosas que pertenecen al pasado no pueden ser materia de contrato: ¿qué utilidad se puede sacar de ellas? Siendo de aludir lo dispuesto en el art. 1.460; pero tampoco cabe tomar esto en absoluto, porque puede celebrarse el seguro de una cosa que ha perecido, cuando de buena fe lo ignora el asegurado. Este factor ético hace que tenga eficacia lo que en otro caso no la tendría por falta de objeto.

La aparición de la cosa futura, supuesto de contratación, puede depender de condiciones ó de la realización de un hecho rigurosamente aleatorio, y en la duda de si es lo primero ó lo segundo, debe reputarse celebrado el contrato bajo condición.

Asimismo puede contratarse sobre derechos futuros, con ciertas y poderosas restricciones, de modo que no impliquen la abdicación del todavía no adquirido; en caso contrario no puede surtir efecto. Consúltense los arts. 931, 1.102 y 1.935.

Las cosas ó servicios imposibles no pueden ser objeto de contrato. La imposibilidad es de dos clases: absoluta y relativa; la primera lo anula; la segunda permite que sea perfecto, aún cuando no pueda cumplirse.

El objeto debe ser una cosa determinada en cuanto á su especie, esto es, que el género esté expresado, aunque no se determine el individuo del mismo, porque la ley suple la indeterminación, prescribiendo que el acreedor no tiene derecho á exigir una de las mejores, ni el obligado, á entregarla de las peores.

La indeterminación en la cantidad no será óbice para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes; habiendo, pues, bases en el convenio, para esa determinación, ó cuando por alguna cláusula se fije un límite, aunque elástico, es válido el contrato, sin que pueda fiarse esa determinación á uno de los contratantes; esto provocaría la mala fe, como tampoco cabe dejarla á un nuevo acuerdo de

aquéllos, pues si tal ocurriese, éste y no el primitivo contrato sería el cumplidero. La frase «más ó menos» no implica indeterminación. La obligación alternativa con un objeto determinado y otro indeterminado, y cuya determinación no se hubiese hecho, ni fuera posible hacerla sin un segundo contrato, se reputa válida, como pura y simple, respecto del conocido. A veces cabe verificar la determinación en forma de equivalentes de valor por ejemplo, cuando las partes han establecido la elección entre una cosa ó dinero.

Hasta para que se considere ilícito el objeto del contrato su oposición á una ley cualquiera de carácter preceptivo ó prohibitivo; es de citar la Sent. de 15 de Enero de 1904 que considera nulos los pactos que tiendan á alterar el precio de las cosas.

Estan fuera del comercio y, por tanto, no pueden ser objeto del contrato los cargos públicos, las substancias venenosas y, en general, los medicamentos no despachados en las farmacias, las armas ó explosivos por quien no se halla autorizado, los monopolios fiscales, los objetos que constituyen contrabando, los derechos inherentes al Poder público y los de carácter político, como el sufragio, etc.

Según el Derecho romano, todo contrato debe tener por objeto una cosa sobre la cual verse la obligación de dar, hacer ó no hacer (Inst. § últ. DE VERB. OBLIG.) Las cosas, tanto corporales como incorporeales, no han de hallarse exceptuadas del comercio de los hombres, lo mismo las presentes que las futuras (ley 1.<sup>a</sup> Dig. DE PACT.; Inst. § 2 DE INUT. STIP.) Producirá efecto la obligación cuyo objeto, aunque prohibido á ciertas personas, no lo esté respecto al que lo ha de recibir (ley 34 Dig. DE VERB. OBLIG.) La cosa debe ser cierta y determinada, á lo menos en cuanto á su especie; la cantidad y cualidad de la misma deben ser ciertas, aunque dependa su determinación de un hecho posterior (leyes 94 y 115 Dig. DE VERB. OBLIG.) La sucesión futura no puede ser objeto de contrato; sino con el consentimiento de la misma, no revocado (ley 30 Código DE PACT.).

### De la causa

La causa del contrato es el supuesto del mismo; no es solo un motivo impulsivo de la voluntad, si que el propósito del individuo de buscar un equivalente de aquello á que se obliga; por ejemplo, en el contrato de compraventa, la causa respecto del vendedor es el precio, porque por eso se desprende de la cosa; la adquisición de

ésta es la causa con respecto al comprador (así se declaró en Sentencia de 6 de Mayo de 1902); de modo que el equivalente es el supuesto del contrato; sobre él giran las voluntades y es de varias clases, según se trate de un contrato oneroso remuneratorio, de beneficencia ó de mera liberalidad. En el contrato oneroso el equivalente está en aquello que uno entrega por lo que ha de recibir, habiendo por tanto ecuación en las prestaciones económicas; si no se corresponden en esa reciprocidad, cabe recurso para remediar la equivocación, no siempre, sino en algunos casos. En los contratos remuneratorios, el equivalente se halla pre establecido á la remuneración. En los de beneficencia, el equivalente es puramente espiritual; lo constituye el deseo de otorgar un beneficio, con su correspondencia, que es la gratitud.

Los contratos sin causa ó con causa ilícita no producen efecto. Es ilícita la que se opone á las leyes ó á la moral. Regístrase la Sent. de 24 de Febrero de 1904, de que la causa de los contratos es distinta del móvil que pueda impulsar á las partes á celebrarlos. La causa es el supuesto jurídico, constituido: en los contratos onerosos, por la prestación ó promesa de un servicio por la otra parte; en los remuneratorios, por el servicio ó beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor; de modo que la causa viene á ser el supuesto del contrato, en tanto que el móvil es el acto impulsivo de la voluntad de los contratantes. Es también de citar la Sent. de 13 de Julio de 1899 de que, rescindido, de común acuerdo, un contrato con otro, basta que el anterior en fecha atribuyera derechos á una de las partes para que su rescisión sea causa suficiente del lucro ó ganancia que por el segundo se reconozca á la misma.

Hemos dicho que en los contratos remuneratorios cuyo supuesto ó causa es el servicio, tiene que haber también equivalente; si la recompensa es notoriamente exagerada, el exceso considérase sin causa y, por ende, ineficaz, á menos de que revista carácter de donación, si hubo propósito de hacerla con las consecuencias posibles si fuere excesiva.

La expresión de una causa falsa da lugar á la nulidad del contrato, si no se prueba que estaba fundado en otra verdadera y lícita. (Sents. 14 Marzo 1891, 30 Marzo de 1898 y 12 Abril de 1899). Son cosas distintas, la verdad de la causa y la verdad de las manifestaciones de los contratantes; lo primero produce la nulidad; lo segundo no invalida el contrato, aún cuando puede dar lugar á re-

clamaciones por los perjuicios que hubiesen sufrido aquéllos (Sentencia de 16 de Diciembre de 1897).

No es preciso que se exprese la causa en el contrato; se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Confúndese la causa falsa con la simulación, por más que, á veces, presentan analogía, como se ha declarado en Sents. de 11 de Octubre de 1865 y 24 de Marzo de 1884, declarativas de que los contratos simulados ó sean los celebrados con causa falsa no surten efecto; esa simulación lleva consigo, necesariamente, la falsedad de la causa (Sent. de 23 de Noviembre de 1897); pero este criterio solo puede aplicarse en absoluto á contratos anteriores al Código. La simulación significa la contradicción entre lo que se propusieron hacer los contratantes y lo que resulta del contrato; es de carácter voluntario, en tanto que la falsedad de la causa no lleva consigo esa voluntariedad, mejor, el consentimiento puro; antes éste se halla tocado de error esencial ó de dolo grave. La causa debe existir en el momento del contrato, pero á veces, es constante, porque el cumplimiento de aquél no es de una vez, sino en varias y sucesivamente, como en el arrendamiento, pues si éste no puede realizarse, que fué el supuesto jurídico de la convención, ésta carece de causa y, por ende, es ineficaz.

La Sent. de 8 de Marzo de 1906 explica con claridad lo que se entiende por causa de los contratos, diciendo que es la realidad de los motivos que dieron lugar á su celebración, y que, no existiendo cuando hubo error substancial de hecho, procede la nulidad de la convención. Así, por ejemplo, confiesa uno deber una cantidad á otro, creyendo que se la debe y resulta que no hay tal deuda; tendremos que hay causa pero es falsa. Se simula una compraventa, pero, en realidad, ni el vendedor se ha desprendido de la cosa, ni el comprador ha entregado el precio; ese contrato se ha hecho para evitar que los acreedores del primero embargaran aquélla. En este caso hay un contrato sin causa. Se remunera equivocadamente un servicio no prestado: inexistencia de causa; se emplea engaño, diciendo que el servicio se ha prestado y realmente no lo ha sido: hay causa, pero falsa, porque no faltó motivo para la retribución. Esta no puede surtir efecto, porque medió engaño para obtenerla, suponiendo un servicio no realizado.

Las obligaciones contraídas sin causa (esto es, la verdadera superchería) ó con causa falsa no producen efecto, y podrá recobrase

lo entregado por las obligaciones cumplidas de esa manera (leyes 11 Dig. DE APELL.; y 50 Dig. DE JUR. DOT.); lo mismo procede si la obligación es nula ó ha desaparecido (ibid). Procede la devolución de los recibos y prendas entregados bajo la esperanza de un préstamo no hecho (leyes 1.<sup>a</sup> Dig. DE CONDIT. SIN. CAUSA.; y últ. Código DE COND. EX LEG.; y últ. Cód. DE SOLUT.)

Si la falta de causa existiese solo con respecto á una parte de lo entregado, unicamente tendrá lugar en ella la repetición (ley 3.<sup>a</sup> Digesto DE CONDIT. SIN. CAUS.)

Añaden las leyes 2.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> Dig. OB TURB. CAUS. y 9.<sup>a</sup> Dig. DE DOLI MAL. EXCEPT., que no podrá repetirse lo dado para corromper al Juez ó procurador de la parte contraria, ni lo satisfecho á una ramera, ni lo que diese el ladrón para no ser descubierto, y prescribe la ley 5.<sup>a</sup> Cód. DE COND. OB CAUS. DAT., que lo arriba dicho no procede si la causa, aunque prohibida por la ley, no es contraria á la razón ni á la moral, en cuyo caso, no habiéndose cometido el hecho prohibido por la ley, habrá lugar á la repetición de lo entregado para que se ejecutase.

A la luz de estas citas legales se distingue entre causa ilícita, que es la prohibida por la Ley y causa torpe ó sea la contraria á la razón y á la moral. La primera lleva, *per se*, la nulidad del contrato, aún cuando no se haya consumado; en tanto que la segunda, si no existe tal consumación y á base de que el contrato no se haya opuesto á la ley, da derecho á la repetición de aquello que se hubiese entregado. Pero ¿pueden considerarse subsistentes esas leyes, especialmente las del primer grupo de este estudio referentes al caso de que se corrompa al Juez ó al procurador de la parte contraria? En manera alguna, porque pugnan con el Derecho público moderno; el Juez que pone precio á la vara de la Justicia prevarica, de cuyo delito también es responsable el sobornante y claro que, habiendo un hecho justiciable con sanción penal para ambós reos, y puesto que existe nulidad de origen, es aplicable al caso el artículo 1.305, que priva de toda acción entre sí á los contratantes, dándose, además, á las cosas ó precio que hubieren sido materia del contrato la aplicación prevenida por el Código penal respecto á los efectos é instrumentos del delito ó falta.

### De la eficacia de los contratos

Debe distinguirse entre existencia, validez y eficacia del contrato. Esta última supone que aquél se ha celebrado y que no adolece de vicios, pero que reviste la forma exigida para su obligatoriedad. De manera que la eficacia no dice al fondo sino á la revelación formal de acto jurídico. Por esto prescribe el art. 1.278 que los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, que son: capacidad en los contratantes, consentimiento de éstos, objeto lícito y causa que no sea contraria á la ley y á las buenas costumbres ó sea á la moral.

El Legislador, dando la espalda al sistema formulista ó formula-rista del Derecho romano, que hemos presentado al hacer la historia de la contratación, consagra el principio de libertad proclamado en la ley única tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá, que precedió en tres siglos al Código de Napoleón, al cual se han ajustado las legislaciones de los estados latinos europeos frente á otra tendencia, no espiritualista como aquélla, sino prevencionista, como la llamaríamos, buscando en la formación de todo contrato la prueba preconstituída de su nacimiento, lo mismo que hace la escuela alemana y prescriben los Códigos inspirados en estas ideas.

Dícese, erroneamente, que la directiva moderna es la espiritualización absoluta del contrato, haciendo que sea eficaz (cosa distinta de la validez) cualquiera que sea la forma que revista, pues lo importante es el fondo. Quienes así opinan, apóyanse en estas palabras de D'Aguanno: «La evolución de los contratos ha consistido especialmente en ir sustituyendo la sustancia á la forma, en dar carácter coercitivo á lo que ha sido objeto de la convención, en vez de dársele á las palabras y á las fórmulas.»

Estamos relativamente conformes con este profundo sentir; pero no se diga, tan la á llana, que la tendencia moderna es desentenderse por completo de la forma en la contratación, antes cobra importancia el intervencionismo del Estado para que no se escapen de las exigencias de la ley los fenómenos jurídicos, y así aparece, no ya solo en los Códigos influenciados por la doctrina alemana, sino en los de los pueblos de raza latina: allá va la prueba. Prescribe el art. 1.184 del Código argentino que deben ser otorgados en escritura pública,

bajo pena de nulidad, los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad ó usufructo ó alguna obligación ó gravamen sobre los mismos, los trasposos de derechos reales, las particiones extrajudiciales de herencia cuyo caudal exceda de mil pesos, ó en las que haya bienes inmuebles, cualquiera que sea su valor, los contratos de sociedad y la prórroga de los mismos cuando el capital de cada socio pase de mil pesos ó se aporten bienes inmuebles y las constituciones de dote que excedan de dicha suma. Precepto análogo registra el Código mejicano, de que la venta de bienes inmuebles cuyo valor exceda de 500 pesos deberá otorgarse en escritura pública, requisito también exigido por el artículo 1.638 del Código del Uruguay que lo hace extensivo á la constitución de censos y á las adquisiciones de bienes por título de herencia so pena de no considerarlos perfectos ante la ley; de este sentir se separa el Código chileno que obliga solo á la inscripción en el Registro de la propiedad de los contratos sujetos al mismo para que se tenga la verdadera posesión real y efectiva, pues quien no los inscriba, no tiene otro carácter que el de mero tenedor.

No puede decirse, pues, que la tendencia moderna sea la espiritualización absoluta del contrato; recientes son los códigos americanos antes aludidos, cuyos legisladores, lejos de encerrarse en un eclecticismo, tuvieron muy en cuenta las palabras de Portalis de que el Poder público tiene derecho á regular las disposiciones de los bienes por las leyes comunes. No es que, con esto, se pretenda sacrificar el fondo á la forma; no se niega la validez del contrato cuando surge, por los fueros de la voluntad, bajo el patrocinio de la Ley y en un ambiente ético, sino que el contrato, para tener eficacia, debe traducirse en la forma de derecho pre establecida, en evitación de fraudes y supercherías que á la Sociedad importa prevenir.

Si la Ley exigiera el otorgamiento de escritura ú otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente á llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez (art. 1.279).

Los hombres no pueden revelarse contra la Ley y, de consiguiente, el pacto por el cual y en absoluto se relevan de la obligación de otorgar escritura cuando esta forma es la exigida, no es válido, puesto que esta norma se ha puesto por interés público. (Véase la Sent. de 3 de Noviembre de 1902). Pero no está prohibido el pacto por el cual se aplaza el otorgamiento de la escritura.

La forma es en ciertos casos, requisito exigido para la validez del contrato; ejemplo de esto lo tenemos en las donaciones de bienes inmuebles y en la constitución de hipoteca (arts. 633 y 1.875); ni aquella es válida, ni ésta se considera constituida si no se otorgan en escritura pública; pero da derecho el contrato en el que se haya convenido el establecimiento de una hipoteca, á que las partes puedan compelerse al otorgamiento de la escritura.

Los contratantes no tienen obligación de compelerse recíprocamente, sino derecho á que se otorgue la escritura cuando haya intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para la validez del contrato; sin esto último no cabe aquéllo, y aún cuando se hayan verificado actos del contrato, puede pedirse el otorgamiento de escritura, como se declaró en Sent. de 17 de Abril de 1897, sin que la circunstancia de no haber hecho uso de esa facultad, que no es obligación, enerve la acción del acreedor (Sent. 3 Mayo de 1897). De manera que dicha formalidad constituye una condición implícita de todo contrato que la exige, aunque á ello no se hubieren obligado expresamente los contratantes (Sent. 19 Octubre de 1901), siendo también de citar la muy importante de 1.º de Julio de 1901, de que, según doctrina del Tribunal Supremo, el art. 1.279 del Código no desvirtúa en nada la fuerza obligatoria de los contratos que las partes celebren, cualquiera que sea la forma en que lo hagan, ni su eficacia cuando lo cumplimentan, aún antes de elevarlos á escritura pública, creándose así un estado de derecho que no puede menos de afectar á los que no intervinieron en tales contratos si estos extraños no hacen derivar su acción de algún título más privilegiado por su naturaleza ó porque hallándose inscrito en el Registro pueda obstar la inscripción á la trascendencia del contrato, respecto de tercera persona, aparte de que la ley no da acción alguna al extraño para exigir el cumplimiento de lo prescrito en el art. 1.280.

No tratándose de la donación de inmuebles, el contrato, cualquiera que sea la forma en que se celebre, es válido y así lo declaran las Sents. de 11 de Mayo de 1903, la de 2 de Diciembre de 1902 referentes á las sociedades civiles y mercantiles, la de 12 de Julio de 1904 respecto á la venta de bienes inmuebles, pudiendo consultarse la de 8 y 13 de Enero y 9 y 10 de Octubre del mismo año, 7 de Febrero de 1905, 6 de Febrero de 1906 y 8 de Febrero de 1909 que aplican el art. 1.279.

Deberán constar en documento público los contratos á que se refiere el art. 1.280, que luego diremos. El Legislador emplea la

palabra «documento público», porque, en algunos casos enumerados por la ley, tales como las capitulaciones matrimoniales (art. 1.234) y la repudiación de herencia (art. 1.308) no es preciso que el acto jurídico revista la forma de escritura pública; ésta constituye la regla general.

Deben constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación ó extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. 2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis ó más años, siempre que deban perjudicar á tercero. 3.º Las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlas valer contra terceras personas. 4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios ó los de la sociedad conyugal. 5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó que haya de perjudicar á tercero, y 6.º La cesión de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

En esta relación no comprende el art. 1.280 el compromiso para el nombramiento de árbitros ó amigables componedores y la adopción, el cual, según los arts. 792 de la ley de Enjuiciamiento civil y 179 del Código, debe constar en escritura pública; ésta, aunque necesaria tratándose de concesiones de ferrocarriles, no lo es respecto de concesiones de marismas, por no exigirlo ni la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, ni la Instrucción de 20 de Agosto de 1883 (Res. de 10 de Abril de 1894). La reserva de una cantidad para dotar á un hijo no puede obligar al padre á que realice lo que fué un mero propósito ó deseo manifestado en dicha forma (Sent. 22 Diciembre de 1897).

#### De la interpretación de los contratos

Por ésta se reconstituye el pensamiento de los contratantes cuando no fué claramente reflejado ó lo ha sido de un modo deficiente, ya hubiesen ellos redactado el documento, ya otra persona técnica ó profana en el Derecho. La interpretación no puede llevar al absurdo y así lo prescribe la Observancia única FORI EDITI APUD EXEAM, la cual añade que no admite aquélla á CONTRARIO SENSU, á

no ser que hubiere disposición contradictoria, como tampoco cabe, y así lo prescribe la Observancia 3.<sup>a</sup> DECLARACIONES MONETATICI, cuando se invoca, como caso semejante al dudoso, lo que fuere contrario á la razón ó á la equidad. Tratándose de la interpretación que debe darse á las cartas ó documentos, no son aplicables las Observancias DE PROBATIONIBUS FACIENDIS CUM CHARTÆ y DE FIDE INSTRUMENTORUM (Sent. 13 Enero de 1873).

En Aragón se atiende al principio *STANDUM ET CHARTÆ*, al cual debe atenerse, y no se permite dar á una cláusula, en un testamento, distinta interpretación de la que tiene (Sent. 10 de Octubre de 1863); la de 23 de Junio de 1864 enaltece ese principio.

El art. 1.281 proclama también la soberanía del contrato y el respeto á sus cláusulas, á cuyo sentido literal se ha de estar, si no dejan dudas acerca de la intención de los contratantes. Mediando oposición entre las cláusulas y la intención, ésta prevalece sobre aquéllas, porque no la palabra escrita, si que la voluntad es la generadora del acto jurídico.

Mediando claridad en las cláusulas, no puede haber interpretación (Sents. 15 de Diciembre de 1871, 21 de Junio de 1872, 30 Junio de 1890, 18 Enero de 1892 y 19 de Noviembre de 1897). Las simples dudas ó impresiones de carácter subjetivo no encajan completamente dentro de los moldes de la casación (Sent. 6 de Octubre de 1908); de manera que la duda debe ser real, no supuesta, cuando las palabras y la intención pugnan entre sí, para que pueda aplicarse el art. 1.281.

Existiendo, pues, esa contradicción entre el fondo y la forma, debe juzgarse cuál sea la intención de los contratantes, y nada la revela mejor que los actos coetáneos y posteriores al contrato, así como los anteriores al mismo, constituyendo á modo de interpretación auténtica, pues aquéllos fueron soberanos, condicionalmente, en la producción del fenómeno jurídico.

La interpretación apoyada en esos actos no puede hacerse cuando aparece con claridad suficiente esa intención (Sents. 14 Julio y 27 de Octubre de 1891); de manera que constituyen un guía supletorio, siendo de añadir que, según Sent. de 21 de Noviembre de 1908, deben consultarse los hechos que precedieron al contrato, las circunstancias que les acompañaron, la intención y propósito de los otorgantes, no menos que los actos subsiguientes con ellos relacionados, para poder declarar la efectividad ó eficacia de la obligación contraída, procurando armonizar, al resolver la cuestión, las cláu-

sulas que puedan parecer contradictorias, contenidas en el contrato. De forma que, no excluyendo el art. 1.282 los actos anteriores para, con ellos, poder reconstituir el pensamiento de los otorgantes, aquéllos, los coetáneos, los posteriores y cuantas circunstancias les acompañen, constituyen los elementos de juicio para resolver la duda real surgida con la colisión entre la intención y las cláusulas del contrato.

La ley 219 DE VERB. SIGN. prescribe—y de esto no se ha separado el Código civil—que en los contratos debe atenderse, más bien á la común intención de los contratantes que al sentido material de las palabras; sin embargo, las transacciones, como contratos de estricto derecho, no admiten más inteligencia que la genuina y literal; añadiendo la 34 Dig. DE REG. JUR. y 3.<sup>a</sup> Dig. DE REB. CRED., que las dudas acerca de la extensión de las obligaciones deben resolverse en el sentido en que, con actos posteriores, manifiesten haberlo entendido las partes.

Cuando la intención es evidente, á ella debe acudirse; pero no en otro caso, para que goce de preferencia á los términos de la escritura y, de consiguiente, no apareciendo aquélla, el Registrador debe suspender la inscripción, dejando la solución del asunto á la libre voluntad de los interesados ó al fallo de los Tribunales (Resolución 30 Septiembre 1899). Esa intención ha de ser la que se identifica con el consentimiento, y puede probarse por los medios que hayan, *principalmente, por los actos coetáneos y posteriores*, cuyo adverbio, empleado en el art. 1.282, no excluye los anteriores, que constituyen la historia del contrato.

La interpretación está subordinada á la prueba del contrato; si éste no se acredita, mal puede verificarse aquélla: no se infringe la ley del contrato cuando la Sala sentenciadora interpreta su contexto combinándolo con el resultado que ofrecen las demás pruebas practicadas, si de ellas se deduce claramente cual fué la verdadera voluntad de las partes según el objeto que se propusieron.

La interpretación de las partes constituye la interpretación legítima ó auténtica de la norma cuando esté dada de común acuerdo, y por esto se dice, en Sent. de 24 de Abril de 1904, que ante la interpretación dada por aquéllas, no es lícito arbitrar otra, siquiera esté basada en los términos literales de las escrituras, máxime no habiendo provocado cuestión sobre el particular los mismos interesados.

Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contra-

to no deberán entenderse comprendidos en él casos diferentes y cosas distintas de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar. Así lo prescribe el art. 1.283, parejo de la ley 9, últ. Dig. DE TRANS.; añadiendo la 81 Dig. DE REG. JUR. y 56 Digesto DE MAND. que cuando, para mayor explicación, se ha expresado en el contrato un caso particular, no se entiende que las partes han querido restringir la extensión que por Derecho tiene la obligación en los casos no expresados. En los contratos deben suplirse todas las cláusulas de estilo, aunque no se hayan consignado (ley 31 Digesto DE EDIL. EDICT.).

Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto (art. 1.284). La palabra cláusula significa cerrar y es un periodo de oraciones que reflejan un sistema de pensamientos completos. Así es que, dentro de un párrafo pueden haber varias cláusulas ó resultar éstas distribuidas en distintos extremos ó apartados del contrato, según sea el estilo del que lo redacta. La cláusula debe tener sentido, es decir, modo de hacer entender el juicio que se hace de algo, dentro del todo jurídico documento, y cuando tiene diversos sentidos debe entenderse en el más adecuado para que produzca efecto la convención jurídica, y, de esta suerte, se realice el propósito de los que la establecieron, por ser de presumir que ésta fué su voluntad.

Puede resultar que una cláusula pugne con el conjunto de otras, en cuyo caso, apareciendo éstas perfectamente definidas y no pugnando su contexto con la moral ni con la ley, atraen, para la interpretación, la cláusula dudosa, subordinándose todas al sentido general del contrato, á fin de que produzca efecto.

Para tener aplicación el art. 1.284 es preciso que haya duda entre dos cláusulas rivales y que no se trate de oraciones ó elementos analíticos de la cláusula, pues el Legislador solo permite la interpretación de ésta, reflejadora del pensamiento completo, y no de aquéllas, que son signo del pensamiento incompleto.

Las leyes 80 Dig. DE VERB. OBLIG. y 67 Dig. DE REG. JUR. prescriben, al igual que lo hace el Código, que cuando una cláusula pueda tener dos sentidos, se debe desechar aquel que no permita la efectividad de la convención, por conducir á lo absurdo, y añaden las leyes 167 Dig. DE REG. JUR. y 80 Dig. DE VERB. OBLIG., que cuando una cláusula tenga dos sentidos, se preferirá el más conforme con la naturaleza del contrato. Las leyes 126 Dig. DE VERB. SIGN. y 134 Dig. DE VERB. OBLIG. establecen una prescripción no

registrada en el Código, consistente en que siempre que los dos sentidos de una cláusula sean igualmente conformes á la naturaleza de un contrato, se atenderá á las demás del mismo para decidir la duda.

Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo á las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (art. 1.285).

El Legislador estableció en esta regla de hermenéutica contractual un principio lógico: el de abarcar con el discernimiento el todo jurídico «documento» para derivar su sentido, esto es, la manera de presentarse el juicio global de aquello que se examina, y hecha esta operación lógica, si resulta contradicción entre unas cláusulas y otras, á la luz de ese juicio, unas sirven de supuestos interpretativos para las otras. El discurso, de esta manera, se concatena y resulta desvanecida la duda, poniendo siempre la mira en no atender á la naturaleza del contrato y en procurar que éste surta sus efectos.

No es que unas cláusulas se sacrifiquen á otras, sino que, al interpretarlas, se rinde respeto al conjunto de todas y al sentido que del mismo se deriva.

Son incompatibles en un contrato la cláusula en que una parte se da por pagada de su legítima con aquella otra donde se dice que, si las particiones se practicaran y apareciera corresponder más al interesado, tendría éste derecho á percibir la diferencia; esta última cláusula se subordinó á la necesidad de probar el perjuicio sufrido (Sent. de 10 de Enero de 1899).

Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme á la naturaleza y objeto del contrato (art. 1.286). Las palabras son los signos de las ideas; las ideas son los materiales lógicos de las oraciones y las oraciones, integrándose, revelan el pensamiento completo. El sentido hace á la cláusula y á la oración, en tanto que la acepción dice á las palabras; no hay que buscar en éstas la técnica, sino lo que sea más conforme á la naturaleza y objeto del contrato; que éste no es siempre una ley formada por eruditos.

Las palabras «objeto del contrato» empleadas en el precepto, significan, no la materia del mismo, sino el propósito de los contratantes, así como el léxico «naturaleza» indica, no lo concreto de cada convención, sino lo general de ésta, dentro del grupo á que pertenece.

El Código no ha sido lo explícito que el Derecho romano; éste, en la ley 73 Dig. DE REG. JUR. dice que las palabras superfluas y

las que no tienen ni pueden tener sentido se reputan no escritas; añade la ley 92 *íd.* que los errores de escritura, que pueden ser rectificados por el contexto de todo el contrato, no impiden su efecto. Tan explicativa es esa legislación, dando pautas para interpretar, que prescribe en las leyes 9.<sup>a</sup> Dig. DE STIP. PRÆD., y 52 Dig. DE VERB. OBLIG. que las obligaciones otorgadas á consecuencia de alguna disposición judicial deben interpretarse, en caso de duda, con arreglo á la misma; y que en los contratos, la obligación de prestar una pensión anual se entiende perpetua (ley 16 Dig. DE VERB. OBLIG.) Por si no fueran bastantes estas reglas, estatuye la ley 50 Dig. EOD. que la promesa de no impedir el goce de alguna cosa, no ya solo contiene la obligación de no vedarlo personalmente, si que también la de procurar que el estipulante pueda gozarla. La promesa de no transpasar alguna cosa á un tercero contiene también la prohibición de transmitirla por vía de sucesión (ley 165 Dig. EOD.), prohibición absoluta de enajenar, que, por castrar el *JUS DISPONENDI*, el más principal del dominio, no autoriza el Código.

La Legislación romana fué aún más pródiga en esas pautas, prescribiendo en las leyes 157 Dig. DE VERB. SIGN.; 116 Dig. DE VERB. OBLIG., 21 Dig. DE SOLUT., y 42 DE VERB. CREDIT. que la obligación de entregar la parte de una deuda que no se perciba de un tercero, comprende el todo si éste nada pagase. Cuando el contrato se refiere á una época presente ó futura, no habiéndose expresado cual sea ésta, se entenderá la más próxima á la celebración de aquél (ley 41 Dig. DE VERB. OBLIG.) La promesa hecha para antes de alguna época, se entiende para el primer día de la misma (leyes 13 y 56 Dig. DE VERB. OBLIG.) La obligación de entregar una cosa en un espacio de tiempo no es exigible sino después de transcurrido todo; pero en el entretanto puede cumplir el deudor (leyes 42 y 138 Digesto *íd.*, y 50 Dig. DE OBLIG. ET ACT.); no obstante, la promesa de dar en el día presente puede exigirse antes de concluir (ley 118 Digesto DE VERB. OBLIG.) Las estipulaciones hechas para el día de la muerte de uno de los contrayentes solo tienen efecto, ocurrida la muerte natural (ley 114 Dig. *íd.*) El valor de la cosa contratada comprende la estimación y cantidad de la misma (ley 232 Digesto DE VERB. SIGN.)

El Código no ha establecido tantas reglas de interpretación; incluye como uno de los órganos de la misma el uso ó la costumbre y emplea estas palabras como sinónimas, sin la diferencia que entre las mismas señalaron las leyes 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del tít. 2.<sup>o</sup>, Part. 1.<sup>a</sup>; pero

ese derecho vulgar, como lo llama Costa, ha de ser el de cada país; éste ¿es el de la residencia de los contratantes, aquel en que se encuentra la cosa, el de la celebración del contrato, ó el de su cumplimiento? No puede darse *á priori* una regla que resuelva la complejidad de casos, tantos como contratos puedan presentarse, pero adviértase que el uso ó la costumbre, el derecho espontáneo, viene á ser aclaratorio del contrato, como ley, cuando se presenta con ambigüedades, y siendo cierto que los contratos en cuanto á su celebración se rigen por el principio *LEX LOCI CONTRACTUM*, debe concluirse afirmando que el uso ó la costumbre aplicable es el del lugar en que se produjo el fenómeno jurídico, á menos que resulte que los contratantes quisieron referirse al lugar de la cosa, nunca al domicilio ó residencia de ellos, porque pueden tenerlo diferente, en cuyo caso surgiría la duda de si es el del deudor ó del acreedor; bien entendido que, en manera alguna, ni la costumbre, ni el uso, éste menos robusto que la primera, pueden estar en oposición con la moral, ni con la ley. Esta goza de superioridad sobre aquéllos, salvo dos excepciones, como dice Manresa, á saber: cuando pone sus preceptos por bajo del pacto y de los usos locales, y cuando la costumbre es constante, y además hay en el contrato datos para suponer su aceptación.

Cada uno debe responder de sus actos y omisiones, sin que pueda aprovecharse de esto; es lo que viene á disponer el art. 1.288, de que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer á la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Tratándose de documento privado ó de contrato celebrado por cartas, el que haya puesto las cláusulas oscuras no debe salir favorecido; pero si es un documento público, debe distinguirse entre oscuridad en el fondo por omisión de manifestaciones precisas (vehículos del pensamiento) y oscuridad de forma en la redacción; mientras que de aquéllas responde el contratante, de éstas últimas no, por ser el Notario ó el funcionario competente quien realiza el trabajo, sin que quepa aplicarse lo dispuesto en dicho artículo.

Cuando absolutamente fuera imposible resolver las dudas por las reglas antes dichas, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos é intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

El Legislador, al emplear el adverbio *absolutamente* (que noso-

tros sustituiríamos por *racionalmente*, porque lo absoluto no es patrimonio del hombre), da á entender que deben ponerse en práctica todas las reglas de la hermenéutica contractual, y como AD IMPOSIBILIA NEMO TENETUR, importa dar una solución al conflicto; con este nítido criterio, si se trata de contrato gratuito, no hay que extender la largueza y debe resolverse la duda en favor de la menor transmisión de derechos y de intereses; si el contrato fuese oneroso, y nunca ensanchando el marco de la obligación, pues cada uno se obliga á lo menos que puede, y como quiera que en esta clase de convenciones se mueve la utilidad de los que las celebran, es lógico que la duda se resuelva, no en favor de uno, sino de ambos, con la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata recayeren sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no puede venirse en conocimiento de cual fué la intención ó voluntad de los contratantes, el contrato será nulo, dice el 2.º apartado del art. 1.279; nosotros diríamos, el contrato es inexistente, porque la nulidad supone elementos definidos del mismo. El Legislador ha tenido en cuenta, sin duda, lo dispuesto en la ley 9, pr. y 82 Dig. DE CONTR. EM., de que será nula la compraventa si una parte pensaba comprar un objeto y la otra vender otro distinto.

Para terminar este punto citaremos la Sent. de 4 de Noviembre de 1897, de que en los contratos de servidumbre ó en aquellos en que se establezca algún gravamen sobre fincas, ha de estar bien expresada la voluntad de las partes, y la de 18 del mismo mes y año declarativa de que la mayor reciprocidad de intereses es regla de interpretación en las cláusulas de los contratos onerosos.

### Nulidad y rescisión de los contratos: su historia

En los primeros tiempos de Roma, el contrato era siempre firme y valedero por Derecho civil, aunque adoleciese de defectos que lo invalidaran; que tal consistencia daban al nexo el simbolismo y el ritualismo de aquella legislación formulista. La autoridad del Pretor, inspirada en la equidad, moderó aquel rigorismo; por esto se decía: CONTRACTUS JURE CIVILI VALET, SED RESCINDITUR AUCTORITATE PRETORIS. El Derecho civil rindió homenaje á la equidad, y en su virtud concedióse al perjudicado acción rescisoria para invalidar el contrato nulo. Gozaron de ella los menores de edad y

las personas morales, amparadas en sus privilegios, los que hubiesen verificado algún acto ó contrato por miedo ó dolo, y los ausentes con cargo público ó por legítima causa. De la restitución IN INTEGRUM á favor de los menores de edad y personas jurídicas nos hemos ocupado en el cap. XII del tomo I.

### Invalidación de los contratos según el Derecho romano

El que practica algún acto perjudicial por miedo, mientras no sea en perjuicio de tercero, puede, según el Derecho romano, invalidar el contrato, si la intimidación procede de hechos capaces de imponerla á un hombre de espíritu no apocado (ley 6.<sup>a</sup> Dig. QUOD MET. CAUS.; y ley 9.<sup>a</sup> Cód. DE HISQUE VI MET. CAUS.); pero el objeto de la amenaza ha de ser un grave é inminente mal para sí ó para sus hijos, etc. (leyes 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> Dig. *íd.*) y que no exista ningún otro remedio ordinario para conseguir la reparación del perjuicio (ley 14 Dig. *íd.*); de esto nos hemos ocupado al hablar de los vicios del consentimiento.

También cabe la restitución por causa de dolo ó engaño notorio y malicioso, siempre que no cupiese ese medio ordinario de reparación (leyes 1.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> y 10 Dig. DE DOL. MAL.; ley 2.<sup>a</sup> Cód. De *íd.*) La acción debe interponerse dentro de dos años, pasados los cuales, el perjudicado solo puede reclamar del que causó el engaño ó de sus herederos, lo que hubiesen lucrado por razón del mismo. (leyes 28 y 29 DE DOL. MAL. ley 8.<sup>a</sup> Cód. *íd.*).

La restitución por causa de ausencia ú otra legítima aparece regulada en las leyes 1.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 36 Dig. EX QUIB. CAUS. MAJ. IN INT. RESTIT.; leyes 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> Dig. *ídem* que conceden ese medio al emigrado por temor de muerte ú otro padecimiento corporal y por las leyes 9.<sup>a</sup>, 10, 11 y 14 Dig. *íd.* y ley 2.<sup>a</sup> Cód. *ídem*, que conceden esa acción á los presos cautivos, prisioneros de guerra ó detenidos por ladrones.

Llegó á más el imperio del Derecho natural; concedió el beneficio restitutorio á los que por otro justo é invencible impedimento no hubiesen podido atender á la conservación de sus derechos (leyes 8.<sup>a</sup> 26, 23 y 40 Dig. *íd.*) y á las mujeres de los ausentes que les hubiesen acompañado (ley 1.<sup>a</sup> Cód. DE UXOR NULIT.); pero si el ausente hubiese dejado procurador ú otra persona que le representase ó defendiese, no gozaba de este beneficio (ley 3.<sup>a</sup> Cód. DE RESTIT. MILIT.;

ley 28 Dig. EX QUIB. CAUS. MAJ. y ley 7.<sup>a</sup> Cód. DE TEMP. IN INT. RESTIT.) Gozaban del mismo beneficio los herederos del ausente; beneficio que duraba cuatro años, contados desde el día en que hubiese cesado la necesidad ó la ausencia (ley 3.<sup>a</sup> Cód. DE RESTIT. MILIT.; ley 28 Dig. EX QUIB. CAUS. MAJ.; ley 7.<sup>a</sup> Cód. DE TEMP. IN INT. RESTIT.) Los herederos tenían que usar de esa acción en dicho cuatrienio contado desde que supiesen la muerte del causante (ley 1.<sup>a</sup> Cód. DE RESTIT. MILIT.) Los herederos ausentes del que no gozaba de ese privilegio no podían pedir la restitución por entero contra los actos que su antecesor celebrare (ley 7.<sup>a</sup> Cód. íd.), siendo de consignar que la ausencia por causa del Estado solo daba derecho á la restitución por el tiempo que duraba el encargo y el necesario para la ida y vuelta (leyes 32, 35 y 38 Dig. EX QUIB. CAUS. MAJ. IN INT. RESTIT.)

#### Diferencia entre nulidad y rescisión

Los Intérpretes del Derecho romano distinguieron entre nulidad y rescisión; para con la primera rezaba el principio QUOD AB INITIO VICIORUM EST NON POTEST, TRACTO TEMPORIS CONVALESCERE. La acción para pedirla no era prescriptible porque emergía del Derecho público; el contrato podía ser ratificado. En cambio, la rescisión, que era de Derecho privado, permitía la ratificación produciendo todos sus efectos desde su nacimiento como si se hubiera celebrado con entera validez. Imperó esta doctrina en el Derecho tradicional castellano, rectificada por el Tribunal Supremo en el sentido de no admitir que la nulidad de los contratos fuese materia de Derecho público y la rescisión de los mismos de Derecho privado, como tampoco prohibió que tanto los contratos nulos, como los rescindibles pudieren ratificarse. En esta directiva se declaró que lo mismo la acción de nulidad que la rescisoria eran prescriptibles, sujetas en este punto á iguales reglas, con diferencia solo en los resultados de las mismas.

#### De la nulidad, confirmación y ratificación

Contrato nulo, según se deduce del art. 1.300 del Código, es aquel en cuya formación no han concurrido los requisitos de consentimiento, objeto y causa, aunque no haya lesión para los contratantes (esto del «perjuicio» dice á la rescindibilidad), siempre que adolezca

de alguno de los vicios que lo invalidan con arreglo á la ley. La nulidad supone un vicio originario del contrato; si éste carece de los requisitos exigidos, llámase inexistente; si la ausencia ó falta es parcial ó el defecto obedece á vicios del consentimiento, llámase nulidad ó inexistencia menos plena para diferenciarla de la anterior, que es la plena.

La nulidad supone existencia de esos elementos. La que llamamos *per se*, se refiere á los casos en que el objeto es de los que no se hallan en el comercio de los hombres ó que la causa es ilícita ó inmoral; nunca puede prevalecer el contrato, sin que quepa purgarla ni con la confirmación, ni con la ratificación, por oponerse á ello el Derecho público. No ocurre esto con la nulidad proviniente de incapacidad del sujeto, ora por ser menor no emancipado, ora por sufrir locura, demencia ó sordomudez, si en este caso el contratante no sabe leer ni escribir, ó si quien contrata es la mujer casada desprovista de licencia marital ó, en defecto, de habilitación del Juez; cabe la purificación del contrato por medio de la confirmación ó de la ratificación; confirmación, si la nulidad proviene de incapacidad por razón de edad ó de enfermedad (núms. 1.º y 2.º del art. 1.263) si han cesado las causas determinativas de la prohibición; y ratificación, si se trata de contratos otorgados á nombre de otro por quien no tenga su representación legal ó no se halle autorizado (art. 1.259) ó por la mujer casada desprovista de aquella licencia ó habilitación, si el marido, lejos de impugnarlos, presta su conformidad.

La confirmación del contrato por parte de los incapaces puede ser expresa ó tácita: si lo primero requiérese, según se desprende de la Resolución de 27 de Enero de 1906, un nuevo contrato, no su ratificación, puesto que el primero, por opuesto á una ley prohibitiva es nulo, atacable, no ya por los mismos contratantes, si que por terceras personas que se consideren perjudicadas; si lo segundo, esto es, si de la confirmación conoce la justicia restablecedora, ya no hay necesidad de nuevo contrato, bastando la ejecutoria.

Si proviene la nulidad de no haber obtenido la mujer dicha licencia ó habilitación, lo que cabe no es la confirmación, sino la ratificación del marido, sin necesidad de nuevo contrato, debiendo constar en debida forma esa aprobación, ya por medio de escritura, ya por virtud de ejecutoria, habiendo, además, otro medio de convalidación, en homenaje al tiempo, consistente en que el marido ó sus herederos, no impugnen el contrato, dentro de los cuatro años siguientes á la disolución del matrimonio; esto obedece á que la incapacidad de

la mujer casada para contratar no se funda, como la del menor y la del loco etc., en la naturaleza, si que en su condición en la familia; constituye una restricción civil, ya que el marido tiene, respecto del patrimonio de su consorte, las llamadas facultades conservativas.

Además de los contratos nulos están los calificados de anulables; se suponen bien hechos mientras no se demuestre su vicio de origen. Suponen capacidad en las personas contratantes, objeto y causa; pero que se ha prestado el consentimiento, alma de la convención, con error, violencia, intimidación ó dolo. Por exigirlo el Derecho natural, algunos de estos contratos eran rescindibles en Roma, si había mediado lesión, pero por el Código, son anulables en forma de acción ó de excepción, siempre que se pida dentro de los cuatro años siguientes á haber cesado la causa. Y puesto que esa petición de nulidad es un derecho del perjudicado, éste puede confirmar el contrato dentro de esos cuatro años, quedando de este modo purgado el vicio de origen, confirmación que puede ser expresa ó tácita y acreditarse por medio de documento público ó de ejecutoria.

Si el marido verifica algún acto implicador de su conformidad al contrato realizado por la mujer casada, en contravención á lo dispuesto en los arts. 60 y 61 del Código, no podrá invalidarlo, como tampoco podrán hacerlo sus herederos.

Para ilustrar los puntos que venimos tocando, importa citar la siguiente doctrina: No son susceptibles de confirmación sino los contratos que reúnan los requisitos exigidos por el art. 1.261 (sentencia de 31 de Mayo de 1899). Los otorgados en nombre ajeno son confirmables con arreglo á los arts. 1.259 y 1.313 (Sent. de 7 de Mayo de 1897). Todo contrato otorgado contra el precepto expreso de una ley prohibitiva produce acción necesaria para restablecer la virtualidad de la prohibición infringida y puede ejercitarse desde el momento mismo de la celebración de aquél (Sent. 11 de Abril de 1894). Es doctrina constante, apoyada en las Sents. de 26 Abril de 1861 y 25 de Octubre de 1873, que siempre que se trate de hacer depender la resolución de un litigio sobre validez de un contrato, de la nulidad del mismo, debe solicitarse que ésta se declare previa, expresa y directamente, sin que baste que se dé por supuesta, ni que se trate de ella por incidencia. Esto último también se declaró por la de 28 de Octubre de 1867, siendo excepciones de esta regla cuando la nulidad no produce la acción, sino que es consecuencia indeclinable de estimarse la que se ha deducido (Sents. de 30 de Abril de 1868 y 11 de Abril de 1876) y cuando las acciones ejercitadas no se fun-

dan en la nulidad de un contrato, sino en la existencia de otros anteriores (Sent. de 10 de Julio de 1896). A la luz de esta doctrina se ha escrito el art. 24 de la ley Hipotecaria que hemos comentado en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial».

La acción de nulidad solo dura cuatro años; este tiempo empezará á correr: en los casos de intimidación ó violencia, desde el día en que éstos hubiesen cesado; en los de error, dolo ó falsedad de la causa (si ésta no existe lo mismo que si es ilícita, el contrato no es nulo, sino inexistente), desde la consumación de aquél; si la acción se dirige á invalidar contratos hechos por mujer casada sin licencia ó autorización competente, desde el día de la celebración del matrimonio, y si se refiere á los celebrados por los menores ó incapacitados, desde que salieren de la tutela (art. 1.301).

Al hablar el Código de «menores ó incapacitados», hace subseguir á estas palabras «desde que salieren de tutela»; de manera que, literalmente, se refiere á los tutelados, no á los que estén sujetos á la patria potestad; pero, como quiera que ese art. 1.301 es sanción y complemento del 1.263, no vemos que pueda hacerse esa distinción, pues donde milita la misma razón, debe existir idéntica disposición legal; otra cosa implicaría un privilegio. Al decir esto, rectificamos nuestra opinión emitida en otra obra. Esto sentado, seguimos el sentir de Manresa que, no distinguiendo entre menores, considera como caso de inexistencia del contrato el celebrado por un niño, en tanto que reputa nulo el otorgado por el que ya tiene la edad exigida para la emancipación, sin que deba prescindirse, para calificar de inexistente ó de nulo el contrato, de la importancia de éste, en proporción á la fortuna del interesado y al objeto que con él se persiguiera, vr. gr. la compra de alimentos, pues, siendo esto último, habría que resolverse por la validez.

Adviértese este saliente contraste entre el Derecho romano, obligatorio en Cataluña y Navarra, y el Código civil. Según aquél—y así lo reconoció la Sent. de 20 de Octubre de 1866 (regla de jurisprudencia en dicho Principado)—los menores púberos huérfanos de padre y faltos de curador pueden obligarse válidamente, y les corresponde el beneficio de restitución *IN INTEGRUM* por el daño que hayan sufrido en el contrato (Véase pág. 342 del tomo 1.º), en tanto que, según el Código, los contratos otorgados por esas personas son nulos, haya ó no mediado lesión.

Parece que se halla en contradicción la doctrina sentada en Sent. de 17 de Julio de 1904 con la establecida en la resolución de la

Dirección de los Registros de 27 de Enero de 1906. Según la primera, los contratos celebrados por los menores no emancipados en los que concurren objeto y causa de la obligación, reúnen los requisitos expresados en el art. 1.261 del Código, y si bien el consentimiento puede ser impugnado por razón de la prohibición justamente establecida en el núm. 1.º del art. 1.263, si se alega esta circunstancia como vicio de invalidación, no hay obstáculo para que aquéllos, llegados á la mayor edad, puedan confirmar dichos contratos conforme á los arts. 1.310 y 1.311, quedando subsanado el vicio originario que pudo dar lugar á dicha nulidad. Según aquella Resolución, reconocido que una de las vendedoras era menor de edad al otorgar la escritura y no efectuándose nueva venta por la segunda, sino simplemente una ratificación de aquélla, adolecen ambas de un vicio substancial de nulidad, toda vez que con arreglo á lo dispuesto en los arts. 1.261 y 1.263, son nulos los contratos celebrados por los menores, por no prestar el debido consentimiento, sin que puedan ratificarse, porque, conforme al art. 1.350, solamente son confirmables los contratos en que, además de objeto y causa, concurre el consentimiento de los contratantes, requisito que, por la razón indicada, no podía existir en el caso del recurso.

En Derecho civil es irrefutable la doctrina del Supremo, porque hay que hacer honor á la voluntad de los contratantes, bajo cuyo imperio se purga un contrato vicioso en su origen, pues si el menor puede impugnarlo de nulo no hay razón para negarle el derecho de confirmarlo, á fin de que cobre validez; pero á esto puede objetarse que son cosas distintas la confirmación para los efectos civiles y la confirmación para los efectos del Registro, y como la escritura otorgada por el menor era nula por haberse faltado á la ley prohibitiva; nulidad que resultaba del mismo documento, no podía ser inscrita, en respeto al principio de legalidad, uno de los que integran nuestro sistema hipotecario, y como por la segunda escritura aquel menor no vendía, sino que ratificaba lo que no pudo hacer, su consentimiento, dado ya como mayor de edad, descansaba en lo que, para el Registro no tenía existencia legal, ó vulgarmente dicho, se construía sobre terreno falso. Claro está que esto no se opone á que se inscriba la ejecutoria recaída en el pleito donde se discutiese la eficacia de la confirmación, porque en tal caso no se inscribe una escritura defectuosa como la segunda de que hemos hablado, sí que una sentencia firme cuyos fundamentos no puede calificar el Registrador, en respeto á la santidad de la cosa juzgada.

Respecto á si los contratos otorgados por mujer casada son nulos ó anulables, diremos que, según Sents. de 27 de Junio de 1866 y 30 de Enero de 1872, esos contratos no son nulos, aunque sí de posible anulación, para evitar los perjuicios y daños que pudieran irrogarse á la sociedad conyugal, en cuya jurisprudencia se inspiraron las Res. de 23 de Mayo de 1892 y 22 de Agosto de 1894; pero la Dirección de los Registros y del Notariado ha rectificado esa doctrina, considerando nulos esos contratos, porque con ellos se contraviene una ley prohibitiva, dado lo terminante de los artículos 4.º y 61 del Código civil.

Pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal ó subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces, no podrán sin embargo, alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron; ni los que causaron la intimidación ó violencia, ó emplearon el dolo ó produjeron el error podrán fundar su acción en estos vicios del contrato.

La víctima y no el culpable del defecto es quien puede alegarlo, ya sea aquélla deudor principal ó subsidiario, es decir, fiador, así como los obligados solidariamente, nunca el que ha sido parte ó carece de causa ó de representación de los que intervinieron en él (Sent. 18 Abril de 1901), pudiendo deducirse de la Sent. de 23 de Septiembre de 1895 que pueden pedir la nulidad los que, sin ser contratantes ó sucedáneos de éstos, resultan perjudicados por el contrato, como un legatario para defender la eficacia de su legado atacando el contrato simulado celebrado por un heredero y antes apoderado del causante, en contra de cuya doctrina recayó la de 23 de Noviembre de 1903, declaratoria de que solo las personas obligadas principal ó subsidiariamente por virtud de un contrato, pueden entablar la acción de nulidad. Este último sentir y no aquél debe prevalecer, porque ó el contrato nulo perjudica á los extraños al mismo, ó no perjudica; si lo primero, pueden rescindirle, demostrado que sea el perjuicio; si lo segundo, no son ellos quienes para invalidarlo. La nulidad es independiente de la lesión (art. 1.300); de manera que el favorecido con el contrato puede impugnarlo apoyándose en causas no imputables al mismo y no en caso contrario. Uno contrata con un incapaz y se presentan estas dos situaciones: conocía ó no conocía al incapacitado; si lo primero, no puede impugnar el contrato, pues tiene que pasar por las consecuencias de sus actos; si lo segundo, habiendo padecido error, y á base de que las circunstancias del sujeto fueran de decisiva influencia en el contrato, para

no tener sus derechos amenazados de invalidación pedida de contrario, creemos que, por tal vicio, puede impugnarlo.

Con la acción de nulidad se tiende á romper el vínculo malamente formado, y todos los que lo contrajeron deben ser demandados, en evitación de que sean condenados los que no han sido oídos y para que la ejecutoria tenga la fuerza de cosa juzgada, ya porque aún suponiendo que á los ausentes del pleito les quedare á salvo su acción en otro litigio, resultaría un conflicto insoluble en la respectiva ejecución de una sentencia y otra; así lo declara la de 8 de Junio de 1902.

### De la rescisión ante el Código y el Derecho foral

Supone validez del contrato, pero que ha causado perjuicio; únicamente procede en los casos establecidos por la Ley.

Son rescindibles los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización del consejo de familia, siempre que las personas á quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquéllos. Si el contrato es de los que no puede celebrar el tutor sin ese requisito, es por falta de capacidad legal en el otorgante, y si éste obtuvo la autorización del consejo, aquél es válido, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 312 del Código. Como quiera que éste rige en todos los territorios aforados en la materia referente á tutelas, es aplicable á los mismos dicho núm. 1.º del art. 1.281.

También son rescindibles los celebrados en representación de los ausentes, siempre que hayan sufrido lesión en dicha cuarta parte; esto cabe lo mismo en la ausencia presunta que en la declarada respecto de los contratos que por el ausente celebre su administrador ó representante.

No pueden rescindirlos los contratos celebrados con autorización judicial por virtud de ausencia (art. 1.296), porque esa autorización es garantía del derecho del ausente.

Igualmente los celebrados en fraude de acreedores cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba.

Complementan el § 3.º del art. 1.291, los 1.294, 1.295 y 1.297. Con efecto; la acción de rescisión es subsidiaria, porque si con ella se persigue la enmienda del perjuicio, pudiendo conseguir esto sin atentar contra el contrato, que, bueno ó malo, constituye una lega-

lidad, no hay para qué acudir á ese medio (Sent. de 9 de Noviembre de 1901). El perjudicado debe repetir contra todas las enajenaciones fraudulentas, demandando primero á unos adquirentes y después á otros, ó á todos á la vez, si subsiste el crédito, base de su acción, sin que pueda llevar ésta á más allá del perjuicio, que es lo que limita su derecho; de modo que, satisfecho el agravio, no puede ya accionar, toda vez que la rescisión es un medio extraordinario. Si á ese perjudicado se le indemniza, sea por quien fuere, no puede ejercitar la acción rescisoria, ni seguir para ese fin el pleito; bien entendido que lo primero que hace falta para acordar la rescisión de los contratos es que el actor ostente legítimamente la cualidad de acreedor del enajenante (Sent. 18 Enero 1901).

Son nulas las enajenaciones simuladas y hechas en fraude de acreedores, reputándose, por derecho, simuladas ó ficticias las enajenaciones en que la posesión permaneciere en poder de los enajenantes (Const. de Cat. vol. 2.º, libro 7.º, tít. 1.º, ley única y Cost. de Tortosa, libro 4.º, rúbr. 12).

La diferencia entre el Código y el Derecho catalán estriba en que aquél califica de rescindibles las enajenaciones, mientras que el segundo las declara nulas, bien que ambas palabras, aún cuando tienen sentido y alcance diferentes, se han venido tomando como sinónimas, como especies del género común «causas de invalidación».

El Código prescribe en el art. 1.297, que consideramos aplicable á los territorios aforados, por no pugnar con su legislación excepcional, que se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajene bienes á título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones á título oneroso hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia ó expedido mandamiento de embargo de bienes.

Mantienen relación con este precepto los arts. 648, 1.111, número 3.º del 1.291 y 1.206 del Código civil; 880 y siguientes del de comercio, y 536, 543 y 550 del penal.

Esa presunción de fraudulencia puede destruirse, como todas, mediante prueba en contrario (Sents. de 15 Junio de 1897, y 26 de Mayo de 1908), pero los Tribunales tienen facultad, tanto para desecharla, como para admitirla (Sent. 21 Marzo de 1900), añadiendo la de 3 de Enero de 1901, que la aplicación del art. 1.297 es independiente del caso en que se justifique el fraude de un contrato,

aún cuando en él no concurre ninguna de las presunciones del mismo, enumeradas en el expresado artículo. Este sale á la defensa del acreedor cuando el deudor, con simulación ó sin ella, se coloca en insolvencia; si tiene bienes, no cabe la acción rescisoria por ser excepcional.

Las enajenaciones pueden ser á título gratuito y á título oneroso, pero es preciso, para que quepa la rescisión, que quien haya verificado el acto ó contrato impugnabile sea el deudor ó la persona contra la que se hubiese pronunciado sentencia condenatoria en cualquier instancia ó expedido mandamiento de embargo de bienes y no otra distinta (Sent. 16 Mayo de 1895).

Tratándose de un contrato oneroso puede resultar que el tercero haya adquirido la cosa de buena fe, ignorando que se hubiese dictado esa sentencia condenatoria ó expedido mandamiento de embargo contra los bienes del que se los enajenó, y claro que, demostrado esto, no puede darse contra él la acción rescisoria, porque, en otro caso, cometeríase enorme injusticia y nadie se atrevería á contratar, temeroso de verse despojado de sus intereses por causas que le eran desconocidas; pero si resulta, por el Registro de la propiedad, que se hizo el embargo de los bienes inmuebles, reflejado esto por la anotación preventiva, el adquirente no puede llamarse á engaño, porque, siendo pública esa oficina, pudo enterarse. La primera parte del art. 1.297 no se refiere solamente á las verdaderas enajenaciones á título gratuito que resultan ser de esta clase por su propia apariencia, como por ejemplo una donación sin imponer cargas al donatario, sino á otras que presentan aspecto oneroso y en el fondo son un contrato gratuito, es decir, una simulación, como la venta de bienes del padre al hijo, pues aún cuando éstos han querido darle este nombre, resulta ser una liberalidad para perjudicar al acreedor; éste, probando la simulación, aún cuando no haya obtenido sentencia en cualquiera de las instancias ó mandamiento de embargo y á base de que demuestre su crédito, supuesto fundamental de la acción, puede pedir la rescindibilidad de semejante contrato colorado.

El art. 1.297 se relaciona con el núm. 3.º del 37 de la ley Hipotecaria.

Son también rescindibles los pagos hechos en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones á cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacerlos. La insolvencia no es la falta absoluta de bienes en el sentido amplio de la palabra; com-

preéndese también en ella la falta de garantías que aseguren la efectividad del crédito reclamado, pues el deudor puede tener bienes y ser muy insuficientes á cubrir el importe de sus deudas. La insol- vencia va acompañada de cierta pública notoriedad de la situación económica del deudor; si éste no podía ser compelido á verificar el pago, al hacerlo, demuestra su propósito de defraudar al acreedor, quien, para poner á cubierto sus intereses, tiene á su favor la acción rescisoria. En ese artículo deben comprenderse las obligaciones supuestas, las nulas, las naturales, las prescritas, las establecidas con condición suspensiva, á plazo, y las condonadas en ciertos casos que el deudor, sin venir obligado á satisfacerlas, las satisface para quedar insolvente.

Son rescindibles los contratos que se refieran á cosas litigiosas, cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes ó de la autoridad judicial competente. Bonel funda esta causa en que las cosas litigiosas, desde que lo son, deben conceptuarse fuera del comercio de los hombres, por cuanto lo que está *SUB JUDICE* no puede alterarse hasta tanto que recaiga una decisión definitiva. Si este fuese el fundamento, no la acción rescisoria, si que la de nulidad sería la procedente, porque si el objeto no es de los que se hallan fuera del comercio de los hombres, resulta jurídicamente imposible que pueda recaer sobre él la convención; luego otro ha de ser el fundamento de ese caso de rescisión, á saber: que habiendo un perjuicio con la enajenación de cosa litigiosa y con el fin de que la sentencia no se eluda, debe concederse este recurso por razón de justicia, y de consiguiente, si ese perjuicio no existe, ó si el demandado venció en el pleito en que se ventiló, no precisamente el dominio, si que cualquier derecho real sobre la cosa, no cabe semejante rescisión por falta de supuesto en qué estribar.

Por último, son rescindibles cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley. No se comprenden en este caso los contratos rescindibles por los mismos interesados en uso de su voluntad soberana al establecer una condición resolutoria de cuyo cumplimiento depende la subsistencia de aquéllos (Sent. de 24 de Abril de 1901). Constituye esto la rescisión convencional; pero hay casos en que la ley determina la rescisión, como los que se refieren á la compraventa y al incumplimiento en las obligaciones recíprocas (art. 1.124), bien que esto más que rescisión, constituye resolución.

### De la lesión

Ningún contrato se rescindiré por lesión fuera de los casos mencionados en los núms. 1.º y 2.º del art. 1.291; así lo prescribe el 1.293. La equidad exige que en los contratos resplandezca la buena fe, y ésta demanda que no haya lesión, esto es, perjuicio, no nimio, si que de importancia, enorme ó enormísimo. Es opinión general que la rescisión por lesión fué establecida por la ley 2.ª, tít. 44 del Código romano, dictada por los emperadores Diocleciano y Maximiano, cuando ya el Derecho natural había templado la dureza del Derecho civil. Voet dice que esos emperadores no hicieron más que regular y fijar la lesión enorme, si el perjuicio excedía de la mitad del valor de la cosa, pues antes fué conocida en Roma, si bien quedó abandonada al arbitrio judicial y alcanzaba ese remedio lo mismo al comprador que al vendedor. El Fuero Juzgo no admitió la rescisión por lesión, pero sí el Fuero Real y las Partidas cuando excedía de la mitad del justo precio, cuya acción duraba cuatro años según la ley 2.ª, tít. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación.

El Fuero aragonés no admite este remedio; establece el principio, en el contrato de compraventa, RES TANTUM VALET QUANTUM VENDI POTEST. Al pronto se descubre esta anomalía: La legislación aragonesa, influida como ninguna otra por el Derecho natural, no admite el remedio de lesión, siendo así que en la equidad se funda, lo cual se explica habida cuenta al influjo que en aquel derecho excepcional ejerció el Fuero Juzgo.

En Cataluña rigen las constituciones de Diocleciano y Maximiano que autorizan la rescisión de la venta cuando la lesión es en más de la mitad del justo precio, derecho que Maynz reconoce solo en el vendedor, ajustándose, al opinar así, á la letra de las leyes 2.ª y 8.ª del Código, y que Mackeldey, apreciando el espíritu de equidad que las informa, lo hace extensivo también al comprador, como lo prescribieron las Partidas y la Novísima Recopilación y estatuye la rúbrica 23, lib. 4.º de las Cost. de Tortosa. Este derecho faculta al vendedor para rescindir el contrato si el precio es inferior á la mitad del justo, como también lo puede utilizar el comprador si la cosa se vende por su justo precio y más de una mitad del mismo.

Discútese acerca de si es ó no renunciabile esa acción; son contradictorias las opiniones de Mackeldey y de Maynz. Nos inclina-

mos á la afirmativa, ante lo dispuesto en el Código civil, con las restricciones que el mismo establece.

Al discutirse el Código de Napoleón, este emperador se resolvió por la opinión de Cambeceres y de Portalis, partidarios de que se estableciera la acción rescisoria por lesión, y como ésta se considerara un absurdo económico, por prestarse á la arbitrariedad, el ilustre Goyena la rechazó en el proyecto de Código de 1851 para que no se rescindieran los contratos por unos céntimos de diferencia en más ó en menos de la mitad del justo precio. El Código no admite esa causa de invalidación; en Cataluña existe y dura treinta años, con arreglo al Usatge OMNES CAUSÆ, no pudiéndose dirigir la acción contra tercero á quien el comprador haya transmitido la cosa comprada á bajo precio, pues es de naturaleza personal y toma el nombre de ACTIO VENDITI.

La ley Hipotecaria anterior, en sus arts. 36, 37 y 38, puso al tercero al abrigo de esa acción rescisoria; en su última reforma no se habla ya de la rescisión por lesión enorme ó enormísima en las ventas, y se comprende, porque el Código ha proscrito este recurso rescisorio que solamente lo admite en los casos 1.º y 2.º del art. 1.291 y tratándose de particiones, cuando el perjuicio es en más de la cuarta parte (art. 1.074), sin que quepa en la división de cosa común, ni en la disolución del contrato de sociedad, porque los artículos 406 y 1.708 se refieren á las reglas sobre la forma de hacerse la partición y á los efectos de ésta, y no á la rescisión, que es materia de la sección 4.ª, cap. 6.º, tít. 3.º, lib. 3.º, y sobre todo, tratándose de un medio destructor de una relación jurídica, á los preceptos que lo autorizan debe dárseles, por su carácter, interpretación restrictiva, máxime cuando la tendencia del Legislador ha sido autorizar la rescisión solo en ciertos y determinados casos.

#### Efectos de la nulidad y de la rescisión

La acción de nulidad, que dura cuatro años, puede entablarse desde luego, y una vez declarada, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses. Si aquélla no se puede devolver por haberse perdido, el condenado deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha. El artículo 1.307 hay que relacionarlo con el 1.314; habiéndose perdido la

cosa por dolo ó culpa del que ejercita la acción, no puede exigir éste el valor de la misma, ni sus intereses, como tampoco si el es causante de los vicios del contrato, porque le obligan los arts. 1.302, 1.305 y 1.306. Si la causa de la rescisión fuere la incapacidad de alguno de los contratantes (§ 2.º del art. 1.314), la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, á menos que hubiere ocurrido por dolo ó culpa del reclamante, después de haber adquirido la capacidad; sin que quepa invocar el caso fortuito, por regir la presunción del art. 1.183, contraria al mismo: el dolo excluye el caso fortuito, pero si el contratante obró de buena fe, creyendo capaz á la persona con la cual trató y presentándose con capacidad aparente, creemos que puede aprovecharse del caso fortuito.

El incapaz solo está obligado á restituir, en cuanto se enriqueció con la cosa ó precio que recibiera. Hay enriquecimiento aún sin aumento de fortuna, cuando se aplica lo obtenido á las necesidades imperiosas de la vida, como alimentos, vestidos, etc., pues constituye un beneficio. La prueba del enriquecimiento, tanto en ese sentido como en el de aumento del patrimonio del incapaz, corresponde á la persona capaz (Sents. de 22 de Octubre de 1894 y 21 de Octubre de 1897).

Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa ú objeto del contrato, si el hecho constituye delito ó falta común á ambos contratantes (no á uno de ellos solamente) carecerán de toda acción entre sí y se procederá contra ellos, dándose, además, á las cosas ó precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código penal (art. 63) respecto á los efectos é instrumentos del delito ó falta. Si una de las partes es inocente puede reclamar lo que hubiere dado y no viene obligada á cumplir lo prometido.

Bajo la acepción «causa torpe» se comprenden la punible, la ilícita y la inmoral. En el segundo de estos casos, cuando sean culpables ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado á virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido; de manera que se pasa la esponja sobre esa convención viciosa; pero cuando la culpa está de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado á virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El que sea extraño á la causa torpe podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido. Dice Manresa que el art. 1.306, por analogía con el 1.305, debe

entenderse aplicable en el caso de ser ilícito el objeto del contrato. El heredero carece de acción para invalidar los contratos ilícitos que otorgara su causante para privarle de la cuota legitimaria (sentencia de 6 de Mayo de 1902, en la cual se deja entender que la acción procedente hubiera sido la rescisoria). Si el culpable de la causa ilícita no puede aprovecharse del contrato nulo, en el mismo caso están sus herederos (Sent. de 4 de Julio de 1896); pero pueden verificarlo los acreedores del comerciante, para que sus derechos no sean burlados y nunca el quebrado ó sus causahabientes (Sent. de 11 de Noviembre de 1895). El que pague ignorándolo el deudor y sin avisarle, y después á su espalda y con torpe intención pretenda arrebatarle parte de sus bienes para cobrar lo debido, cae en la sanción del art. 1.306, sin que pueda reintegrarse de lo pagado, pues ni semejante acto, viciado por causa torpe, puede ser base de ulteriores reclamaciones, ni producir vínculo jurídico entre el que pagó y el deudor (Sent. de 1.º de Junio de 1904). Los contratos simulados son inexistentes y no les es aplicable el art. 1.306 (Sent. 26 Junio de 1903).

Nos hemos ocupado de la confirmación y de la ratificación de los contratos; lo primero solo puede hacerse respecto de aquellos que reúnan los requisitos expresados en el art. 1.261; así lo prescribe el 1.310 aplicable en Cataluña, según se declaró en Sent. de 31 de Mayo de 1899. La confirmación puede ser expresa ó tácita, constituida ésta cuando con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo cesado, quien tuviese derecho á invocarla ejecuta un hecho que implica necesariamente la voluntad de renunciarlo, siendo de citar la Sent. de 1.º de Mayo de 1906, declarativa de que la mujer casada ni como tal, ni con el carácter de heredera de su marido, puede pedir la nulidad de los actos que realizó sin licencia del mismo.

Los contratos inexistentes, puesto que carecen de vida ante el Derecho, no son confirmables: unicamente cabe esto en los nullos, y así lo declaró la Sent. de 31 de Mayo de 1899. Así es que el contrato otorgado por un menor de 18 años ó por un loco, puesto que es inexistente, no cabe confirmarlo, sino que habrá de otorgarse un nuevo contrato, con efectos desde esta fecha, si no se les ha dado, voluntariamente, fuerza retroactiva; de forma que la confirmación dice á los contratos en los cuales se prestó el consentimiento con vicio.

Hemos presentado la disparidad de criterio entre lo declarado por el Tribunal Supremo en Sent. de 17 de Junio de 1904 y lo resuelto por la Dirección de los Registros en 27 de Enero de 1906,

respecto á la confirmación de contratos otorgados por el menor de edad.

La confirmación de la nulidad de las obligaciones particulares de un contrato no puede extenderse á la de la obligación principal. No puede menos de considerarse ratificado un contrato, cuando la persona que ha de ratificarlo ejercita, como derivadas del mismo, las acciones en juicio (Sent. de 7 de Mayo de 1897). Los actos implicadores de la confirmación tácita son objeto de apreciación judicial, uno de éstos es la ejecución voluntaria de lo convenido.

La ratificación es una especie de confirmación, y hecha por la persona en cuyo nombre se contrató sin poderes para ello, convalida el contrato desde el momento de su celebración (Sent. de 7 de Mayo de 1897), habiéndose declarado por resolución de la Dirección de los Registros de 26 de Junio de 1905, que el contrato nulo otorgado en nombre de un menor, sin autorización judicial, por un mandatario sin poder, puede confirmarse si aquél lo ratifica, siendo ya mayor de edad, ó en su caso, el mandante; pero para inscribirse la ratificación, debe constar ésta en escritura pública. El reconocimiento de las obligaciones implica la confirmación del contrato.

La confirmación no necesita el concurso de aquel de los contratantes á quien no correspondería ejercitar la acción de nulidad; por ella se purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde su celebración; así lo prescriben los arts. 1.312 y 1.313 que, como el 1.311, son aplicables en Cataluña (Sent. de 31 de Mayo de 1899). Respecto á los efectos retroactivos de la confirmación, tanto expresa como tácita, no perjudican los derechos que antes de recaer aquélla hayan ejercitado los terceros interesados en la nulidad del contrato, porque con tal medio fraudulento, realizado á sus espaldas, podrían quedar perjudicados, aparte de que su reclamación, llevada al juicio, ha adquirido, por este hecho, un estado enjuiciario demandador de respeto.

Al estudiar los efectos de la nulidad por incapacidad de alguno de los contratantes, hemos comentado, por incidencia, el art. 1.314.

Acerca de los efectos de la rescisión, que supone perjuicio reparable por ese medio, es de consignar que, utilizada en tiempo ó sea dentro de los cuatro años como prescribe el art. 1.299, sus efectos consisten en que se devuelvan las cosas con sus frutos y el precio con sus intereses, en cuanto el que la haya pedido pueda devolver aquello á que por su parte estuviese obligado (art. 1.225); no procede cuando las cosas objeto del contrato se hallaren en poder de

terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, pues si existe, éste lazo inhumano á todas las une; y aún habiendo buena fe por parte del tercero extraño al acto ó contrato objeto de la rescisión, el perjudicado, privado de la cosa por esa circunstancia, puede reclamar la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

Ese art. 1.295 hay que relacionarlo con el 37 de la ley Hipotecaria, pero antes de emprender esta labor importa decir que este último precepto parece que esté en contradicción con el 1.299 de aquel cuerpo legal en orden á la duración de la acción rescisoria, aparente antinomia ésta que explicamos en nuestra obra «Derecho hipotecario y notarial», diciendo que el plazo de un año para rescindir los contratos, señalado por dicha ley, es en el supuesto de que la persona contra la cual se dirija tenga inscritos sus derechos en el Registro de la propiedad, esto es, que ostente la condición de tercero hipotecario, por no haber intervenido en el acto ó contrato atacado de rescindibilidad, ora por haber sido hecha la enajenación á título gratuito, ora por haber sido cómplice en el fraude; concurriendo estas circunstancias en dicho tercero, puede invalidarse el contrato dentro del año y no después, porque la fijeza de la propiedad, la certidumbre en su disfrute y el respeto á las transacciones en el orden inmobiliario obligan á limitar ese plazo á un año y no á cuatro, que se tiene cuando la demanda se dirige contra aquél que intervino en la convención jurídica impugnada, puesto que no puede ponerse al amparo del art. 27 de la ley Hipotecaria, siendo de citar la sent. de 12 de Octubre de 1.899, declarativa de que la acción rescisoria nunca procede contra el tercero que tiene en su poder legalmente las cosas objeto del contrato, si no hubiera procedido de mala fe; este elemento ético es el que le sirve de escudo contra toda reclamación, aún utilizada dentro de un año á contar desde el día de la enajenación fraudulenta. El Código se refiere, al señalar el plazo de cuatro años, á la primera enajenación viciosa, mientras que la ley Hipotecaria, al limitar ese plazo á un año, se contrae á la segunda enajenación, ya por el hecho de haberse verificado á título gratuito, ya porque, siendo de las á título oneroso, el tercero hipotecario haya sido cómplice en el fraude.

El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores deberá indemnizar á éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que, por cualquier causa, le fuere imposible devolverlas (art. 1.298).

Puede ocurrir que no solo haya obrado de mala fe el adquirente

de la cosa, sino otro sucesivo, en cuyo caso la acción debe dirigirse contra todos ellos para que, rescindido el contrato, queden los bienes en el vendedor, contra los cuales pueda repetir el acreedor. Si la cosa la tuviere un tercero, de buena fe adquirida, no puede dirigirse contra él la acción rescisoria, en cuyo caso dichos adquirentes de mala fe vienen obligados solidariamente á indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios que la enajenación le hubiese ocasionado.

La amplitud con que se halla redactado el art. 1.298 excluye dos casos, según Manresa: «uno, el de reclamación por quien, á su vez, hubiera de devolver algo y no pudiese (art. 1.295), y otro, el de pérdida por caso fortuito, debidamente acreditado, puesto que nadie responde de él, según el art. 1.105, so pena de expresa declaración contraria», que, á su juicio, no existe en este lugar. Nos separamos de tan autorizada opinión, porque si la morosidad por parte del deudor no le exime de responsabilidad aún habiendo caso fortuito, con mayor razón cabe habiendo mala fe por su parte, amén de que las palabras «cualquier causa» son tan amplias que no permiten semejante exclusión: de alguna manera debe enmendarse el fraude cuando las cosas no pueden volver al perjudicado, y el único sustitutivo del agravio es la indemnización de perjuicios, no solo por el causante de la lesión, sino por el que, de mala fe, hubiese adquirido lo que no puede devolver; sabe á que se exponía.

### Beneficio de ileción ó ilicitud

Al igual que el de rescisión, es una institución reparadora del agravio. Guarda semejanza con la restitución *IN INTEGRUM*; de él trata la Observancia única *DE PRIVILEGIO MINORUM ABSENTIUM CAUSA REIPUBLICÆ*, que lo concede á los menores aragoneses y lo hace extensivo á los ausentes en beneficio del Estado. Sin embargo, existe entre ambas instituciones marcada diferencia; la restitución *IN INTEGRUM* tiende á la reposición de las cosas al estado que tenían antes de causarse el daño, y concede en casos especiales la indemnización de daños y perjuicios, lo cual no prescribe en el Fuero aragonés. Según éste, todo acto que perjudique á un menor es nulo; conclusión de mayor alcance que la derivada de aquélla, y por si esto no fuera bastante, la acción de ileción es perpétua, bien que esto último no lo vemos en el día, dado que el Código civil no autoriza las acciones perpétuas, ni éstas caben ya dentro del Derecho públi-

co moderno, y si bien puede objetarse que en los Fueros DE PRESCRIPTIONIBUS, DE DÉPÓSITO y DE SOLUTIONIBUS se dice que ninguna clase de prescripción corre contra el menor, es en tanto—á nuestro ver—en cuanto el adquirente de buena fe y con título idóneo no haya ganado el dominio de la cosa por prescripción; mucho más después de publicada la ley Hipotecaria que da medios, en su art. 34, para fortalecer el derecho del adquirente, después de seguido el procedimiento de purga.

Son de citar los Fueros 3.º y 5.º DE PRESCRIPTIONIBUS y las Obs. única DE PRIVILEGIO MINORUM y 16 DE FIDE INSTRUMENTORUM, según los cuales, enajenados los bienes del menor sin cumplir los requisitos legales, son nulas las enajenaciones, y no se convalidarán con el tiempo; el menor estará obligado á abonar las mejoras hechas desde su mayoría y con su consentimiento. Francisco de Villalba, después de decir que la acción de ileción es perpétua, añade que la ley protege al menor siempre que yerra, mas no cuando engaña.

Las Sents. de 6 de Mayo del 1889, 29 Mayo 1891 y 16 de Octubre de 1894 de la Audiencia de Zaragoza y la del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 1892 reconocen la subsistencia del recurso de ileción. Dice Azpeitia que en los casos en que no sea aplicable, principalmente por tratarse de mayores de 14 años y menores de 20, debe acudir al Código, utilizando la acción rescisoria para salvar los perjudicados intereses de esas personas.

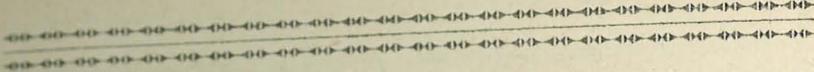
Separándonos un tanto de este sentir, entendemos que como la mayor edad en Aragón, la verdadera ó plena, no se tiene á los 14, sino á los 20 años, el que no haya llegado á éstos, siendo soltero, es menor, aún cuando sea mayor para determinados casos, y se halla bajo el amparo de aquella Legislación, en lo que no se oponga á la ley Hipotecaria.

#### Jurisprudencia y doctrina reciente

No es lícito el pacto por virtud del cual una casa proveedora de artefactos se reserva hasta su completo pago la propiedad de los enajenados á los comerciantes dedicados á la venta de los mismos, porque no puede perjudicar á los extraños que tienen por este concepto el carácter de terceros (Sent. de 1.º de Diciembre de 1909). Demostrado que el deudor tenía, según el Registro, otros bienes que

indicaban su solvencia, no cabe la rescisión en fraude de acreedores (Sent. de 1.º de Junio de 1909). La simulación del contrato equivale á su inexistencia (Sent. 30 Noviembre 1909). Es nulo el contrato otorgado por la superiora y capellán interino de una comunidad, no ratificado por ésta, cuando obraron fuera de las facultades que les daban sus estatutos (Sent. de 4 de Diciembre de 1909). La equivocación cometida en el cálculo de un negocio no implica error en el consentimiento (Sent. de 15 de Enero de 1910). El pacto de reversión estipulado en la escritura particional de herencia no coarta la libertad de testar, ni afecta á una universalidad sucesoria y futura, por lo cual no lo prohíben el Derecho romano, ni el canónico, vigentes en Cataluña (Sent. de 4 de Mayo de 1910). En la venta de bienes hipotecados realizada por el acreedor, usando de la facultad que le concede el art. 1.872 del Código civil, debe anunciarse la subasta por medio de los periódicos oficiales, sin que sean suficientes los avisos verbales dados en el mismo local y momento por el corredor, y que la cancelación de la hipoteca no puede hacerse por acta y sí en escritura (Res. de 17 de Julio de 1910). Está prohibido en Cataluña el afianzamiento por la mujer de obligaciones del marido, la cual puede pedir su nulidad conforme á lo dispuesto en el art. 1.302 del Código civil (Sent. de 31 de Diciembre de 1909). Supliendo la autorización judicial, recaída en acto de jurisdicción voluntaria, la licencia del marido para que su mujer enajenase bienes parafernales, es inscribible la escritura, consignándose en la inscripción la forma en que fué dada, sin que, para los efectos del Registro, pueda rechazarse el procedimiento seguido, ni sea necesario demostrar que la mujer no ha rebasado los límites fijados por el auto (Res. 25 de Agosto de 1911). La rescisión extraordinaria por lesión que autoriza el Derecho catalán no procede en las ventas ó adjudicaciones en pago formalizadas en procedimiento de apremio judicial, como tampoco en la venta ó cesiones de créditos en que el cedente solo responde de la existencia de la deuda, porque estas doctrinas, deducidas de la ley de Enjuiciamiento civil, son de aplicación general (Sent. 12 Noviembre 1910).

---



## CAPÍTULO II

### De los contratos consensuales

#### De la donación: su concepto y clases

Como el dios Jano, presenta dos caras, la de acto y la de contrato. Dificil es aposentarla en un plan orgánico del Derecho patrimonial; con razón dijo Goyena que la donación es una especie de mónstruo aparecido entre los contratos y las últimas voluntades.

La que, como dice la ley 1.<sup>a</sup> tít. IV Part. V, *es bien fecho que nasce de nobleza de bondad de corazón cuando es fecha sin ninguna premia*, glosadas estas palabras por Gregorio López al decir que *EST BENEFICIMUM EX CORDIS NOBILITATE PROCEDENS, QUANDO EST LIBERA VOLUNTATE FIT*, constituye un acto de beneficencia que tiene por causa ó supuesto jurídico la liberalidad del que lo ejecuta, constituyendo uno de los modos de adquirir los bienes.

Clasificanse las donaciones en *inter vivos* y *mortis causa*, subdivididas las primeras en *gratuítas*, *remuneratorias* y con *causa onerosa*, aunque estas últimas no merecen propiamente el nombre de donaciones, pues con ellas se persigue un equivalente á lo donado, faltando la liberalidad que es su causa. De todas suertes, esta es la clasificación hecha por los autores y así aparece en el Código, añadiendo aquéllos que la donación también se divide en *perfecta* é *imperfecta*; esta última, según Juliano y Febrero, se hace con *causa* ó bajo cierto modo ó condición, como la dote, las arras y la remuneratoria, distintas de las simples ó perfectas en que aparece expon-

taneamente la nobleza de bondad de corazón, sin ningún motivo externo que la solicite, antes es un movimiento impulsivo del que verifica la largueza. Esta donación, con su nota de gratuidad, será objeto de nuestro estudio en el presente capítulo; de las llamadas causales por razón de matrimonio nos hemos ocupado en el cap. VII del tomo I, y las que tienen causa onerosa rigen por las reglas de los contratos, según preceptúa el art. 622 del Código; de manera que estudiaremos la donación inter vivos simple y aquella que, siendo remuneratoria, la liberalidad excede del gravamen impuesto al donatario.

La donación inter vivos y la mortis causa tienen como nota común la liberalidad; pero se diferencian en que la primera se hace sin contemplación á la muerte del donante, y es, en principio, irrevocable; decimos en principio, porque la ley establece causas de revocación; la segunda se hace en contemplación á la muerte del donante; bajo este impulso macabro surge la liberalidad; es revocable y se rige por las reglas establecidas en la sucesión testamentaria; así lo prescribe el art. 620 y lo declara la Sent. de 8 de Mayo de 1896. Como esa donación surte efecto á la muerte del donante, no es en rigor necesaria la aceptación del donatario ó de sus legítimos representantes antes del fallecimiento del donante. (Res. 29 Julio de 1904).

La Sent. de 3 de Enero de 1905 señala la nota diferencial entre dichas donaciones; por la mortis causa, el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada; ni siquiera defiere la transferencia á plazo que pueda transcurrir mientras viva, antes fija para el efecto de la misma la época ó momento de su fallecimiento, disponiendo para después de algo que le pertenece, sin que pueda alterar la esencia de este concepto clásico en derecho, la forma que le plazca emplear para la expresión de su voluntad; mas bien que donación es un legado.

El acto de donar puede obedecer al impulso de la pura liberalidad, haciendo el bien por el bien mismo, satisfecha la conciencia del deber cumplido, como dice Troplong, sin ningún vínculo preexistente de derecho, de una manera espontánea, siguiendo las leyes del fuero interno; de modo que si el reconocimiento llega á determinar una donación no es porque de antemano exista una obligación de hacerla, pues se obra solo por un movimiento del corazón: NULLO JURE COGERE.

Pero, además, esa liberalidad puede ser motivada por los méri-

tos de una persona que le hagan objeto de admiración y de aprecio, sin que el donante pueda considerarse beneficiado con su largueza, antes con ésta rinde tributo á las bondades y prestigios del donatario; y por último, la motividad de la donación pueden ser los servicios prestados al donante; lo que, en término general, se llaman favores de estima y reconocimiento, fruto de la convivencia social; y aún cuando tengan fondo económico, no constituyen deudas exigibles, porque en este caso no se dona, sino que se paga; como también tiene carácter de donación aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado; la diferencia es lo que constituye la liberalidad, y para poderse apreciar su cuantía, evitando las cuestiones que se susciten, debe reducirse á dinero, como expresión económica, lo que cuesta el gravamen y el valor de lo que se dona. Bajo la acepción gravamen se comprende toda carga real ó personal apreciable en dinero, y entiéndese por condición á que las donaciones se hallan sujetas, no sólo las modalidades suspensivas y resolutorias, bajo cuyo influjo nace ó se extingue el derecho, sino todo aquello cuyo establecimiento modifica los efectos ordinarios del acto ó del contrato.

El supuesto de toda donación es la liberalidad, ya sea espontánea, ya sea motivada; faltando aquélla que es la causa del acto jurídico, ésta no merece el nombre de donación, y así se reconoce en Sent. de 16 de Febrero de 1899, diciendo que no tienen tal carácter las participaciones que suelen dar los comerciantes á sus factores ó dependientes en los productos de sus empresas para estimularles en su cooperación activa é inteligente, como tampoco participan de esa naturaleza las entregas de sumas consignadas en una caja de previsión á favor de los empleados de una compañía, porque tales donativos se verifican para la colectividad y no para cada interesado, que no puede retirarlas aún cuando se abonan á su cuenta particular, si es separado del servicio de la compañía.

Pueden hacerse las donaciones inter vivos puramente, desde cierto hasta cierto día y con condición suspensiva ó resolutoria. En las donaciones hasta cierto día y en las afectadas con condición resolutoria, los bienes pasan, desde luego, al donatario, en vida del donante. En las donaciones desde cierto día y en las afectadas por condición suspensiva, debe distinguirse entre la disposición y la ejecución. Aún cuando no se entregan los bienes hasta que el día llegue ó la condición se cumpla en vida ó después de la muerte del donante, tal donación existe, en el supuesto de que haya sido acep-

tada; tiénese por perfecta é irrevocable, aún cuando el donatario no haya recibido los bienes, y como es un derecho adquirido, esa liberalidad no puede revocarse; el donante ya no puede disponer de la cosa, y viene obligado á indemnizarla si por su culpa se pierde ó deteriora. Disponiendo uno que la cosa será entregada á su muerte, con facultad de revocarlo, no hay donación inter vivos, porque la nota de ésta es la irrevocabilidad; y para que tenga carácter de donación mortis causa, la ha de hacer en testamento, revistiendo entonces el carácter de legado. Puede uno donar sus bienes con la condición de recobrarlos si sobrevive á un acontecimiento, como un viaje que trata de emprender; esta donación, que era mortis causa en el Derecho tradicional, es, en puridad, inter vivos, afectada por una condición resolutoria, irrevocable, aunque subordinados sus efectos á esa modalidad y, por tanto, el donatario puede transmitir los derechos de tal modo condicionados.

Como dice muy bien Manresa, para que el acto deje de estimarse donación inter vivos y sea considerado como disposición mortis causa es preciso que los efectos de aquél arranquen precisamente del momento de la muerte y se determinen ó nazcan por causa ó con ocasión de ella, sin que el hecho de fijarse como plazo ó condición el óbito del disponente pueda cambiar el verdadero carácter del acto: la revocabilidad ó irrevocabilidad de éste es lo que distingue las donaciones entre vivos de las disposiciones mortis causa; la forma de aquél, unida á otras circunstancias son, según dicho comentarista, un elemento para la interpretación de la voluntad del disponente que, á su entender, fué distinta de la que le dió la sentencia de 3 de Enero de 1905, que consideró, equivocadamente en nuestro sentir, como donación mortis causa y, por ende, revocable, el endoso de un resguardo de valores públicos, para que se pagasen á la donataria, después del fallecimiento de la donante. Si hubiera sido donación *mortis causa*, y rigiéndose ésta por las disposiciones de última voluntad, su forma era el testamento, nunca el endoso del resguardo; fué una verdadera donación inter vivos, sujeta su ejecución á una condición suspensiva: la muerte de la donante.

Lo convenido en acto de conciliación obliga á las partes, siéndoles aplicables las disposiciones legales que determinan la fuerza de las obligaciones, pudiendo ser anulado ó rescindido, aún transcurridos los ocho días que fija el párrafo segundo del art. 477 de la ley de Enjuiciamiento civil, cuando en lo transigido ó pactado hayan mediado vicios ó causas que puedan invalidarlo; de consi-

guiente la mujer podía anular á los tres meses de celebrado el acto conciliatorio la promesa de donación que de los bienes de ella y sin su intervención hizo en esa forma su marido. (Sent. de 8 de Febrero de 1905).

En Cataluña el heredamiento universal participa de la doble naturaleza de institución hereditaria y de donación inter vivos y es irrenunciable é irrevocable (Sent. 7 Mayo 1896).

El que la cosa donada se entregue antes ó *POST MORTEM* es una simple modalidad que no afecta á la naturaleza del acto, pudiendo, por tanto, ser donación inter vivos, aunque se haga para después de la muerte, siempre que se efectúe sin consideración á ésta y por pura bondad del donante y merecimiento del donatario (Sents. 28 Enero 1898 y 13 Junio 1900).

Discútese acerca de si la donación es un acto ó un contrato. Nuestro Código, siguiendo al francés y éste, atendiendo la opinión de Napoleón, contraria á la de los autores del mismo antes de discutirse ante el Consejo de Estado, la considera como un acto de liberalidad; sin embargo, por prescripción del art. 632, la que consiste en cosa mueble, que puede hacerse verbalmente, no surte efecto si simultaneamente no se entrega la cosa, y si se verifica por escrito, debe constar la aceptación por parte del donatario, requisito este último exigido tratándose de donación de cosa inmueble, cuya forma idónea es unicamente la escritura pública, expresándose en ésta los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, bien que esa aceptación, precisamente en vida del donante, puede hacerse ya en dicho documento, ó en otro de la misma clase separado, del que deberá ser notificado en forma auténtica el donante, anotándose esta diligencia en ambas escrituras.

La tradición de la cosa mueble, tratándose de donación verbal, simultánea con ésta, por la que el donante quita de sí la cosa del todo, como dice el Código alfonsoino, y la aceptación, en documento privado si el objeto es de aquella naturaleza ó en documento público si es inmueble ó derecho real impuesto sobre el mismo, dan á esa liberalidad el carácter de contrato puesto que representa ideas concordadas, aún cuando la causa del mismo sea puramente psicológica, y así lo considera el Sr. Sánchez Román, que lo califica de consensual, toda vez que se perfecciona por el mero consentimiento, constituido por la aceptación del donatario, siendo antes una simple promesa, cuyo tratadista añade que aquel es unilateral, porque de él nacen unicamente un solo derecho, una sola obligación

y una sola acción (se refiere á las donaciones no onerosas, porque éstas representan reciprocidad de derechos, de obligaciones y de acciones), y añade que es principal, porque tiene existencia por sí, sin dependencia ni subordinación á otro alguno, y por último, que es gratuito ó de beneficencia, con su nota de irrevocabilidad.

Acceptando este sentir, es por lo que encabezamos el estudio de los contratos consensuales con el de la donación inter vivos; la *mor-tis causa* sí que constituye un verdadero acto, con sus efectos para después de la muerte del donante, y es esencialmente revocable, por ser la voluntad ambulatoria.

Justiniano, teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley Cincia, que reglamentó las diferentes clases de donaciones atendiendo á las personas y á los bienes, y no desentendiéndose de las Constituciones imperiales que dieron obligatoriedad á la promesa de donar, dispuso que, una vez perfectas, no podían revocarse sin motivo, considerándose como tales aquellas en que constase la voluntad del donante, ya por escrito, ya sin escrito. Perfeccionada así la donación con el valor del pacto ó de la convención, el donatario no adquiría derecho real en la cosa mientras no le fuera entregada, para lo cual se le concedió una acción, sin que aquélla perdiese su carácter irrevocable, bien que podía revocarse solamente por supervenencia de hijos, incumplimiento de condiciones é ingratitud del donatario.

El Derecho germano vació en distinto molde la donación; convirtiola en una especie de precario, y como tal, el donante podía reclamar lo entregado ó su equivalente; esta doctrina fué rectificada en el proemio de tít. IV, Part. V, donde, considerando la donación como un contrato, se dice que «es una manera de gracia é de amor, que usan los omes entre sí, que es mas cumplida é mejor que las que dijimos en el título antes deste. Ca el que empresta ó da lo suyo en condesijo fácelo con entención de cobrar todo lo suyo, mas el que dá quítalo de sí del todo». D. Alfonso el Sabio no siguió la tendencia germánica, antes se ajustó á la clásica romana en orden á la naturaleza irrevocable de la donación inter vivos, una vez entregada la cosa en que consistiese.

## CATALUÑA

El Derecho catalán directo, y el romano y el Código civil, como supletorios, regulan este instituto jurídico.

Dicen las leyes 1.<sup>a</sup> Dig. DE DONAT. y 35 Dig. DE MORT. CAUS. DONAT. que la enajenación por título lucrativo tiene lugar cuando el enajenante no recibe cosa alguna en compensación de lo que transmite, y que estas enajenaciones se llaman donaciones. La entre vivos es un hecho voluntario por el cual el donador da y transmite, gratuitamente y por mera liberalidad, al donatario el derecho que tiene en la cosa donada (ley 29 Dig. DE DONAT., ley 35 DE MORT. CAUS. DONAT.). Aún cuando la entre vivos sea gratuita, puede imponerse al donatario alguna condición, cuyo incumplimiento, aunque involuntario por parte de éste, da derecho al donante á revocarla (ley 3.<sup>a</sup> Dig. DE DONAT.; ley 1.<sup>a</sup> Cód. DE DONAT. QUE SUB. MOT.).

Si la condición es potestativa, el donante ó la persona á favor de la cual se hubiese impuesto puede obligar al donatario á que la cumpla (ley 9.<sup>a</sup> Cód. íd y 19 Dig. íd.) debiéndose distinguir entre condiciones impuestas al donatario y causa impulsiva de la donación; causa que, aunque no hubiese podido tener efecto, no autoriza la revocación de aquélla (ley 3.<sup>a</sup> Dig. íd.); de modo que son cosas distintas la liberalidad, causa del contrato, y los efectos de éste.

Y puesto que la donación constituye un contrato, las leyes 10 Código íd. y 19 Dig. íd. exigen el consentimiento del donante y del donador, el de este último en forma de aceptación, ya por sí, ya por otro en su nombre. En la condicional basta el consentimiento en el momento de otorgarse, aún cuando en la época del cumplimiento de la condición el donante ó donatario se hallen en estado de demencia (ley 2.<sup>a</sup> Digesto íd.)

La consumación de la donación exige la entrega de las cosas; la reserva del usufructo no afecta á la perfección de aquélla y tiene la fuerza de entrega; sin embargo, si la cosa no se ha entregado, el donatario tiene derecho á obligar al donante á que lo realice.

Puede recibir donación toda persona capaz de adquirir, no comprendida en estas limitaciones. Las hechas á favor de los hijos naturales y de la madre de éstos valen hasta la duodécima parte de bienes del donador si éste tiene hijos legítimos, ó hasta la mitad de dicha duodécima parte si la donación se hace á favor de aquella madre; no habiendo hijos legítimos son válidas las donaciones, salvo las legítimas de los ascendientes del donador (Novela LXXXIX, cap. XII). Las donaciones entre los que han contraído matrimonio incestuoso serán nulas si hubiesen obrado de mala fe; el que hubiese obrado de buena fe conservará lo que haya reci-

bido (ley 6.<sup>a</sup> Cód. DE INCEST. NUP.) El padrastro ó madrastra no pueden ser agraciados por donación del otro cónyuge, en más de lo hubiese adquirido de los bienes de éste el hijo del primer matrimonio que menos hubiese recibido. Estas donaciones, aún cuando tengan los requisitos que se expresan, son nulas en cuanto al exceso (ley 6.<sup>a</sup> Cód. DE SECUND. NUPT.)

No obligan las donaciones que con el solo deseo de salvar su vida ó de recobrar la salud hubieren hecho los enfermos en favor de los facultativos que les asistieron (ley 9.<sup>a</sup> Cód. DE PROF. ET MED.) Todas las cosas que están en el comercio de los hombres ó que son enajenables pueden ser donadas. Sin embargo es nula la donación de todos los bienes, á no ser que el donador se hubiese reservado parte de ellos para testar (ley 38 Dig. DE VERB. OBLIG.; ley 15 Código DE PACTIS y ley 34 Cód. DE TRANSACT.)

Además de las citas del Derecho romano, hay que traer á estudio la Const. 1.<sup>a</sup>, tít. 9, lib. 8, vol. 1.<sup>o</sup> dispositiva de que cualesquiera donaciones universales ó de la mayor parte del patrimonio, ó que excedan de quinientos florines, deben ser registradas en las curias de los ordinarios de la cabeza de la veguería en la cual se hicieren, debiéndose anotar el día de su otorgamiento en el libro titulado de donaciones y heredamientos, con un índice expresivo de los nombres y apellidos de los donantes y donatarios y del notario que las hubiese autorizado. Dice Durán y Bas que ese libro no se ha llevado, ó á lo menos desde hace muchos años, á pesar de su notoria utilidad, porque advertía las disminuciones que, por actos de liberalidad, sufría el patrimonio de una persona, aparte de que servía de guía cuando ésta quisiera hacer uso de su crédito personal, á los que, impulsados de buena fe ponían la seguridad de su crédito en la solvencia del deudor. Añade esa constitución que «si tales donaciones no fuesen continuadas diez días antes del préstamo ó contrato, no perjudiquen ni puedan perjudicar á acreedores censualistas, ni á otros que tengan sus créditos en escrituras ó vales, aunque sean posteriores», y que dichas donaciones no tengan fuerza ni valor en perjuicio de los dichos acreedores censualistas, ni de otros que tengan sus créditos con *carta ó albarán*, sino desde el día de la continuación de aquéllas en el Registro de la *vegueria*».

El Derecho romano exigió la insinuación judicial en las donaciones superiores á quinientos florines y dispone la ley 34 Código DE DONAT. que no las requieren las hechas en diversos tiempos entre las mismas personas, en cantidades que cada una de ellas no

llegue á dicha cifra, aunque, sumadas, excedan. De este requisito se halla exenta la donación de una pensión anual que no llegue á los quinientos florines, si estuviese limitada á la vida del donante ó del donatario (ley 34 Cód. íd.), añadiendo ésta, que las donaciones no insinuadas de una cosa, cuyo valor sea mayor de los quinientos florines, valen en la parte que no exceda de esta cantidad, pudiendo el donador ó donatario á quien corresponda la mayor parte de la cosa, quedársela entregando el resto al otro, y caso de que éste no quisiera verificarlo y fuese indivisible la cosa, deberá permitir que se la quede aquel á quien corresponda la mejor parte, mediante la obligación de entregar el resto.

No requieren la insinuación judicial, cuya diligencia se efectúa por medio de acto de jurisdicción voluntaria: 1.º Las donaciones que se hagan al Soberano y las hechas por éste (ley 34 Cód. DE DONAT.); 2.º Las que se otorgan en capitulaciones matrimoniales (ley 1.ª título 9.º, lib. 8.º, vol. 1.º de las Const. de Cataluña y Novela CXIX); en cambio son nulas las donaciones de los padres á las hijas cuando se casan, si, no haciéndose en capitulaciones matrimoniales, dejan de insinuarse (Sent. de 21 de Mayo de 1845); 3.º Las hechas para la redención de cautivos (ley pen. Cód. DE DONAT.); 4.º Las que se destinan á la edificación de un edificio arruinado (ley 36, Cód. íd.); 5.º Las que hace un jefe militar para recompensar los servicios de sus subordinados (ley pen. Cód. DE DONAT.); 6.º La de cosa eventual, como el premio de la lotería, porque no puede apreciarse su valor que es solo el eventual de la esperanza (Sent. de 27 Enero de 1858); 7.º La de bienes que dependan del resultado de un litigio, pues se ignora lo que valdrán al ser realizados (Sents. 7 de Mayo de 1860, 21 de Noviembre de 1861, 31 de Enero de 1866 y 2 de Diciembre de 1862). Esta donación no impide que se ejecute la sentencia, no obstante cualquier excepción ó derecho que por dicha donación ú otras enajenaciones se opusiere por el tercer adquirente, los cuales le quedan á salvo para después de ejecutada aquélla, á no ser que la audiencia resolviere oírlos antes de este tiempo (Const. de Cataluña vol. 1.º, lib. 8.º, tít. 6.º, ley 2.ª, a. 1547), y 8.ª Las donaciones remuneratorias en que además se imponen obligaciones al donatario como sería la de mantener al donante durante su vida (Sents. de 2 de Diciembre de 1862 y 30 de Diciembre de 1867).

Las donaciones universales de la mayor parte del patrimonio, ó que excedan de 500 florines (4.529 reales, según dice la Res. de 1.º de Mayo de 1888 y 14 maravedises, además, según la audiencia de

Barcelona, pues el *florín* vale 17 sueldos ó sean nueve reales y dos maravedises, como reconoce Vives) son nulas cuando falta la insinuación y se hacen ó resultan en perjuicio de acreedores. A evitar esto tiende dicha disposición municipal; pero, además, es jurisprudencia constante en Cataluña, y así lo reconocen las sentencias de 13 de Marzo de 1869 y 29 de Diciembre de 1870, el aplicar el Derecho romano en materia de donaciones para la resolución de las cuestiones no comprendidas en el caso especial y concreto de la mencionada constitución, pues aquél tiene carácter supletorio al derecho propiamente directo ó catalán, respetado por el art. 12 del Código. Los 500 florines equivalen á 1.132 pesetas.

La Sent. de 15 de Febrero de 1884 declara que la insinuación es necesaria solamente para la validez de las donaciones puras y simples, y que excedan de la tasa legal de los 500 florines, y no para las condicionales.

El requisito de la insinuación (no basta que se haga, es preciso que el Juez la apruebe) supone que la donación es de las llamadas puras ó simples, (no las causales por razón de matrimonio) que comprendan todos los bienes, y aunque no sean de todos, su cuantía exceda de los 500 florines, y que con ella se perjudique á los acreedores cuyos créditos consten en escrituras ó vales, y con igual ó mayor razón, si proceden de cosa juzgada (ley 1.<sup>a</sup>, tít. 9.<sup>o</sup>, lib. 8.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup> de las Const. complementada esta por el Derecho romano).

Es también de citar la ley del tít. 9.<sup>o</sup>, lib. 8.<sup>o</sup>, vol. 1.<sup>o</sup> de las Const. de Cataluña, en orden á que pueden donarse todos los bienes siempre que quede á salvo la cuarta parte, que es la legítima de los descendientes, debiéndose rescindir en lo necesario para salvar dicha cuota.

Era jurisprudencia en Cataluña que, mediando juramento, no había necesidad de la insinuación judicial, pero el Tribunal Supremo ha resuelto lo contrario en Sent. de 13 de Marzo de 1869.

El Usatge POSSUM ETIAM, que figura en el tít. 9.<sup>o</sup> lib. 8.<sup>o</sup>, volumen 1.<sup>o</sup> de las Constituciones, autoriza la donación de cosa que se espera que recaiga justamente en el donante. El feudatario puede hacer donación universal ó heredamiento (*Heretament*) que también se llama donación hereditaria, instituyendo heredero (*heréu*) ó herederos á un hijo ó nieto, á sus hijos y nietos, ó á otra persona por acto entre vivos, con ó sin reserva del usufructo vitalicio (Const. de Cat. VII, VIII; Cost. de Alb. XXIII, XXIV, XXVII y XXXV).

### Donaciones entre cónyuges

Véase la pág. 212 del tomo 1.º y capítulo anterior de este tomo. Además, por la gran importancia que encierra, es de citar la Sentencia de 14 de Diciembre de 1910, en la cual se reconoce la validez de una donación sponsalicia, constante el matrimonio, porque el estado especial de uso y de Derecho consuetudinario en Cataluña permite, consecuente con los principios de amplia libertad, reguladores del régimen sucesorio y del patrimonio de la familia, que las capitulaciones se otorguen lo mismo antes que después del matrimonio, licitud prevista por la Const. 19 DE DONAT. NUP. y por la Instituta, desde el momento que una y otra, favoreciendo el interés social, facultan, ya casados los otorgantes, para hacer y alterar los pactos ó capítulos convenidos. En esa sentencia se añade que, si bien la Const. 1.ª tít. 9.º, libro 8.º, vol. 1.º, complementaria de la ley 25 del Código DE DONATIONIBUS INTER VIREM estima como esencial para la validez de las donaciones el requisito de la insinuación cuando se trate de transmisión universal ó de la mayor parte del patrimonio, capaz de privar al donante de lo preciso para la vida, ó de perjudicar á sus acreedores, en el caso objeto del pleito, motivo del recurso, no era necesario esa formalidad, por cuanto la ejecución de lo capitulado estaba deferida á la muerte del donador, y de consiguiente era incierta é indeterminada la cuantía, cuya virtualidad no perdería, de todas suertes, aun supuesta la nulidad, dado que el propio recurrente, respetándola con sus actos, la convalidó sin reservas.

En dicha sentencia, se consideró tal donación como inter vivos, á pesar de que en la cláusula se decía que «se verificaba desde ahora para después de su muerte» (referíase al donante), porque atribuía facultad á la donataria para disponer, como estimara conveniente, de la cosa donada. Esta sentencia se halla en oposición con la de 3 de Enero de 1905.

### Donación entre tutelados y sus guardadores

Según Sent. de 10 de Octubre de 1857 son nulas, con arreglo á las Constituciones de Cataluña, las donaciones hechas por los me-

nores de 20 años á favor de sus tutores ó curadores directamente ó por persona interpuesta, á menos que se hayan hecho y firmado con voluntad y consentimiento de tres parientes más inmediatos de parte de padre ó de madre ó de parte de padre solamente, ó de parte de madre, y á falta de éstos, de tres amigos más allegados, con intervención del Juez y juramento del menor. Efectivamente; así lo prescribe la ley única, tít. 2.º, libro 5.º, vol. 1.º de las Constituciones, año 1351, la cual también declara nulo el instrumento que se hiciere en perjuicio del heredamiento ó donación por causa de matrimonio, y al efecto dispone que si se hiciere algún instrumento por los hijos á favor de sus padres, ó por cualquiera otra persona á favor de cualquier otro, en disminución, derogación ó perjuicio del heredamiento ó donación hecha ó por hacer por aquellos padres y cualesquiera otros, á sus hijos ó cualesquiera otros, en tiempo de bodas, el tal instrumento sería nulo, de ningún valor é *IRRITO IPSE JURE*, sin podersele dar fe en juicio ni fuera de él, en modo alguno, quedando prohibida á los Notarios la autorización de dichos instrumentos.

Respecto de la donación que haga el pupilo á su tutor, puesto que en Cataluña rige el Código en materia de tutela, creemos que es nula, de cualquier manera que sea.

#### **Cesión á persona más poderosa**

Deben ser observadas las leyes romanas que prohíben hacer cesiones á personas más poderosas, así por razón de riquezas, como de oficio.

#### **Donaciones entre vivos de padres é hijos**

Según el Usatge *AUCTORITATE ET ROGATU*, que forma parte de las Const. de Cataluña, tít. 9.º, libro 8.º, vol. 1.º, el padre ó abuelo pueden mejorar á su hijo ó nieto por un acto entre vivos, haciéndole donación particular ó singular, con reserva del usufructo vitalicio, la cual es irrevocable, *SI JUSTE FUERIT FACTA AUT NULLA ALIA IMPEDIERIT RATIO*; pero ha de concurrir alguno de los siguientes actos: homenaje (que el donador reciba al donatario como hombre sólido); potestad de castillo, ó sea que el donador dé potestad del

castillo donado al donatario; encomienda de castellano, consistente en que el donador haga prestar homenaje al castellano, como vasallo del donatario, y adquisición del señor, consistente en que este soberano reciba por vasallo al donatario.

Ese Usatge trasciende á feudalismo, por establecer relaciones de vasallaje entre donante, donatario y habitador del castillo, no permitidas al presente; de manera que de ellas solo subsiste lo que es propiamente del Derecho civil según el fuero, el cual las autoriza sin otras limitaciones que las de no perjudicar á los herederos del donador ni á la legítima paterna de sus descendientes, consistente en la cuarta parte de su caudal (Sents. 29 Septiembre 1865 y 26 Junio 1869) Caben esas donaciones aun cuando el donatario se halle bajo la patria potestad del donante (Res. 25 Febrero 1903). De dicho fuero se desvía la Rúb. 11, libro 8.º de las Cost. de Tort., prescriptiva de que si el padre da á su hijo, estando en la patria potestad, alguna cosa, libre y absolutamente, tal donación no vale si por la muerte del donante no es confirmada tácita ó expresamente.

### Revocación de donaciones

Las donaciones entre vivos son irrevocables (leyes 4.ª y 5.ª Código DE DONAT.), como también lo son los heredamientos hechos en capitulaciones matrimoniales, unas y otros si quien los verifica no se reserva la facultad de modificarlos. Entiéndese esa irrevocabilidad subordinada á que no se perjudiquen ó disminuyan las legítimas de los ascendientes y descendientes (Sent. 19 Abril 1865).

No obstante esa irrevocabilidad, característica de la donación inter vivos, ésta puede revocarse: 1.º si el donatario ha injuriado gravemente al donador; 2.º si le hubiere golpeado ó maltratado; 3.º si le hubiere causado grave daño en su propiedad; 4.º si hubiere atentado contra su vida, y 5.º por incumplimiento de las condiciones de la donación después de apremiado á ello judicialmente (ley última Cód. DE DONAT.) La injuria del donatario al donante, causada sin espontaneidad y en defensa de sus derechos, no rescinde la donación.

No es válido el pacto de que no pueda revocarse la donación por causa de ingratitud (ley 27 Dig. DE PACT.; Cód. DE NUD. STIP.) La facultad de revocar no se transmite á los herederos del donador, ni alcanza á los herederos del donatario, ni á las personas que antes

de pedirse la revocación hubiesen adquirido de este último en todo ó parte las cosas donadas.

La donación hecha por el padre ó madre á favor de uno de sus hijos ó de un extraño podrá ser rescindida después de la muerte del donador por los demás hijos en la cantidad que perjudique su legítima (ley única, tít. 9, lib. 8.º, vol. 1.º Const. de Cat.) La madre que hubiese pasado á segundas nupcias no podrá revocar por causa de ingratitud las donaciones que hubiese hecho á los hijos del primer matrimonio, sino en los casos siguientes: 1.º Si éstos la hubiesen golpeado ó maltratado; 2.º Si hubiesen atentado contra su vida, y 3.º si hubiesen pretendido hacerle perder todos sus bienes (Novela 22, cap. 35).

### Responsabilidad y derechos del donante

No responde por la evicción de la cosa donada y solo viene obligado á indemnizar al donatario de los perjuicios que hubiese sufrido por razón de los vicios de la misma si hubiera mediado por su parte intención dolosa (leyes 16 y 18 Dig. DE DONAT.) Tampoco viene obligado á satisfacer intereses por demora en la entrega de la cosa donada (ley 22 Dig. íd.) Goza del beneficio llamado de competencia, mediante el cual no puede ser ejecutado para el cumplimiento de la obligación, sino en lo que le sobre después de deducido lo necesario para su decente manutención y pago de deudas por las que no goce de aquel beneficio (ley 12 Dig. íd. y 28 Dig. DE DIV. REG. JUR.)

### La insinuación ante el Derecho romano y las Constituciones

Según la Const. 1.ª, tít. 9, lib. 8, vol 1.º, no valen las donaciones superiores á 500 florines de oro hechas en perjuicio de los acreedores, cuyo crédito naciese antes de la insinuación ó dentro del término de diez días de verificada, en cuanto al exceso de dicha cantidad. Surgió la duda de si esta insinuación había derogado la exigida por el Derecho romano ó si existía por ésta por ser más general. El Tribunal Supremo ha declarado esto último en sentencias de 13 de Marzo de 1866, 9 de Diciembre de 1891 y 24 de Abril de 1894.

## ARAGÓN

La donación hecha por un menor de 14 años es nula (Fuero único DE CONTRACTIBUS MINORUM). Los padres pueden donar á sus hijos, aún siendo éstos impúberes, todos sus bienes, ó donar á cada uno de ellos una parte, no quedando responsables los donatarios de las obligaciones de los donantes, sino en los casos de que los bienes donados estuviesen especialmente embargados (*emparados*) ú obligados á instancia de algún acreedor (Obs. 3 y 17 DE DONATIONIBUS). Es válida la donación que los padres hacen á sus hijos por razón de matrimonio, los cuales no vienen obligados á colacionarla, cualquiera que sea su cuantía (Ob. 1.ª íd.)

Respecto de la donación por razón de matrimonio, véase el capítulo VII del tomo I.

Las donaciones entre cónyuges son válidas, ya sean inter vivos, ya mortis causa, ya del total, ya de una parte de los bienes y sin necesidad del consentimiento de los respectivos parientes (Ob. 5.ª DE DONATIONIBUS). Se exceptúan las de los bienes de la dote y *aiwosar*, exigentes de dicho consentimiento (Ob. 1.ª DE JURE DOTIUM y Fuero 1.ª DE CONTRACTIBUS CONJUGUM), así como la de bienes muebles hecha inter vivos por el marido á la mujer (Ob. 25 DE JURE DOTIUM), porque la administración de ellos, por ser dotales, vuelve al marido, sin que tenga objeto semejante donación, pues de derecho recobra la propiedad de los mismos, lo cual es incompatible con esa misma propiedad que por efecto de la donación adquiere el donatario. Declarado el marido en concurso de acreedores quedan sin efecto los poderes que hubiese conferido á su mujer, aunque fuesen con la cualidad de irrevocables, siendo inaplicable la Ob. 5.ª DE DONATIONIBUS, porque el otorgamiento del mandato, aún con esa cualidad, es de naturaleza y efectos muy distintos al de una donación (Sent. 11 Diciembre de 1871).

La donación de todos los bienes presentes y futuros, hecha por el hombre antes de casar, no puede perjudicar á la mujer, alcanzando á los que por razón de ella vinieran al matrimonio (Ob. 29 DE DONATIONIBUS).

Son válidas todas las donaciones de todos los bienes presentes y futuros, aún cuando estuvieren generalmente obligados; pero no si lo estuvieren especialmente, anotados por el Fisco ó embargados

(Ob. 17 DE PIGNORIBUS y 13 DE DONATIONIBUS). Es válida la que consiste en una cantidad, para cuyo pago se conviene en que el donatario perciba los productos de ciertas fincas (Ob. 10 DE PIGNORIBUS).

La donación de todos los bienes á un extraño en perjuicio de los hijos habidos ó por haber se invalida por inoficiosa si el donante no fuese un hijo; pero en este caso se ha de dejar á los demás á salvo de algo (Fuero 4.º DE DONATIONIBUS). Si la donación de todos los bienes habidos no comprende los que puedan haber, no alcanzará á los adquiridos posteriormente á la fecha de la donación (Fuero 3.º DE FIDE INSTRUMENTORUM).

La donación de bienes sitios habrá de consignarse en escritura pública (Fuero citado), sin que quepan hoy las excepciones de esta regla, señaladas por Lissa, tales como las hechas por el Príncipe y por los religiosos, pues el Código, supletorio en Aragón, exige ese requisito. Las donaciones superiores de 500 sueldos jaqueses necesitan insinuarse para ser válidas, debiendo cerciorarse el Juez de la verdad de la donación, para prestarles su confirmación, levantando el Escribano la correspondiente acta de todo, con la circunstancia de que los testigos intervinientes en esta diligencia no pueden servir en el otorgamiento de la escritura de donación (Fuero 3.º DE DONATIONIBUS)). Se exceptúan de ese requisito las donaciones hechas por Reyes, príncipes y religiosos para cuya validez bastan sus sellos, signos y testigos (Fuero 3.º DE FIDE INSTRUMENTORUM), y las hechas en testamento, que subsistan con la sola inscripción de los albaceas (Fuero 2.º DE CONLLUSIONE DETEGENDA). A estas excepciones añade Molino las donaciones otorgadas por dote ó en razón de matrimonio; Portolés y Franco incluyen las remuneratorias y las causales; Lissa, las promesas de donar, y Blas asegura que tan numerosas excepciones han hecho que la insinuación apenas si se aplique. Este sentir se halla en oposición con la Sent. de 22 de Enero de 1884, según la que, las donaciones superiores á 500 sueldos jaqueses faltas de insinuación, no hacen fe en juicio ni fuera de él, requisito que no puede cumplirse cuando no hay términos para fijar el valor de las donaciones, como también cuando éstas se hallan sometidas á cierta postura, porque la obligación eventual que comprenden y sus indefinidos gravámenes impiden fijar la importancia y utilidad de las mismas.

La donación otorgada en escritura pública transfiere el dominio y la posesión al donatario por ministerio de la ley, sin que cause

contradicción á su derecho posesorio, ni de propiedad el hecho de poseer posteriormente el donante los bienes donados, excepto cuando los enajenare por título oneroso y el donatario no reclame en el plazo de un año á contar desde la fecha de la enajenación (Fuero 2.º DE CONCLUSIONE DETEGENDA), doctrina no aplicable en el caso de haber inscrito el donatario su escritura en el Registro, ante lo dispuesto en el art. 23 de la ley Hipotecaria, á base de cuya inscripción se haya fundado otra á favor de tercero.

Las donaciones hechas con las solemnidades necesarias son, por punto general, irrevocables (Obs. 7 y 18 DE DONATIONIBUS); lo es la de todos ó muchos bienes verificada por el padre en favor de uno de sus hijos, sin reservar nada á los demás, pero solo á instancia de éstos ó del acreedor por obligación especial á quien le perjudique aquella para la solvencia de su crédito (Obs. 2 y 9 íd.) Los hijos legítimos ó naturales ya nacidos, pueden pedir la revocación de la donación de todos los bienes presentes y futuros que, sin reservar nada para ellos, se hubiera hecho á un extraño, así como puede anularse si tiene igual resultado respecto de hijos del donante, nacidos después de la donación (Fuero 4.º DE DONATIONIBUS).

Además de la nulidad inherente á las donaciones por falta de capacidad de las personas, formas y licitud del objeto, la Observancia 11 DE DONATIONIBUS habla de la fianza de salvedad, hoy caída en desuso, consistente en la ratificación de la donación hecha por el donante.

## NAVARRA

Tienen allí gran importancia las donaciones PROPTER NUPTIAS que son secuela de la libertad de testar, y como aquéllas menudean, apenas si de esta última se hace uso según advierte Alonso Martinez. Para la validez de las donaciones superiores á 300 ducados se necesita la presencia del Notario y testigos y la insinuación judicial, á menos que se trate de donaciones por causa de matrimonio, ó hechas con motivo de pleitos pendientes (ley 2.ª, tít. VII, lib. III de la Novísima Recopilación). Esa nulidad no es como en Cataluña del exceso del tipo, sino de toda la donación (ley 3.ª, íd.), de cuyo requisito de la insinuación se hallan dispensadas las donaciones corroboradas por juramento (ley citada), constituyendo esto último, en sentir de Alonso, la causa por la cual no se registra en la práctica ninguna insinuación.

La donación hecha por el padre á uno de sus hijos es irrevocable, aunque sea en mayor cantidad que las otorgadas á los otros capítulos 1.º y 2.º, tít. 19, lib. 3.º del Fuero); ante esa irrevocabilidad, el donante ya no puede disponer de los bienes, á menos de que hubiesen mediado reservas (Sent. de 28 de Septiembre de 1867). No ya solo reservas, sino obligaciones pueden haberse impuesto al donatario, tales como dotar á sus hermanas y dar carrera á sus hermanos á la muerte del donante, cuyo usufructo de los bienes donados se retiene, encaminado todo á dar á la familia navarra carácter patriarcal.

Los viudos con hijos no pueden otorgar donaciones de los bienes de *abolorio* (constituyen éstos una reminiscencia de la copropiedad familiar), pero sí de los conquistados, á no ser con consentimiento de ellos, ó que se haga después de practicada la partición (cap. 3.º del Fuero) y si bien ordena el Amejoramiento de éste que los bienes de la donación *PROPTER NUPTIAS*, hecha por cualquier persona, sea ó no pariente, vuelvan al donador si viviese (reversión) y si hubiese fallecido le hereden los más cercanos, ese Amejoramiento fué modificado por la ley 9.ª, tít. 7.º, lib. 3.º de la Novísima Recopilación de Navarra, prescriptiva de que, muerto el donatario antes que el donador, no puede disponer éste de los bienes donados, y que lo mismo sea en vida del donador, cuando el hijo del donatario fallece después que su padre (Sent. de 19 de Junio de 1865).

Por el consentimiento ó promesa del donante se perfecciona la donación que se consuma por la entrega de la cosa, pues en Navarra rige el Derecho romano en aquello que no se opone á su legislación propia.

## VIZCAYA

Las donaciones habrán de hacerse ante Escribano, especificando los bienes en que consistan, así como sus artefactos si los tuviere, y de no tenerlos, bastará se diga, que se hará con todos sus *pertenecidos* (ley 12, tít. 20 del Fuero). Bajo esta aceptación se comprenden «los derechos que, aunque de carácter piadoso, constituyen el patrimonio del donante respecto á las cosas donadas y otros cualesquiera bienes raices á la casa y casería». «Cuando las donaciones se hicieren generalmente, que tal contrato sea válido si se refiere á inmuebles, siempre que se aporten los bienes raices relativos al derecho de los profincuos; y por lo que se refiere á bienes inmue-

bles, que el donante pueda reservar lo que quiera y para quien quiera, y no reservándose nada, tal donación de bienes hecha con generalidad, comprende solamente todo el aderezo y alhajas necesarias para regir la tal *casería* que oviere, y las cubas, arca y camas que oviere en la tal casa que dona, aceto lo reservado» (ley 13 íd.). La ingratitud es causa de revocación, á no ser que medie expresa ó tácita remisión del hecho en que consista (ley 22, tít. 34 íd.).

Están prohibidas las donaciones y otras mandas de bienes raíces en más de una quinta parte á favor de extraños, existiendo descendientes, ascendientes ó parientes dentro del cuarto grado (ley 18, tít. 20 del Fuero). Aplican esta doctrina á casos prácticos las Sentencias de 28 Junio 1862 y 17 Febrero de 1868).

## MALLORCA

Cualquiera que sea la donación no requiere la insinuación judicial (Ob. 13 de los estilos de Arnaldo de Eril).

Para que un notario pueda autorizar una escritura de donación habrá de cerciorarse previamente de si el donante tiene el deliberado propósito de otorgarla (Ordinación 67). El carácter de donatario universal se identifica con el de heredero igualmente universal, según la costumbre observada en algunos pueblos de las islas Baleares en que tales donaciones participan de la naturaleza de instituciones hereditarias (Sent. 22 Diciembre de 1884).

### Código civil

#### Elemento personal de la donación

Habiendo estudiado al principio de este capítulo lo referente al concepto, clases y efectos de las donaciones, importa ver quiénes pueden hacerlas y qué personas aceptarlas. El donante debe tener capacidad para contratar y derecho para disponer de sus bienes. Carecen de esa capacidad, con arreglo al art. 1.263, ya que no pueden prestar el consentimiento: 1.º Los menores no emancipados; 2.º Los locos ó dementes y los sordo-mudos que no sepan leer ni escribir, y 3.º Las mujeres casadas en los casos expresados por la ley. Aún teniendo capacidad, el consentimiento del donante puede

estar viciado por error, violencia, intimidación y dolo, y claro que, en estos casos, cabe la anulación del contrato, así como su confirmación.

No basta que el donante tenga capacidad legal para contratar; requiérese que, en concreto, la tenga para disponer de los bienes objeto de la donación; esto último significa, además, que le pertenezca aquello de que dispone: NEMO DAT QUOD NON HABET, puesto que se trata de un acto de enajenación, que significa sacar la cosa del patrimonio de uno para que entre en el del extraño.

El menor emancipado y la mujer casada no tienen la prohibición absoluta de donar; pueden verificar donaciones de bienes muebles y aún de inmuebles, siempre que se cumplan las formalidades legales ó concurren los medios, complementarios según nosotros, ó supletorios como dice Manresa, de la FACULTAS AGENDI, y aún la mujer puede donar libremente sus bienes propios aunque sean inmuebles cuando es la administradora de los bienes de su marido ausente (art. 189). Como quiera que los bienes de la sociedad de gananciales pertenecen al consorcio, el marido no puede donarlos (art. 1.413), pero sí podrán hacerlo ambos cónyuges. El tutor no puede donar los bienes del tutelado (art. 273), como el padre no puede verificarlo respecto de los de sus hijos sujetos á su potestad, siendo de aplicación, por analogía, este último artículo, ya que el Código no registra precepto expreso; pero se puede citar la Sent. de 28 de Noviembre de 1892 que declara nula la donación hecha por el padre con bienes de sus hijos menores.

Respecto á la capacidad de los concursados, como quiera que éstos se hallan privados de la administración de sus bienes (artículo 1.914), no pueden hacer donaciones, como tampoco los quebrados, según determina el art. 878 del Código de comercio. Pueden donar las Iglesias y las Corporaciones religiosas, así como los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales; pero deberán ajustarse estas corporaciones económico-administrativas á las formalidades legales propias de toda enajenación, ya que tienen el deber de cuidar y conservar los bienes y derechos cuya administración les está encomendada (véase la Sent. de 23 de Junio de 1885); y respecto de los establecimientos de Instrucción y Beneficencia, como quiera que solo conservan los bienes necesarios para el cumplimiento de sus fines, no pueden donarlos y los que no tienen este carácter se han de convertir en inscripciones intransferibles de la Deuda.

Los menores de edad pueden hacer donaciones en su contrato

antenuptial (arts. 275 y 1.229). El marido puede hacer donaciones moderadas de los bienes de la sociedad conyugal para objetos de piedad y beneficencia, pero sin reservarse el usufructo (art. 1.415), de cuya facultad puede hacer uso la mujer cuando se le transfiere la administración de dichos bienes con arreglo á las formalidades de la ley, ó cuando su marido se halle ausente respecto de los bienes de ella (art. 188).

Discútese acerca de cual debe ser la época en que ha de tener el donante la capacidad, porque puede ocurrir que no la tenga aquél cuando se acepte la donación. Entendemos con Troplong que el donante debe tener capacidad y hallarse en condiciones de disponer de los bienes cuando hace la donación y cuando ésta es aceptada, porque entonces queda perfecto el vínculo jurídico.

No pueden donarse las cosas ajenas (Sents. de 28 Enero de 1886 y 27 Septiembre de 1865), pero sí los derechos sujetos á condición resolutoria.

Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello, porque, constituyendo una verdadera liberalidad, en nada se perjudican; quedan excluidos por tanto los que tienen incapacidad por disposición de la ley y éstos son, aplicando, por analogía el art. 745, las criaturas abortivas, las asociaciones y corporaciones no permitidas por la ley y las personas inciertas (art. 750), siendo también de aplicación el art. 746.

Pero además de esa incapacidad absoluta, está la relativa, conforme á lo dispuesto en los arts. 1.334 y 1.335, que, respectivamente, declaran nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio, excepto las que se refieren á los regalos módicos que éstos se hagan en ocasiones de regocijo para la familia, y las que, constante el consorcio, haga el cónyuge á uno de los de los hijos que el otro consorte tenga de diverso matrimonio ó á las personas de quien sea heredero presunto al tiempo de la donación.

El donatario debe tener capacidad al tiempo de aceptar la donación; de manera que si es una asociación ilícita cuando se hizo el ofrecimiento, pero lícita cuando acepta, es válida aquélla por haberse puesto en condiciones legales.

Para aceptar requiérese posibilidad de esto, es decir que el donatario consienta la liberalidad que se le hace, y claro que es un absurdo suponer que puedan verificarlo por sí un menor que no sabe hablar, ni un loco ó demente; de manera que el art. 625 no puede tomarse tan en absoluto, y aunque la donación no sea ni condicio-

nal, ni onerosa, verdaderamente simple, por dichos donatarios deben aceptarla los que tengan su representación, porque requiérese el consentimiento, el cual no pueden prestarlo ni esos menores, ni tales incapacitados, y así indirectamente lo reconoce el art. 631.

Las personas que no pueden contratar carecen de capacidad para aceptar donaciones condicionales ú onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes, porque pueden resultar perjudicadas; pero esos legítimos representantes pueden repudiar donaciones. El tutor puede aceptarlas, pero no repudiarlas sin autorización del consejo de familia (núm. 10 del art. 269), cualquiera que sea la donación, simple ó condicional, pues el precepto no distingue. No así ocurre con el padre. Este puede libremente aceptar ó repudiar la donación; la ley no le pone cortapisa en esto, como lo hace tratándose de la enajenación de bienes inmuebles; y es que la donación ofrecida, pero no aceptada, no ha creado ningún derecho en el donatario, cosa distinta de las enajenaciones, que suponen en quien las hace ó por el cual se verifican, cosas ó derechos constitutivos de su patrimonio.

Por Real orden de 7 de Octubre de 1893 se autorizó al Director de Administración local para recibir cantidades donadas á establecimientos de Beneficencia en general, vender los títulos y aplicar su importe.

Las donaciones hechas á los concebidos y no nacidos son válidas, puesto que se les considera con vida para todo lo que les sea provechoso, y deberán ser aceptadas por las personas que legítimamente les representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento; pero claro que el donatario ha de tener vida intrauterina y, en tanto surte efecto la donación en cuanto el nacimiento se verifique en las condiciones que determina el art. 30; de manera que semejante liberalidad se halla sujeta, por lo que respecta al donatario, á una condición suspensiva, ya sea aquélla simple, condicional ú onerosa. Las hechas á personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simultáneamente bajo la apariencia de otro contrato por persona interpuesta ¿Quién debe pedir la nulidad? ¿Dentro de qué término? El Código no lo dice y para suplir su silencio debe acudirse á sus artículos 1.300 al 1.314.

## Elemento formal de la donación

Esta constituye un acto productor de una relación jurídica de la que son parte y contenido derechos y obligaciones.

Su perfeccionamiento presenta tres grados, que pueden darse en un mismo momento; nos sugiere esta idea el estudio combinado de los arts. 623, 229, 630, 632 y 633. Con efecto: sin aceptación no hay donación; pero no basta que se acepte, requiérese que aquélla llegue á conocimiento del donante. Puede ser de cosa mueble ó de cosa inmueble; la primera de éstas reviste indistintamente la forma verbal ó escrita. Si se hace verbalmente, requiérese la tradición (que ya exigió el Derecho romano), constituída por la entrega simultánea de la cosa donada; desprendiéndose de ella el donante, quítala de sí del todo, y tenemos en este caso que la perfección y la consumación son actos coetáneos; pero si no se entrega la cosa, requiérese que la donación se haga por escrito y que conste en la misma forma la aceptación.

Tratándose de cosa inmueble, requiérese que se haga en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados, para que no se confundan con otros, y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, porque si resulta que el importe de éstas excede al de los bienes, no hay tal liberalidad.

La escritura pública es el primer grado ó factor inexcusable en la perfección; pero no basta su otorgamiento; requiérese que el donatario, con ó sin cargas, acepte la donación en el mismo documento notarial ó en otro separado, de igual clase, y como la donación representa voluntades concordadas, si el donatario no acepta la cosa en vida del donante, falta el vínculo jurídico entre ellos, dejando de surtir efecto la liberalidad otorgada. Una vez aceptada, creemos que aunque el donante fallezca produce su efecto la donación; consistirá todo en que sea notificada la aceptación á los sucesores de aquél. Tras el segundo período de la perfección, esencialísimo, que es la aceptación, viene la notificación de ésta; mientras no se haga, el donante, como quiera que ignora si el donatario la acepta ó no, puede disponer de la cosa; el vínculo no se halla totalmente perfecto, y claro que, si aquélla ha sido enajenada, el donatario carece de acción contra el donante; éste solo queda ligado cuando se le hace saber en forma auténtica la donación, forma que no puede ser

otra que la de documento notarial, ora ante el mismo notario que haya recogido la aceptación, ora por otro, porque la fe notarial siempre es la misma, debiendo expresarse esa diligencia en ambas escrituras.

Nos separamos de la opinión de Manresa, cuyo comentarista dice: aceptada la donación en vida del donante no es eficaz aún cuando se notifique á sus herederos. Sin ocultársenos lo compleja que es la cuestión no podemos dar una interpretación tan dura al § 2.º del art. 633, que solamente niega efectos á la aceptación verificada después de la muerte del que la otorga. Hubiera querido prescribir el artículo esa ineficacia y las palabras «no surtirá efecto» aparecerían en el último apartado del mismo y diría estas ó parecidas palabras «no surtirá efecto la donación si no se acepta y notifica al donante en vida de éste»; de consiguiente entendemos que la notificación exigida es solo para que el donante no pueda volver contra su liberalidad, constituyendo esto una facultad establecida en favor del mismo. El donatario cumplió diligentemente al aceptar, y la circunstancia de morir el donante quizás momentos después, de lo cual no tiene culpa aquél, sin tiempo acaso para verificar la diligencia de una manera auténtica, ni justa, ni equitativa, ni racionalmente debe ser parte para privarle de lo que él ha admitido en escritura pública, como si estuviese allí presente su favorecedor. No se nos oculta que nuestro sentir se desvía un tanto de la doctrina contenida en Sent. de 12 Junio de 1896, y que, de contrario, se puede objetar, citando el art. 1.862 referente á la perfección de los contratos celebrados entre personas que no están presentes (una de las reglas supletorias, porque se rige la donación, art. 621), pero repárese que tal ordenamiento no es aplicable por referirse á la aceptación hecha por carta, mientras que la aceptación de la donación se ha de hacer forzosamente por escritura pública. No hay, por tanto, paridad de casos.

Si la perfección de la donación se tiene cuando se notifica al donante la aceptación de la misma, muriendo el donatario después de aceptada y antes de la notificación, no transmitiría derecho alguno á sus herederos, sin embargo de lo cual Manresa considera eficaz en ese caso la donación por lo que se refiere á la transmisión de tales derechos. Al efecto, en la página 104 del libro V de su obra «Comentarios al Código civil español» dice: «La aceptación es lo *esencial* en las donaciones y la notificación al donante es una *formalidad* introducida en favor de éste; el donatario transmite sus dere-

chos á sus herederos, aunque muera antes de llegar á conocimiento del donante la aceptación» y termina con estas palabras: «puede ocurrir que el donante revoque su ofrecimiento en ese intermedio, (¿cómo ha de revocar lo que no tiene existencia legal?) y en tal caso, como no hay donación nada recibirán los herederos del donatario; pero si no ha cambiado la voluntad de dicho donante queda obligado á entregar los bienes donados á los herederos del donatario que antes de morir aceptó la donación». Una de dos: ó la notificación al donante, más que una formalidad es un requisito esencial para que se tenga por hecha la donación, ó no lo es; si lo primero, aún cuando el donatario acepte la liberalidad, no puede transmitir derecho alguno á sus herederos, si murió antes de notificarse al donante la aceptación: *NEMO DAT QUOD NON HABET*; si lo segundo, esa notificación no tiene otro alcance que el de poder el donante retirar, no revocar, la donación, cuya aceptación desconoce, sin venir obligado á entregar la cosa por haber cambiado de voluntad; si no desiste y muriendo en ese intermedio, y así como, según Manresa, los herederos del donatario pueden notificar al donante la aceptación de su causante, ese mismo donatario puede notificar á los herederos del donante la aceptación, porque tratándose de derechos patrimoniales y verificándose la aceptación en vida del que donó, la notificación, como formalidad, puede solicitarse y practicarse respectivamente por los herederos del donatario y á los herederos del donante, ya que unos y otros llevan, con tal carácter, la representación del *CUIUS*, pues si quien hizo la liberalidad hubiera querido retirarla, por serle desconocida su aceptación, medios tenía, incluso para disponer de la cosa donada por actos *inter vivos* ó *mortis causa*.

El art. 630, al prescribir que el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí ó por medio de persona autorizada con poder especial para el caso ó poder general y bastante, viene á robustecer, á *CONTRARIO SENSU*, nuestra opinión, porque si la nulidad cabe faltando la aceptación, la validez surge aceptando la donación: *INCLUSIO UNIVS EXCLUSIO ALTERIUS*, ya por el mismo favorecido, ya valiéndose de persona autorizada con poder especial para el caso, ó con poder general y bastante, esto es, que comprenda la facultad de aceptar donaciones y determinar cuales sean, sin que valga la representación verbal, ni la pura gestión de negocios, porque con tal hecho se extinguió el mandato, ni que en vida de aquél la acepten sus acreedores, por no autorizarlo el art. 630 y porque ni la renuncia, ni la no aceptación pueden estimarse hechas en frau-

de de acreedores, toda vez que aquél de nada se desprende al no aceptar.

Además, el art. 631 también viene, de cierto modo, á apoyar nuestro sentir, al disponer que las personas que acepten una donación en representación de otras que no pueden hacerlo por sí, (representación legítima, distinta de la voluntaria á que se refiere dicho art. 630) estarán obligadas á *procurar* la notificación y anotación de que habla el art. 633. Ese verbo *procurar* que, implícitamente rige á los sustantivos padre, madre, tutor, y, en general, á los que llevan la representación legítima de las personas naturales, sociales y morales, significa la gestión que deben hacer para que sus representados no sufran perjuicio si el donante, desconocedor de la aceptación, dispone de la cosa antes de serle notificada aquélla. Y repárese que el art. 632 no exige expresamente la notificación al donante de la aceptación cosa donada hecha por escrito, y puede resultar que semejante liberalidad sea de gran cuantía por tratarse de objetos de mucho valor, como créditos personales, títulos de la Deuda y, en suma, de todo aquello que es de condición mueble, determinado en el art. 334.

Consecuentes con nuestro criterio, creemos que, aceptada la donación por escrito en vida del donante, punto éste objeto de prueba por parte del donatario, la donación surte efecto en lo que se refiere á la transmisión de los derechos de éste á sus herederos, lo cual no excluye que si el donante desconoce la aceptación, pueda disponer validamente de la cosa mueble, en cuyo caso no es que la revoca, como dice Manresa en la página de su libro citada, porque no cabe revocar lo que, á su entender, carece de eficacia, sino que desiste ó se arrepiente de su liberalidad, sin venir obligado á cumplirla. De donde resulta que la notificación tiene por objeto robustecer el vínculo jurídico creado por la donación y prevenir que el donante, sabedor de ella, de cualquier modo, si la cosa donada es mueble, ó en forma auténtica, si es inmueble, pueda arrepentirse. Esa aceptación no puede ser tácita, sino expresa, á menos de que se trate de donación en cosa mueble verbalmente hecha, porque el hecho de recibir la cosa arguye la conformidad por parte del donatario. El Derecho romano admite la aceptación tácita, constituida por actos del donatario, y así también lo reconoció nuestro Derecho tradicional, constituidos aquéllos por el pago de las contribuciones correspondientes á los bienes donados, la posesión de éstos con los títulos de propiedad extendidos á favor del donante y la celebración de

misas impuestas como gravamen al donatario. En Cataluña y Navarra donde rige la Legislación romana, cabe esa aceptación tácita. También existen donaciones especiales, como el perdón de una deuda, que puede ser tácito ó expreso (véanse los arts. 1.187, 1.189 y 1.191). Las donaciones por razón de matrimonio no exigen la aceptación, pero en tanto surten efecto en cuanto aquél se celebre (véanse los arts. 1.333 y 1.339).

### Elemento real de la donación

La donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante ó parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias; no puede alcanzar á los bienes futuros, que son aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

### De los efectos y limitación de las donaciones

El art. 634 procura por el derecho á la vida, no permitiendo que la liberalidad del hombre llegue hasta el desprendimiento de todos sus medios económicos que le lleve á completa indigencia. Ya en Roma no se permitía la donación de los bienes futuros porque, exigiendo este acto la tradición, era imposible entregar lo que no se tenía. La ley 8.ª, tít. 4.ª, Part. 5.ª permitía la donación de todos los bienes presentes, por más que podía revocarse por el nacimiento de un hijo, libertad que aparece consagrada en el Derecho navarro, bien que condicionada por la insinuación cuando el valor de las cosas excede de 300 ducados, y respecto de Aragón, también es válida la donación de todos los bienes habidos y por haber (de manera que comprende también los bienes futuros) aún cuando puede invalidarse á instancia de los hijos del donante, pues tienen derecho á un *aligo*, llamado legítima, ó si se hizo antes de su nacimiento.

Ya hemos visto que el Derecho catalán exige que la donación universal sea insinuada ó aprobada judicialmente en acto de jurisdicción voluntaria, lo mismo que la que excede de 500 florines, como medida protectora para los intereses de los acreedores del donante. El Código no habla de insinuación judicial; basta que aquél

se reserve en plena propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias para que sea válida la donación de todos los bienes, punto éste que, como de hecho, á los Tribunales corresponde resolver, bien entendido que esa facultad del donante no puede perjudicar derechos adquiridos con anterioridad á la donación.

La de todos los bienes ¿es nula en su totalidad ó solo en cuanto al exceso por no haberse reservado el donante lo necesario? La Dirección general de los Registros se ha inclinado á lo segundo en Res. de 21 de Agosto de 1893, habiendo declarado por las de 17 y 18 de Abril y 5 de Agosto de 1907, no ser defecto que impida inscribir la escritura, la omisión en ella de que el donante se reservó lo necesario para vivir, y en la última de éstas se añadió que en el poder para donar no es necesaria la descripción individual de las fincas, como tampoco la notificación al donatario, si ésta se hizo en la escritura misma donde estuvo éste representado.

El Código no dice que la donación universal es nula; en tanto puede hacerse en cuanto el donante se reserve en plena propiedad ó en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente á sus circunstancias. De manera que lo que resulta en tal caso es donación excesiva, y probado que sea el exceso, los Tribunales deben limitar el alcance de la donación. Los arts. 634 y 635 son aplicables á toda clase de donaciones, puesto que no distinguen entre éstas.

Ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación más de lo que pueda dar ó recibir por testamento; la donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida. El art. 634 refiérese á donaciones excesivas, en respecto al derecho de vida del donante, en tanto que el 636, á donaciones inoficiosas con las cuales se perjudican los derechos legitimarios de ciertas personas; pero ni una ni otra són nulas, sino que deben reducirse á sus límites, no valiendo lo que de éstos exceda. Mientras viva el donante, la donación, aún cuando éste tenga herederos legitimarios, es presuntivamente válida y eficaz; pero, ocurrida su muerte que es cuando se adquieren los derechos sucesorios, y conocido su patrimonio, se verá si efectivamente es ó no inoficiosa. Esto es aplicable á toda clase de donaciones, entre éstas las dotes que son colacionables, cuya colación tiene por objeto dar cumplimiento al art. 336 entre los herederos forzosos del donante.

En Aragón, la donación de diferentes fincas, hecha á un hijo,

puede ser impugnada por los otros hijos si no quedasen bienes muebles bastantes para cubrir su irrisoria legítima, cuyo derecho también compete á los acreedores, incluso la donación que el padre haga de todos los bienes á favor de sus hijos cuando aquéllos estuviesen especialmente obligados. Ya hemos visto que en Cataluña la donación no puede perjudicar la legítima de los descendientes ni la de los ascendientes, lo cual no aparece prescrito en Navarra, porque su legislación proclama la libertad de testar, pero se exceptúan los casos de segundo ó ulterior matrimonio, como hemos dicho.

Cuando la donación hubiere sido hecha á varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa. Esa donación conjunta puede recaer en una misma cosa ó en un conjunto de cosas sin designación de partes determinadas, ni indivisas. Solamente si el donante hubiese establecido el derecho de acrecer procederán los efectos de éste, esto es, que el supérstite adquirirá la porción correspondiente al difunto. Hecha la donación conjunta, si uno de los donatarios la acepta y aún cuando el otro no la acepte ó no pueda aceptarla, surte todos sus efectos si el donante ha establecido el derecho de acrecer ó si éste es el establecido en el caso del § 2.º de ese art. 337 y, de consiguiente, el donante ya no puede revocar su liberalidad ni disponer libremente de los bienes donados, pues el donatario, al aceptar, no solo adquirió un derecho á la cosa ó á sus porciones indivisas, sino á lo que correspondería al otro compañero suyo, si éste hubiese querido ó podido aceptar por su parte, pues el derecho de acrecer, ya derivado de la ley tratándose de donaciones hechas conjuntamente á marido y mujer si el donante no dispone lo contrario, ya establecido por éste, constituye un lazo jurídico del que se aprovecha la persona favorecida con la liberalidad.

El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravámen.

El donante cumple entregando la cosa, y si el donatario es privado de ella, tiene éste, como equivalente á la misma, el derecho de saneamiento por evicción, toda vez que se subroga en los derechos y acciones del que se la donó; pero éste, ya que hace una liberalidad no debe pechar con tal saneamiento, á menos que la donación

haya sido onerosa, porque habiendo ya reciprocidad de intereses, es justo responda de la evicción hasta la concurrencia del gravamen, esto es, de aquello que no constituya la liberalidad. Complementan este art. los 1.332, 1.339 y 1.397.

Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados ó de alguna cantidad con cargo á ellos; pero si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes ó cantidad que se hubiere reservado. En el fondo de esa reserva palpita una condición suspensiva tácita en favor del donatario; si el donante quiere usar de esa facultad puede hacerlo y, en otro caso, ya por la naturaleza de la modalidad, ya por respeto á la voluntad presunta de aquél, deben ir al donatario los bienes ó la cantidad de que el donante no hubiese dispuesto. El donatario, mientras viva el donante, tiene algo más que una esperanza, un derecho condicional á lo que comprenda la reserva para el caso de no utilizarse y, de consiguiente, transmisible, de esa manera á sus herederos.

También se podrá donar la propiedad á una persona y el usufructo á otra ú otras, con la limitación establecida en el art. 781. El nudo propietario no viene obligado á constituir fianza; el donante, como tal usufructuario, tampoco; pero sí debe inventariar los bienes cuyo usufructo se reserva. El usufructo puede ser sucesivo, pero ha de recaer en personas que vivan al tiempo de empezar á surtir sus efectos la donación ó en llamamientos que no pasen del segundo grado.

Podrá establecerse válidamente la reversión en favor de solo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas, sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que las que determina el Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión significa devolución de una cosa á la persona de la cual procede; representa una fuerza conservadora. En su consecuencia, solo puede establecerse, tratándose de donaciones, en favor del que las hace, para cualquier caso y circunstancia, esto es, afectándolas á plazos y condiciones. La reversión puede recaer en favor del donante y de sus herederos, éstos, por su cualidad de sucedáneos de él; pero no en favor de otras personas, es decir, de terceros, pues entonces lo que existe es sustitución sujeta á las limitaciones que determina el Código respecto de las testamentarias, esto es, que los bienes tengan que recaer en personas vivientes al aceptarse la do-

nación ó, no hallándose en este caso, no pasen del segundo grado. Aún cuando pasen, no es nula la sustitución en absoluto; lo que habrá es que terminará en el segundo llamamiento, cuya decisión corresponde hacer á los Tribunales.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero es nula, más no producirá la nulidad de la donación; y es claro, porque lo esencial es ésta, que, aceptada, tiene eficacia, mientras que lo accidental es aquélla. Nula la reversión, se considera como no establecida. Pero si se ha establecido en favor del donador ó de sus herederos y puesto que constituye una condición resolutoria, por ejemplo la de si el donatario muere sin hijos, éste puede disponer de sus bienes, de tal manera afectado su derecho, y llegado el caso de la reversión vuelven las cosas á quien las donó ó á sus herederos, sin necesidad, en este último caso, de la inscripción previa á favor del donante, sino directamente á los sucedáneos del mismo, como resolvió el Centro directivo en 8 de Febrero de 1895. Si del Registro de la propiedad no resulta establecida la facultad de reversión, no perjudica á tercero, cuyo derecho haya inscrito, conforme á lo dispuesto en los arts. 36 y 37 de la ley Hipotecaria, que comentamos ampliamente en nuestra obra Derecho hipotecario y notarial.

Si se hubiere hecho la donación imponiendo al donatario la obligación de pagar las deudas del donante, como la cláusula no contenga otra declaración, solo se tendrá á aquél obligado á pagar las que aparecieren contraídas antes, porque se presume que esta fué la voluntad de las partes y de otro modo resultaría demasiado gravosa para el donatario la donación, y como pudiera ocurrir que las deudas resultasen de documento privado, para evitar todo abuso y perjuicio, debe estarse á lo dispuesto en el art. 1.227, porque con respecto á tales deudas, en cuya contracción no intervino el donatario, tiene éste la cualidad de tercero, no si resultan establecidas en documento público, porque su autorización ante el funcionario competente aleja toda simulación.

No mediando estipulación respecto al pago de deudas, solo responderá de ellas el donatario cuando la donación se haya hecho en fraude de los acreedores, pero esto se refiere á la donación simple, á la de pura liberalidad, no á la remuneratoria, ni á la onerosa, en las cuales existe un equivalente apreciable en dinero hasta la concurrencia del cual nada adquiere el donatario por título gratuito, y por respetables que sean los intereses de los acreedores no son de peor condición los del donatario.

Se presumirá siempre hecha la donación en fraude de acreedores cuando, al hacerla, no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella. Primero se paga, luego se dona; debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 37 de la ley Hipotecaria; la acción rescisoria dirigida contra tercero dura un año, pero la que se dirige contra el donatario tiene cuatro años de duración, por ser aplicable lo dispuesto en el artículo 1.229 en relación con el núm. 3.º del 1.291, 1.294 y 1.297 del Código civil.

Rescindida la donación por haberse hecho en fraude de acreedores ¿responde el donatario con sus bienes, de las deudas cuyo importe sea superior al valor de los donados? Creemos que su responsabilidad queda limitada al importe de estos últimos, sin que pueda hacerse efectiva contra su privativo patrimonio, porque no es un heredero del donante; adquiere por título inter vivos, no mortis causa; y si el heredero tiene manera de dejar esa responsabilidad acudiendo al beneficio de inventario, el donatario no puede servirse de este recurso, resultando que sería de peor condición que aquél, lo cual es soberanamente injusto.

Si el donatario se ha desprendido de los bienes, rescindida que sea la donación por haberse hecho en fraude de acreedores, responde con el valor de éstos; creemos que ese valor no es el precio obtenido, sino el que realmente tenían las cosas cuando se hizo la donación, porque por efecto de la rescisión pierde lo que adquirió; pero nada más, ya que con su patrimonio no responde de obligaciones ajenas.

Es de citar la Sent. de 9 de Abril de 1900, de que la presunción de fraude establecida en el art. 643 no excluye otros medios de probar y estimar aquél, por lo que, si se prueba que lo hubo y que el tercer adquirente de los bienes fué cómplice la donación es ineficaz.

### De la revocación y reducción de las donaciones

La donación se extingue por la pérdida de la cosa y por la renuncia del donatario; una y otra antes de ser entregada aquélla; por la reversión á favor del donante y por la revocación. El Código emplea como sinónimas en los arts. 644 y 645 las palabras revocación y rescisión, siendo así que tienen distinto sentido y muy diverso alcance.

La revocación supone la existencia de condiciones resolutorias tácitas llamadas legales, ó expresas, cuyo cumplimiento determina la decapitación del derecho adquirido por el donatario; éste no puede apartarse de la ley, ni de los términos del contrato. La rescisión constituye un medio reparador del perjuicio que hayan sufrido ciertas personas por consecuencia de la donación.

Chironi confunde la nulidad con la resolución, y dice que puede anularse la donación á consecuencia de un hecho que dependa de la voluntad de las partes ó de la disposición de la ley; añade, que, en el primer caso, se trata de la resolución y, en el segundo, de la revocación de las donaciones. Nos separamos de este sentir: aceptada la donación surge su validez, á menos de que existan causas que la invaliden desde su origen; la revocación supone que la donación ha existido y que es válida, pero que por cumplimiento de condiciones resolutorias surge un estado de derecho entre el donante y el donatario, dentro del cual cabe el cumplimiento de lo que la ley, en este caso, determina.

Toda donación entre vivos hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio queda revocada por el mero hecho de ocurrir cualquiera de las causas siguientes: 1.º Que el donante tenga después de la donación hijos legítimos, legitimados ó naturales reconocidos, aunque sean póstumos y 2.º Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

En ésta existe esa condición resolutoria tácita; la equidad que algunas veces se muestra equívoca acude en favor del padre; éste, al desprenderse de su patrimonio, lo hizo en la creencia de que no tendría hijos ó de que había fallecido el que tuvo, y claro que, favorecido con descendencia, no ya su amor, si que su deber paternal, le obligan á procurar por la suerte de estas personas, las cuales, á su vez, adquieren el derecho dentro de la familia, no solo legítima, como dice Chironi, sino la natural, mediando el reconocimiento, tanto á la cuota alimenticia, cuanto por la legítima, y sería contrario á la justicia natural, como dice Troplong, que subsistiese la donación sin esas satisfacciones al cariño y á los deberes y á los derechos de aquéllos á quienes perjudica.

Por mucho que la equidad abone esas causas de revocación, no se las puede aceptar sin limitaciones, y por esto prescribe el artículo 645 que, rescindida la donación (no emplea la palabra *revocada*) por supervenencia de hijos, se restituirán al donante los bienes do-

nados ó su valor si el donatario los hubiese vendido; si se hallaren hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho á reclamarla del donatario, y cuando los bienes no pudieren ser restituidos, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación. De manera que la revocación no puede perjudicar á tercero que, de buena fe y con justo título, hubiese adquirido del donatario los bienes donados ó establecido el derecho real de hipoteca. Con esta carga adquirirá el donante los bienes con obligación de satisfacer su importe y con derecho á reclamarlo del donatario. No pudiéndose hacer la restitución de los bienes, se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación; esto es lo justo, porque si fuese por el valor de transmisión el donatario resultaría perjudicado ó beneficiado.

El art. 644 no es aplicable tratándose de donaciones por razón de matrimonio, solo revocables en los casos expresados en el artículo 1.333, como tampoco á las dotes constituídas antes ó al tiempo de celebrarse aquél, ni á las donaciones verdaderamente onerosas art. 622, en lo que representa el valor de la carga, y como el artículo 644 habla en términos generales, pueden considerarse comprendidas en la revocación las donaciones propiamente remuneratorias, aunque sean de pequeña importancia, lo cual, ciertamente, pugna con la equidad, cuyos predicados no pueden llevarse con todo su rigor á la vida social.

Lo mismo las donaciones individuales, que las recíprocas se revocan por la supervenencia de hijos y, á propósito de esto: ¿procede tal revocación por la supervenencia de nietos? La regla general es que cuando la ley habla de hijos se entienden comprendidos los nietos, pero como la revocación es opuesta al carácter propio de estas donaciones, debe tomarse el precepto literalmente, sin que esto excluya el derecho de esos nietos á pedir que sean reducidas en lo que tengan de inoficiosas, conforme á lo dispuesto en el art. 654, derecho que asiste también á los hijos, si el donante hubiese dejado transcurrir el plazo de cinco años contados desde el nacimiento del último hijo, desde la legitimación ó reconocimiento, ó desde que tuvo noticia de la existencia del que creía muerto sin haber ejercitado la acción de revocación por esas causas.

Por esto decíamos que el derecho de revocación no es absoluto; si lo fuera sería muchas veces injusto; la ley respecta á los terceros adquirentes de los bienes y á los que hayan fundado en ellos un derecho real, puesto que se hallan bajo el amparo de la ley Hipote-

caría. Y por lo que respecta á las relaciones entre el donante y el donatario, sobrevenidos los hechos que originan la resolución del contrato por estas circunstancias tácitas á que se refiere el artículo 644, la donación es válida; puede el donante dejarla sin efecto, pero su acción tiene un plazo determinado, pasado el cual no puede prevalecer; acción que no compete á los hijos; éstos, únicamente, pueden utilizarla por muerte del donante y á condición de que lo verifiquen dentro de los cinco años, contados del modo expresado en el primer párrafo del art. 646.

Como quiera que la revocación tiene por fundamento la justicia natural, es irrenunciable, cuando se funda en dichas causas, pues la ley se muestra consagrada de lo humano; éste dice que por mucho amor que se tenga á los extraños, lo regular es que el padre, á menos de ser un mónstruo, lo profese mucho más intenso á sus hijos, pues como dice César Cantú, el hombre muere como individuo, pero vive en la especie.

El Derecho catalán no incluye como causa de revocación *IN TOTUM* la de supervenencia de hijos, sino tan solo en lo que exceda de la cuarta parte de los bienes que por legítima corresponden á los descendientes del donante. No así el Derecho aragonés que concede á los hijos legítimos ó naturales ya nacidos el poder pedir la revocación de la donación que sus padres hubieran hecho á favor de un extraño de todos los bienes presentes y futuros, sin reservarles nada para ellos, lo mismo que puede hacer el hijo del donante nacido después de la donación. El Derecho navarro considera también el nacimiento de hijos como causa de revocación; esta no figura en la Legislación de Vizcaya, pero como en esta región rige el Código civil, como supletorio, creemos que también es aplicable.

Es otra causa de revocación, que por derivarse del pacto lícito, no se opone á ninguna legislación, el incumplimiento por parte del donatario de las condiciones que le impusiera el donante, en cuyo caso dispone el Código que volverán los bienes á éste, quedando nulas las enajenaciones que aquel hubiera hecho y las hipotecas que sobre los mismos hubiese impuesto, con la limitación establecida en cuanto á terceros por la ley Hipotecaria.

Estas donaciones son llamadas onerosas por Goyena y, en realidad, pueden no serlo, porque no siempre la condición representa carga. Con esa modalidad resolutoria puede haberse hecho el contrato, y únicamente al donante le es lícito revocar la donación según literalmente determina el art. 647, pero como quiera que tal

facultad entra en el Derecho patrimonial, tenemos por seguro que puede transmitirse á los herederos del donador, á menos de probarse que éste la renunció tácitamente, inferido esto por sus hechos. Y puesto que los herederos del donante pueden deducir la acción, lógico es que lo mismo la dirijan contra el donatario que contra los causahabientes de éste, todo á base de no haber prescrito aquélla por el transcurso de los cuatro años, toda vez que este es el plazo señalado como normal por el Código.

Basta que el donatario no cumpla una de las condiciones para que la revocación proceda, y si revisten éstas el carácter de prestaciones económicas, el simple retardo no es causa de revocación; exigese la mora del obligado, por ser aplicable á esto lo dispuesto en el art. 1.100, y aún habiendo demora, no cabe ese medio resolutorio, si la obligación impuesta se hubiere hecho imposible al donatario antes de colocarse en esa situación.

RESOLUTIO JURIS CONCEDENDI, RESOLVITUR YUS CONCESUM; esto es lo que viene á prescribir dicho art. 647, en orden á que, revocada la donación, volverán al donante los bienes, y añade el párrafo 2.º del 651 que el donatario deberá devolver además los frutos que hubiese percibido después de dejar de cumplir la condición, porque se le considera poseedor de mala fe. No ocurre esto con las donaciones que se revocan por supervenencia de hijos, porque autorizada por imperio de la equidad, sus efectos no pueden llegar más atrás de la fecha en que se hubiese presentado la demanda de revocación, precisamente porque ese donatario es un poseedor de buena fe.

Aún cuando son nulas las enajenaciones hechas por el donatario, infractor de las condiciones, así como las hipotecas impuestas sobre los bienes que revierten al donante, se entiende esto con la limitación establecida por la ley Hipotecaria amparadora de derechos de terceros, considerándose como tales los que no hubiesen intervenido en el acto ó contrato (art. 27) y además hayan inscrito de buena fe su derecho en el Registro, en el supuesto que en éste no resulten expresadas explícitamente tales condiciones, porque, ignorándolas, pusieron sus intereses bajo el amparo de la inscripción registral. Constando en el Registro, el inscribiente pasa por las consecuencias de la resolución de su derecho. Claro que, no pudiendo el donante recuperar los bienes por haberlos adquirido de un tercero, tendrá derecho á que el donatario le pague el valor de ellos, por analogía con lo dispuesto en los arts. 645 y 650, así como á que le

indemnice los gravámenes impuestos sobre ellos, en el supuesto de quedar subsistentes, no obstante la revocación.

También puede revocarse la donación á instancia del donante, por ingratitude, si el donatario cometiere algún delito contra la persona, la honra ó los bienes de aquél; si le imputare alguno de los delitos que dan lugar á procedimiento de oficio ó á acusación pública, aunque lo pruebe, á menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituidos bajo su autoridad, y por último, si le niega indebidamente alimentos.

Hay diferencia entre no ser uno agradecido y ser ingrato; arguye lo primero indigencia moral del donatario no correspondiendo á la largueza obtenida; acusa lo segundo la presencia de un vicio de la voluntad, el cual, cuando tiene relieve, revistiendo carácter de delito ó aspecto de infamia ó de gran bajeza ética, constituye las causas de revocación objeto de este estudio.

Los hechos determinantes de delito, no de simple falta (pues al art. 648 debe dársele el sentido literal de sus palabras), cometido contra la persona, la honra ó los bienes del donante, son causa de revocación, como también la imputación de un delito al donante de los que dan lugar á procedimiento de oficio ó á acusación pública, aunque lo pruebe; Pero será preciso que ese donatario haya presentado denuncia ó querrela contra el donante? El Código no exige esto último; basta que medie imputación, esto es, atribuir á una persona la comisión de un hecho delictivo, cualquiera que sea su participación como autor, cómplice ó encubridor, porque con esto pierde la persona imputada el buen concepto social en que se la tenía. Precisa poner en armonía al Código con los arts. 259 y 264 de la ley de Enjuiciamiento criminal, que no relevan al donatario de la obligación de denunciar.

Falta esa causa si la imputación obedece á haber cometido el donante el delito contra el mismo donatario, su mujer ó los hijos constituidos bajo su autoridad, porque tiene el deber de salir en su defensa y en la de las personas de su familia, puestas bajo su dirección y autoridad, unidos todos por tan estrecho parentesco.

El negar indebidamente alimentos es también otra causa; pero es en el caso de que el donante los necesite, ó que, necesiéndolos, no haya otras personas legalmente obligadas que puedan cumplir esta obligación. Esa negativa debe probarse, acreditada á virtud de requerimiento notarial, por medio de testigos, ó en acto de conciliación, apreciable todo por el Tribunal A QUO.

Como hemos dicho, en Cataluña cabe la revocación de las donaciones por causa de ingratitud (ley últ. Cod. DE DONAT. y Sentencias de 31 Enero 1861 y 11 Junio de 1862), disposición aplicable en Navarra puesto que allí rige el Derecho romano. En cambio, en el Derecho aragonés no figura esa causa de revocación, pero creemos que también existe, puesto que allí rige el Código civil, en el supuesto de que no pugne éste con el régimen escrito y consuetudinario de dicho reino; no obstante, los autores, aún después de publicado el referido cuerpo legal, reconocen que en Aragón la ingratitud del donatario no es motivo de tal revocación. No así ocurre en Vizcaya y en las Islas Baleares donde dicha causa existe.

Para terminar este punto, cúmplenos decir que el art. 648 no distingue entre clases de donación; pero esto no puede tomarse tan en absoluto, porque las que se hacen por razón de matrimonio solo se revocan mediando las causas expresadas en el art. 1.333.

Revocada la donación por causa de ingratitud, quedarán sin embargo subsistentes las enajenaciones é hipotecas anteriores á la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la propiedad. Las posteriores serán nulas. El art. 649, cuyo es lo que estamos diciendo, hay que relacionarlo con el núm. 1.º del art. 42 y art. 43 de la ley Hipotecaria y con el 41 del Reglamento para su ejecución; pero el precepto se refiere á bienes inmuebles; respecto á los de clase mueble, el donante puede reivindicarlos si se hubiesen enajenado después de presentada la demanda, según opina Manresa, el cual cita el art. 464, con cuya opinión no estamos conformes porque la ley debe amparar la buena fe del adquirente, sin que quepa hacer aplicación de dicho precepto, ya que sus reglas parten del supuesto de que se haya perdido la cosa mueble ó ilegalmente se haya privado de ella á su dueño. Ni una ni otra cosa encajan en la cuestión; ni se trata de tal pérdida, ni puede decirse que *ilegalmente* se privó del mueble á su dueño, antes éste efectuó con la donación un acto jurídico y pasó aquél debidamente á poder del donatario. Ese adquirente, si obró de buena fe, no debe ser privado de la cosa por causas que á él no le atañen, al igual que no se le puede privar por las otras causas de revocación para él desconocidas.

El art. 649 se ha escrito, sin duda, para las enajenaciones de bienes inmuebles; y para que no sufra perjuicio el donante en ningún caso, sin distinción de cosas, se ha escrito el 650 como ampliación del anterior, el cual prescribe que aquél tendrá derecho para exigir del donatario el valor de los bienes enajenados que no pueda

reclamar de los terceros (luego la ley ampara á éstos cuando se acogen al Registro de la propiedad ó se escudan en la buena fe) ó la cantidad en que hubiesen sido enajenados. Se atenderá al tiempo de la donación para regular el valor de dichos bienes.

Supongamos que un donatario vende los bienes inmuebles cuando todavía en el Registro no se ha anotado la demanda de revocación; el comprador lo ignora y, obrando de buena fe, entrega el precio al otorgarse la escritura. ¿Podrá ser ésta anulada? Entendemos que no; únicamente cabe anular la verificada después de hecha esa anotación, porque el comprador ha podido enterarse por el Registro y cábele el *SIBI IMPUTET*; pero no las anteriores enajenaciones, pues si esto prevaleciera, sobre prestarse al fraude, no habría manera de contratar.

Cuando se revoque la donación por supervenencia de hijos ó por ingratitud ó se rescinda por inoficiosa, el donatario no viene obligado á devolver los frutos sino desde la interposición de la demanda por ser un poseedor de mala fe.

La acción para revocar la donación por causa de ingratitud no es renunciable anticipadamente, lo cual no excluye que el donante perdona; prohibición fundada en que semejante renuncia entraña un fondo inhumano, puede ser obtenida con engaño y representa un secuestro de la voluntad del donante. Prescribe al año desde que éste tuvo conocimiento del hecho, y posibilidad, además, de ejercitarla. Si entabla la acción criminal y no la civil, pudiendo intentar ésta, se presume que la renuncia, si ha transcurrido el año, y no por el hecho de deducir aquélla, pues ambas acciones tienen distintas finalidades.

No se transmite esta acción á los herederos del donante, porque la ingratitud es una ofensa personal; mas esto tiene una excepción, y consiste en que si el donante no pudo ejercitar la acción, pueden deducirla sus herederos, porque la ley presume, ante la gravedad de aquellas causas, que éste lo haría. Tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, en respeto al principio de individualización de la ofensa, á menos que á la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda, porque ya se tiene creado un estado enjuiciario.

Las donaciones que sean inoficiosas, computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto á su exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donata-

rio haga suyos los frutos. Para la reducción de las donaciones se estará á lo dispuesto en el cap. 4.º, tít. 2.º, lib. 3.º y en los artículos 820 y 821 del Código.

Este, en el 654, ha tomado el pensamiento de la ley 29 de Toro; hasta la muerte del donante no se puede apreciar si existen ó no personas con derecho á legítima, ni la cuantía de ésta, aparte de que el donante puede haber aumentado ó disminuído el patrimonio. Dicho artículo ha sido aplicado en Res. de 21 de Agosto de 1893.

El donatario puede disponer en vida del donante de las cosas, por medio de enajenaciones cuya validez no puede atacarse, aún cuando, muerto aquél, se reduzca la donación por inoficiosa, como tampoco tiene obligación de devolver los frutos, porque son muy suyos.

Solo podrán pedir la reducción los que tengan derecho á legítima, esto es, los ascendientes, los descendientes y los hijos naturales reconocidos, ó una parte alícuota de la herencia, ó sean el cónyuge sobreviviente, y sus herederos ó causahabientes.

Los hijos nacidos después de la donación ó el cónyuge que se casa con posterioridad á la misma ¿pueden pedir la reducción? Entendemos que sí, porque al morir el donante tenía éste herederos legitimarios y viudo con derecho á la cuota, si no estuviese divorciado por culpa suya; hay que hacer compatible, en un margen de justicia, la liberalidad con el cumplimiento de los deberes en la familia, tanto más cuanto que la legítima es, como dice su palabra, un derecho derivado de la ley, y tan es así, que el derecho á pedir la inoficiosidad de las donaciones no es renunciabile durante la vida del donante. A esto se puede objetar: si es un derecho ¿por qué no se ha de renunciar, dando consistencia á la donación? Precisamente por ser la renuncia contraria á la ley, pues puede ser captada ó prestada engañosamente, cuyo fondo inmoral es rechazable, y por esto no caben ni la que se hace expresamente, ni la que se verifica prestando esas personas, sus herederos ó sus causahabientes el consentimiento á la donación.

Los legatarios que sean de parte alícuota también tienen derecho á percibir la reducción; así parece desprenderse del último párrafo del art. 655, de cuyo error nos sacan los 636 y 818. Si esos legatarios no son herederos legítimos, si no tienen derecho á la cuota ¿en qué pueden fundar su derecho para esa impugnación, si el donante pudo disponer en vida de lo que tuvo por conveniente? Admitiérase semejante derecho y resultaría un nuevo medio de

revocar las donaciones, con solo establecer el donante en su testamento legados de parte alicuota del caudal.

Tampoco los donatarios y acreedores del difunto pueden pedir la reducción y aprovecharse de ella. Los donatarios, porque debe bastarles con la liberalidad de que fueron objeto. Habiendo varias donaciones procede, en el caso de reducción por inoficiosidad, que las anteriores sean preferentes á las posteriores; de manera que la reducción se refiere á las más recientes, atendándose, no solo al día, sino á la hora, si es preciso, gozando de preferencia las inter vivos á las mortis causa, todo para que quede íntegro el capital de que el testador no pudo disponer. El Código no se separa de estos dos principios: QUI PRIOR EST TEMPORE, POTIOR EST JURE en que se apoya el donatario antiguo para vencer al moderno, y en que la donación inter vivos, por revestir carácter de contrato y ser irrevocable, por regla general, es de más eficacia que la mortis causa.

Si después de hecha la reducción aparecieren otros bienes del difunto que no se tuvieron en cuenta, podrá el donatario lastimado pretender que se le devuelvan aquéllos que bajo un equivocado supuesto tuvo que entregar.

Consecuencia de lo dicho es lo prescrito en el art. 656 de que si, siendo dos ó más las donaciones, no cupiesen todas en la parte disponible, se suprimirán ó reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente.

El art. 655 no excluye el derecho de los acreedores á rescindir las donaciones fraudulentas, siempre que sus créditos sean anteriores á ellas, y como las deudas son de previo pago en toda herencia, aquéllos deben ser satisfechos en primer término. Si los créditos son posteriores á la donación, los acreedores tienen que respetar las donaciones; éstas se agregan al cúmulo hereditario después de deducidas las deudas, sin que los donatarios puedan resultar perjudicados por tales acreedores posteriores á la donación; únicamente les perjudican los que tienen derecho á legítima ó á cuota respecto al importe de una y otra en caso de reducción por inoficiosidad.

#### Jurisprudencia y doctrina reciente

En Aragón no constituyen donación perfecta los desembolsos hechos por el padre para la carrera, redención militar y otra cantidad que entregara al hijo con el fin de facilitarle el comienzo del

ejercicio de aquélla; el fallo que le asigna tal carácter incurre en error legal é infringe los fueros DE TESTAMENTIS NOBILIIUM y DE TESTAMENTIS CIVIUM, declarando la nulidad del testamento, por entender que entraña preterición el señalamiento exclusivo en concepto de legítima de tales gastos, cuyo señalamiento implica el uso racional de la facultad que á los padres concede el Fuero aragonés (Sent. 31 Diciembre de 1909).

En Cataluña el hijo carece de todo derecho para limitar á su padre el usufructo de los bienes objeto de la donación, en forma de heredamiento universal, para exigirle caución y para intervenir en el aprovechamiento de ellos, que durante toda su vida corresponden al donante, por ser inaplicable á la institución las reglas del usufructo ordinario (Sent. 3 Febrero de 1909).

La falta de toda expresión indicadora de cuáles sean específicamente los bienes muebles donados, impide estimar la tercería de dominio interpuesta por los donatarios, fundándola en que la liberalidad comprendía, según su letra, todos los del donador, presentes y futuros. Siendo anterior la donación de los inmuebles á la anotación preventiva de embargo, debe prevalecer sobre ésta y producir la entrega de las fincas objeto de ella al donatario, pues dicha anotación es transitoria por su naturaleza y no produce otro efecto positivo que el de dar preferencia al que la obtenga sobre los que ostenten contra el mismo deudor otro crédito con posterioridad á la anotación (Sent. 2 Marzo 1910).

La circunstancia del pago de cantidad por el donante al donatario, juntamente con la reversibilidad establecida, demuestra la verdadera intención del donante de excluir al donatario, muerto sin sucesión, de la herencia que había de pasar á otro hijo de aquél, mayormente cuando es costumbre en Cataluña establecer tales llamamientos condicionales y sucesivos para que el patrimonio se conserve dentro de las respectivas familias (Sent. 20 Enero 1910).

No es inscribible la escritura particional en la que el viudo renuncia á favor de sus hijos no solo á cuanto pudiera corresponderle en la herencia de su consorte, sino también á sus bienes propios, puesto que el renunciante declaró no quedarle lo necesario para su subsistencia, confiándose al deber moral y legal que para con él tienen sus hijos, lo cual se opone á lo dispuesto en el art. 634 del Código civil, que no permite semejante renuncia (Res. de 11 Mayo de 1911).

## CAPÍTULO III

### De los contratos consensuales preparatorios

#### SOCIEDAD

Habiendo estudiado en el capítulo anterior la donación inter vivos como contrato gratuito, y antes de tratar de los contratos consensuales principales, con su nota de onerosidad, cúmplenos examinar ahora los contratos preparatorios, que son también de naturaleza consensual, tales como la sociedad y el mandato.

Lo limitado de la naturaleza del hombre y su deber de procurarse medios para la satisfacción de sus necesidades racionales exigen el espíritu de asociación, que se despliega con todo su poder intensivo y extensivo, al compás del progreso. Y como la asociación demanda normas jurídicas, ya el Derecho romano hubo de darlas, así como nuestro Derecho tradicional, bien que el Código de comercio las regula con grandes amplitudes, tratándose de compañías mercantiles ó industriales, *colectivas* unas ó de personas; de interés solamente otras, como las *anónimas*, y de personas y de intereses las últimas, que son las *en comandita*.

El contrato de sociedad es preparatorio, porque con su celebración surge á la vida jurídica un nuevo sujeto de derecho con personalidad distinta de la de los contratantes. Es consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento, por más que, para su eficacia, exija el otorgamiento de escritura pública si se aportan bienes inmuebles, conforme á lo dispuesto en el art. 1.667 del Código civil,

por lo cual pueden los otorgantes compelerse recíprocamente á llenar aquella forma, según lo prescrito en el art. 1.279 de dicho cuerpo legal. Es bilateral, porque produce desde luego obligaciones y derechos recíprocos entre los socios; siendo estos más de dos, llámase plurilateral, y por último, es oneroso, porque existe correspondencia y equivalencia entre las prestaciones de los socios; y como la entrega de éstas y su satisfacción no se halla subordinada á ningún caso fortuito, es de los llamados conmutativos.

Con estos elementos de juicio, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 1.665 del Código civil que rige en Cataluña (Sent. 9 Marzo de 1894), cuyo texto es parejo de la ley 5.<sup>a</sup> Dig. PRO SOCIO, podemos definir el contrato de sociedad civil diciendo que es aquel por el cual dos ó mas personas se obligan á poner en común su dinero, industria ó bienes con el propósito de repartirse, por igual ó en la proporción que estipulen, ganancias y pérdidas.

La ley 1.<sup>a</sup>, tít. 10, Part. 5.<sup>a</sup>, definió la compañía diciendo que es *ayuntamiento de dos omes ó de más fecho con intención de ganar algo de so uno, ayudándose los unos con los otros.*

Difícilmente se puede establecer una línea divisoria entre las sociedades civiles y las mercantiles é industriales, desde el punto y hora que aquéllas, por prescripción del art. 1.670, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio, en cuyo caso les serán aplicables las disposiciones de éste, en cuanto no se opongan á las del Código civil. Aquélla, pues, está indudablemente en la clase de operaciones que unas y otras realicen; si son de comercio, tienen el calificativo de mercantiles.

La comunidad de bienes y la sociedad se diferencian en que, según dice Ricci, la primera no es más que un estado de inercia ó de inamovilidad de las cosas referente á su modo de ser, mientras que, en la segunda, se ve la vida de un organismo constituido para la consecución de un objeto, cual es la obtención y reparto del lucro. Siguiendo el sentir de este jurisconsulto italiano, dice el Sr. Sánchez Román que la comunidad es una idea que procede de un estado de los bienes, con relación á la pluralidad de personas que sobre ellos tienen derechos, mientras que la sociedad solo tiene por legítimo fundamento la voluntad acorde de los socios para constituirla.

Con efecto; la sociedad implica una comunidad, pero no la comunidad supone la sociedad; esta última es producto de la convención que genera derechos y obligaciones, sin que estén preconcebidos ni regulados con anterioridad á su establecimiento; tienen, pues, por

origen la voluntad de los contratantes, interviniendo la ley con carácter supletorio. En cambio, la comunidad, que constituye un estado de hecho y jurídico á la vez, produce también derechos y obligaciones, previamente establecidos y regulados. No se comprende la sociedad sin contrato y, en cambio, no se requiere éste en la comunidad; puede haberlo para la administración y mejor disfrute de la cosa. Y por último, la idea de ganancia ó provecho común reportable de las cosas ó de la industria caracteriza á la sociedad, cuya nota falta en la comunidad, ya sea voluntaria, ya incidental ó accidental, nota esta señalada por Laurent y por la jurisprudencia francesa.

### Elemento personal

El Código no registra disposición especial relativa á la capacidad de los socios; de consiguiente debè acudirse á las disposiciones generales que tratan de ella en la contratación. (Véase el capítulo I de este tomo). No pueden además, constituir sociedad aquellos que son incapaces de hacerse recíprocamente donación ó ventaja. Ese elemento personal queda integrado por socios capitalistas que aportan bienes y por socios industriales que llevan su trabajo é industria.

La sociedad se contrae por el solo consentimiento de los socios si son capaces de obligarse (ley 4.<sup>a</sup> Dig. PRO SOCIO).

Todos los socios deben estar unidos por un fin común; perseguir un objeto lícito y honesto, y comunicarse las ganancias que obtengan mutuamente, como prescriben las leyes 1.<sup>a</sup> y 59 Dig. PRO SOCIO, 1.<sup>a</sup> id. DE TUT. ET DAT. DISTR. y 35 DE CONTR. EMPT. La licitud del objeto y el interés común de los socios se hallan también exigidos por el art. 1.666 del Código civil, el cual añade, que, declarada la disolución de una sociedad ilícita, las ganancias se destinarán á los establecimientos de Beneficencia del domicilio de aquélla y, en su defecto, á los de la provincia; habiendo recaído la Sent. de 15 de Enero de 1894, de que no pueden estimarse como objetos lícitos de una sociedad los pactos reservados contenidos en el Reglamento de ella, alguno de cuyos artículos revelan su verdadero objeto y los medios que había de emplear para realizarlos, con tendencia unos y otros á alterar el precio de las cosas, coartando la libertad de contratación y de trabajo.

### Elemento real

Es el llamado factor económico de este contrato, constituido por bienes, dinero ó industria; pero tales objetos han de ser valuales, corporales ó incorporales, las mismas cosas, su goce ó uso, lo mismo muebles que inmuebles, á condición de que estén presentes, nunca las futuras; también pueden consistir en servicios; el art. 1.666 del Código toma por fin de la sociedad lo que constituye su objeto.

Las leyes 5.<sup>a</sup> y 52 Dig. PRO SOCIO, refiriéndose á ese elemento objetivo, prescriben que cada uno de los socios debe contribuir á la sociedad con sus bienes ó capitales, ó con su trabajo ó industria; y esto es también lo que viene á estatuir el art. 1.678 del Código de que la sociedad particular tiene únicamente por objeto cosas determinadas, su uso ó sus frutos ó una empresa señalada ó el ejercicio de una profesión ó arte. El Legislador se ha separado del Derecho romano que autorizaba la aportación del crédito que no fuese económico y el favor GRATIAM, lo cual solo puede consentirlo, como dice Gillet, un Estado corrompido donde se trafica con todo, aún con el Poder público. Como quiera que el Derecho moderno lo prohíbe, no puede autorizarse hoy semejante clase de aportación.

### Elemento formal

Empecemos por decir que la sociedad debe ser contraída de buena fe, siendo nula la otorgada con ánimo de engañarse ó de defraudarse los socios (ley 3.<sup>a</sup>, § 9.<sup>o</sup> Dig. PRO SOCIO) y aún cuando el Código no registra precepto que así lo determine, implícitamente aparece establecido en la última parte del art. 1.665, al decir que ese contrato se hace con ánimo de partir los socios, entre sí, las ganancias, lo cual, Á CONTRARIO SENSU, equivale á vedar los móviles engañosos y fraudulentos de que habla el Derecho romano.

En Aragón, donde rige el Código en materia de este contrato, porque sus escasas prescripciones no se oponen á él, se reputa prohibido, según Lissa, el pacto social de que un socio no participe de los riesgos y sean, sin embargo, comunes las ganancias, pues allí es fuente de norma jurídica supletoria el Derecho natural, y se respeta la máxima UBI AUTEM DICTI FORI NON SUFFECERINT, AD NATURA-

LEM SENSUM VEL EQUITATEM RECURRATUR. Dice Lissa que la sociedad no responde, por regla general, del socio insolvente, salvo caso de pacto especial en contrario que, por no ser opuesto al Derecho natural, habrá de observarse de conformidad al principio *STANDUM EST CHARTÆ* (lib. 3.º, tít. 16 AD PAR PUBLICATIONE).

Según este fuerista, el pacto por el que la sociedad responde del socio insolvente no es contrario al Derecho natural; luego esta norma jurídica no puede traerse al discurso, y puesto que aquella Legislación calla lo que estudiamos, debe acudirse á las disposiciones del Código, ya que allí obliga éste, y tan es así que, como criterio general no circunscrito al punto presente, Asso, De Manuel y otros tratadistas posteriores aseguran que el contrato de sociedad se rige en las tres provincias aragonesas por el llamado Derecho de Castilla, constituido hoy por dicho cuerpo legal.

Entrando en el estudio del elemento formal, cúmplenos decir que son cosas distintas el contrato de sociedad y la constitución de ésta. Los socios, por el hecho de expresar su consentimiento de celebrarlo, con objeto y con fines lícitos, quedan tenidos á su cumplimiento, de cualquier manera que esa voluntad concordada resulte, por revestir aquél carácter consensual; pero si se aportan bienes inmuebles ó derechos reales, no solamente se ha de otorgar escritura pública, so pena de que el contrato sea ineficaz, cosa distinta de la nulidad, sino que, además, se ha de hacer un inventario de ellos, firmado por las partes, que deberá unirse á la escritura, viniendo á ser esto último una clase especial de tradición, muy exigida también, para que á la disolución de la sociedad puedan apreciarse las mejoras y deterioros que los bienes hayan sufrido, para poder fundar en ello reclamaciones.

Constituída la sociedad, que puede ser puramente ó bajo condición, desde cierto día, hasta cierto día, (ley 6.ª Cód. PRO SOC.) con duración limitada ó durante la vida de los socios (ley 1.ª Dig. íd.), sin que pueda tener carácter perpétuo (ley 70 íd.), surge una personalidad moral que se considera como distinta y separada de los asociados; de modo que los bienes sociales solo son responsables del pago de las deudas de aquéllos, en la proporción líquida que, deducidas las comunes, les corresponda (ley 22 DE FIT. ET MAND.; leyes 12 y 82 Dig. PRO SOC., y ley 5 Dig. DE TRIBUTORIA), habiéndose declarado en Sent. de 31 de Octubre de 1865 que los efectos de una sociedad no pueden alcanzar á los herederos de uno de los socios, cuando ha fallecido antes de princi-

piar el negocio por el cual aquélla se fundó. Y se comprende esta doctrina, porque, según las leyes 34 y 58 Dig. PRO SOC., es nula la estipulación de que los herederos de los socios continúen en la compañía.

El Código, al hablar de los contratos en general, prescribe que las partes pueden establecer los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios á la Ley, ni á la Moral, etc.; prescribe (art. 1.680) que la sociedad dura por todo el tiempo convenido y que, á falta de convenio, por todo el tiempo que dure el negocio que haya servido exclusivamente de objeto á aquélla, si ese negocio, por su naturaleza, tiene una duración limitada y que, en cualquier otro caso, por toda la vida de los asociados. Dicho cuerpo legal y el Derecho romano mantienen en esto íntima relación, cuyas fuentes se separan en este punto: si el contrato social puede obligar á los herederos de los socios. El Digesto lo prohíbe, pero el Código civil, consecuente con su art. 1.670 y teniendo presente lo dispuesto en el art. 222 del Código de comercio, dispone, en el 1.700, como caso de excepción á la extinción de la sociedad por muerte natural de los socios, lo prescrito en dicho Código mercantil, añadiendo en el 1.704 que será guardado el pacto de que continúe en la sociedad el heredero del socio, pero para que esto prevalezca, requiérese que la sociedad haya tomado las formas establecidas por el Código de comercio, á cuyas disposiciones habrá de acudir en cuanto no se opongan á las del Código civil.

Es de consignar que el principio de libertad de estipulación, consagrado por el Código, se halla limitado por su art. 1.669, al prescribir que no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, porque esa clandestinidad infunde sospecha acerca de la moralidad ó licitud de tales estipulaciones; éstas, por ser viciosas, no pueden engendrar un sujeto de derecho. Tampoco existe esa personalidad si se pacta que cada uno de los socios puede contratar en su propio nombre con los terceros; habrá contrato sí, pero no se registrará por el de sociedad, sino por el de las disposiciones relativas á la comunidad de bienes, comprendidas en el art. 392 y siguientes del Código. Son válidos los pactos secretos entre los socios celebrados después de constituida la sociedad, siempre que no sean nulos, ni afecten á lo substancial de la escritura social (Sent. de 16 de Febrero de 1901). De manera que es válido el pacto *trino* llamado de aseguración del capital, con pérdida de alguna parte del interés, siempre que no sea reservado entre

los socios al constituirse la sociedad, como puede establecerse después de constituida ésta, con independencia de la vida social para el aseguramiento por un socio del capital aportado por otro ó del beneficio correspondiente al mismo.

Son cosas distintas la ilicitud de la sociedad y el secreto de los pactos ó la circunstancia de que cada uno de los socios pueda contratar en su propio nombre con los terceros; lo primero anula el contrato, procediendo la disolución de la sociedad, como determina el art. 1.666; lo segundo supone la sociedad, pero sin personalidad jurídica distinta de la de los socios; es válida, pero no se rige por el tit. 8.º, lib. 4.º del Código, sino por las disposiciones relativas á la comunidad de bienes.

Recordemos lo dicho de que son cosas distintas la validez y la eficacia de este contrato, y á tal respecto es de citar la sent. de 2 de Diciembre de 1902, de que el contrato de sociedad otorgado en documento privado, es válido y obligatorio, y los defectos que hubieran podido cometerse en la constitución de sociedad mercantil no afectan á las relaciones de ésta con un tercero, siendo de añadir la de 7 de Febrero de 1905, de que la validez y eficacia de una sociedad es indiscutible para los otorgantes, aún cuando no la hayan elevado á escritura pública, según previene el art. 1.667, por estar subordinado este precepto á la regla general del 1.278.

### Clases de sociedades

Por el objeto á que se consagran pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio, siempre que su objeto sea lícito y se constituyan en interés general de todos los socios.

La sociedad civil se clasifica en universal y particular. La primera puede ser de todos los bienes presentes ó de todas las ganancias. La de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes ponen en común todo lo que actualmente les pertenece, con ánimo de partirlo entre sí, lo mismo que las ganancias adquiridas con ellos; de suerte que tanto los bienes como las ganancias pasan á la propiedad común de los socios, pudiéndose pactar la comunicación recíproca de cualesquiera otras ganancias distintas de esos bienes, con exclusión de los adquiridos posteriormente á virtud de herencia, legado ó donación por los socios, pero sí pueden incluirse los frutos de ellos. Así lo prescriben los arts. 1.672 al 1.676 del Código.

La sociedad universal de bienes es más extensa que la simplemente de ganancias, porque comprende las ganancias que se adquieren con aquéllos. Esos bienes dejan de pertenecer á la propiedad particular de los socios; entran en el acervo común, así como las ganancias de ellos que sean posteriores, no las anteriores á la celebración del contrato social.

Además de esas ganancias, puede pactarse la comunicación recíproca de cualesquiera otras, y tal radio de acción tiene esa sociedad universal, que no solo entran en ella los bienes presentes, si que también los que adquirieran posteriormente, siempre que el título de adquisición no sea herencia, legado ó donación, por la especial naturaleza del mismo, á saber: la voluntad ordenada, la liberalidad, la ley, y claro que de esos bienes no deben participar otras personas que aquéllas á las cuales se les hayan dejado, para no contravenir la disposición expresa ó presunta de su dueño; pero ya que no entran en el acervo social, se comprenden sus frutos, sin distinción entre naturales, industriales y civiles, aunque para ello debe mediar pacto.

Prescribe el Derecho romano que comprende la sociedad universal: 1.º Los bienes de los socios que tuvieren en el acto de contraer la compañía, aún cuando no los entreguen (leyes 1.ª, 2.ª y 3.ª Dig. PRO SOCIO), 2.º Todos los que posteriormente adquirieran, ya sea por trabajo ó industria, ya por donación, legado, institución de heredero ó por otro cualquier título ó modo (leyes 3.ª, 52, 73 y 74 Dig. íd.) Como se ve, el Derecho romano autoriza la sociedad universal constituida con bienes donados, legados ú objeto de herencia, cosa que el Código civil prohíbe; de manera que, según se deduce de éste, se considerarán como no incluidos donde sus prescripciones rigen, en tanto que en Cataluña y en Navarra cabe que se hagan esas aportaciones. 3.º Los intereses y frutos de las dotes que recibieren los socios hasta el día en que debieren restituirlas.

Añaden la ley 52 párrafo penúltimo y la 53 Dig. íd. que los bienes adquiridos por alguno de los socios por medios ilícitos no se hacen comunes, sino cuando aquél los hubiese realmente aportado al fondo de la sociedad. En nuestro sentir solo tienen valor histórico las leyes 54, 55, 56 y 57 prescriptivas de que en caso de aportación á la sociedad de bienes adquiridos ilícitamente serán devueltos á cargo de ésta, así como deberá satisfacer la pena, si al recibirlos en su acervo, tenía conocimiento de su ilegitimidad, pues esto, por ser de carácter punitivo, hállase regulado en la ley penal que castiga á los

encubridores de los delitos, no correspondiendo hacerlo hoy á la ley civil. Pero, en cambio, subsisten las leyes 52, 59, 73 y 81 Dig. íd. y 39 DE FAM DE CREIS, ordenadoras de que corren á cargo de la sociedad los gastos que tuviese que hacer cada uno de los socios por motivos licitos y honestos, más no las pérdidas sufridas en el juego ó en disipaciones. No vemos que pueda estar en vigencia la ley 52, párrafo último, Dig. PRO. SOCIO, de que las condenas impuestas á alguno de los socios solo corren á cargo de la sociedad cuando han sido injustas, pero no si aquél hubiese dado motivo á aquéllas por su culpa, falta de derecho, ó por no haberse defendido como debía, pues la santidad de la cosa juzgada, el poder de la ejecutoria que solo consiente su revisión en ciertos y determinados casos, no permite que pueda ser calificada de injusta dentro del actual sistema enjuiciario; resultando por ello de inaplicación la primera parte de dicha ley, en tanto que la segunda, que hace responsable al socio de las condenas contra él recaídas por su culpa, falta de derecho ó mala defensa, la estimamos vigente, pues no debe pechar con ellas la sociedad.

Acerca de la sociedad universal de ganancias, prescribe el Código que comprende todo lo que adquieran los socios por su industria ó trabajo mientras dure aquélla; es precisamente lo que prescriben las leyes 7.ª, 8.ª, 9.ª 10 y 11 PRO SOC.; pero este texto legal añade que no se comprenden en tal sociedad los bienes que provengan de donación, legado ú otro cualquier título lucrativo. He aquí una antinomia entre los textos del Derecho romano: en la sociedad universal de bienes se comprenden todos los que posteriormente á su celebración adquieran los socios por donación, legado ó institución de heredero, y en cambio éstos no entran en la sociedad general de ganancias, sin duda por ser más limitada que aquélla. El Código, con mejor sentido, excluye esas aportaciones, y solo comprende los frutos de tales bienes tratándose de sociedad universal de éstos.

Añade este cuerpo legal, que la sociedad universal de ganancias comprende todo lo que adquieren los socios por su industria ó trabajo, mientras dure aquélla, precepto que corresponde á las leyes 7, 8, 9, 10 y 11 Dig. íd., antes tratadas, añadiendo la ley 12 íd., escrita para evitar toda duda, que no entra en el fondo social lo que el socio acredite de un tercero, sino proviene de ganancias hechas después de celebrada la compañía. Y puesto que la sociedad está á los beneficios, debe responder de obligaciones, y por esto prescriben las leyes 12 y 82 Dig., que solo serán cargo de la sociedad las

deudas contraídas en común y las provinientes del trabajo ó industria de los socios.

En la sociedad de ganancias los bienes muebles ó inmuebles que ésta adquiera son propiedad común de los socios, así como los bienes que éstos adquieran por su industria ó trabajo mientras dure aquélla (nos referimos á la regulada por el Código civil); pero los bienes muebles ó inmuebles que cada socio posea al tiempo de la celebración del contrato continuarán siendo del dominio particular, pasando solo á la sociedad el usufructo. No dice el Código si también corresponderá á la sociedad el usufructo de los bienes que durante su régimen adquiera el socio por causa distinta á la de su industria ó trabajo; pero así lo entendemos por paridad de razón, porque si corresponde á ella el usufructo de los bienes muebles ó inmuebles poseídos con anterioridad á su celebración por cualquiera de los socios, no hay razón para excluir el de los obtenidos durante la subsistencia de la compañía, por título que no sea la ganancia, ni el trabajo.

En la sociedad universal de bienes se absorbe la personalidad del socio más que en la de ganancias; y como se presume que cada cual se obliga á lo menos que puede, y son de respetar los fueros de la libertad, habiendo duda de si el contrato celebrado es de una ú otra clase, por no haberse determinado la especie de sociedad, se entiende—y así lo prescribe el art. 1.676—que solo se constituye la universal de ganancias.

Por el orden de mayor á menor llegamos á la sociedad particular; ésta, según dispone el art. 1.678, solo tiene por objeto cosas determinadas, su uso ó una empresa señalada ó el ejercicio de una profesión ó arte; de manera que tenemos: sociedad de cosas, de disfrute, de negocio ó de ejercicio de una profesión ó arte, esto es, de trabajo, todo dentro del marco del contrato, cuyo objeto son cosas ó servicios, con exclusión, en este caso, de las abstenciones, pues no las menciona dicho precepto del Código; antes el art. 1.665, que es el normal, solo autoriza la constitución de sociedad obligándose á poner en común dos ó más personas dinero, bienes ó industria, es decir, prestaciones económicas positivas, no las negativas ó de no hacer.

Las leyes 3.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 58 Dig. íd. y la ley 2.<sup>a</sup> Cód. íd., prescriben que la sociedad particular tiene por objeto la comunicación de las ganancias resultantes de alguna cosa, operación ó empresa determinada, y añaden las leyes 52 y 63 Dig. íd. que en esa sociedad solo se comunican los socios el beneficio ó pérdida de la cosa, empresa ú operación constitutivas de su objeto.

### Derechos de los socios

El contrato social establece relaciones jurídicas: unas, interiores ó de los socios entre sí ó de éstos con la sociedad, y otras exteriores, constituidas por las de los socios ó la sociedad con terceras personas. Producto de esas relaciones son los derechos y obligaciones.

Comienza la sociedad, con su personalidad jurídica, desde la celebración del contrato, si no se ha pactado otra cosa, y cada uno de los socios es dendor á la sociedad de lo que hubiese prometido aportar á ella.

Así lo dispone el art. 1.681 en su primera parte, que corresponde á la ley 62 Dig. Pro socio. Y se explica, porque la sociedad es un contrato consensual que se perfecciona por el solo consentimiento, y exige la entrega ó tradición de las cosas para que puedan cumplirse los fines de la misma. Además, el socio queda sujeto á la evicción en cuanto á las cosas ciertas y determinadas que haya aportado á la sociedad, de igual modo que lo está el vendedor respecto del comprador, porque el adquirente de los bienes es la sociedad, el ente jurídico que ha surgido por la voluntad de los socios, y éstos no solamente deben obrar de buena fe, sino procurar que la sociedad no sufra perjuicio; de aquí el saneamiento por la evicción, único de que el precepto habla, pero debe también comprenderse el derivado por vicios de la cosa, ya que también de esto responde el vendedor para con el comprador.

No dice el Código en qué responsabilidad incurre el socio que debe aportar bienes á la sociedad y no lo hace, pero para llenar este vacío, debe acudirse á lo prescrito en el art. 1.095; en este caso, el acreedor es la sociedad, la cual tiene derecho á los frutos de la cosa, desde que nace la obligación de entregarla, que es, en el caso de estudio, la celebración de ese contrato. Aplica ese artículo la sentencia de 18 de Enero de 1909.

El socio que se ha obligado á aportar una suma en dinero y no la ha aportado, es dendor de los intereses desde el día en que debió aportarla (art. 1.862), no desde el día que se le reclame, porque ya conocía su obligación al celebrarse ese contrato, que es de buena fe y conmutativo, sin perjuicio, además, de indemnizar los daños que hubiese causado; éstos habrán de ser reales, no imaginarios.

Esa obligación de satisfacer intereses y de reparar los daños,

mejor, perjuicios, la tiene también todo socio respecto á las sumas que hubiese tomado de la caja social, á menos de que medie pacto en contrario, principiando á contarse los intereses desde el día en que las tomó para su beneficio particular. El art. 1.682, que corre parejas con el 171 del Código de comercio, ha sido aplicado en sentencia de 3 de Junio de 1897, de que los contratos anteriores al de sociedad en los que se haya convenido que deben aportarse á la misma desde una fecha anterior á la de la formación de ésta, se retrotraerán en toda su integridad como si se hubiesen hecho por la sociedad. El socio industrial debe á la sociedad solo las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirva de objeto á la misma; de modo que no le conviene trabajar por separado en lo mismo que constituye ese ramo. No se hubiera escrito ese art. 1.683, que no prohíbe al socio industrial dedicarse al ramo de industria que sirve de objeto á la sociedad, y no podría quizás ésta cumplir sus fines.

Cuando un socio autorizado para administrar cobra una cantidad exigible, que le era debida en su propio nombre, de una persona que debía á la sociedad otra cantidad también exigible, debe imputarse lo cobrado en los dos créditos á proporción de su importe, aunque hubiere dado el recibo por cuenta de su solo haber; pero si lo hubiere dado por cuenta del haber social, se imputará todo en éste. Así lo prescribe el primer apartado del art. 1.684, sin precedentes ni en el Derecho romano, ni en la legislación patria, disposición que Potier introdujo en el Código de Napoleón, con la cual la sociedad queda en mejor situación que el socio, lo que es muy justo y tiende á evitar los perjuicios que, en otro caso, á la misma se le causarían, dando con un socio, activo en el cobro de sus créditos y poco celoso con la administración social á su cargo.

Pero esa relación entre el socio y la sociedad no puede afectar al deudor, quien queda facultado para hacer la imputación de pago á que se refiere el art. 1.772, aplicando la cantidad satisfecha al crédito personal del socio, si le es más oneroso que el de la sociedad.

El socio que ha recibido por entero su parte en un crédito social, sin haber cobrado la suya los demás socios, queda obligado, si el deudor cae después en insolvencia, á traer á la masa social lo que recibió, aunque hubiera dado el recibo por solo su parte. Así lo prescribe el art. 1.685, que es complemento del 1.684, y tiene por fundamento la equidad y la buena fe, bajo cuyo influjo debe consti-

tairse, desenvolverse y extinguirse la sociedad, no permitiéndose nunca que unos socios resulten beneficiados á costa de otros.

Precedentes de este artículo los vemos en las leyes 62 y 63 Digesto DE PRO SOCIO, dispositivas de que el socio que hubiese percibido por el resultado de las operaciones su parte correspondiente, nada debe prestar, á menos que los demás no hubiesen podido cobrar su porción.

Todo socio debe responder á la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo, y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado. Este es un principio axiomático recogido en el art. 1.686, con precedentes en las leyes 52, 59 y 72 Dig. id., las cuales añaden, que la indemnización de daños y perjuicios es también por dolo, palabra ésta que en el texto del Código no aparece, pero que se sobreentiende, pues quien responde de su culpa más ha de responder del engaño ó mala intención con que proceda. Y añaden las leyes 23, 24, 25 y 26 Dig. id. que el socio es responsable de los perjuicios, ya por hecho ú omisión personal, ya por los de otro, y no puede pedir que sean compensados con los beneficios que á él ó á la persona, por la cual es responsable, les correspondan. El Derecho romano, en sus leyes 60 y 67 Dig. id y 1.º Dig. DE USUR., impone al socio la obligación de satisfacer los intereses que hubiese percibido por préstamos hechos con el nombre social y por razón de las cantidades comunes que hubiese aplicado á su utilidad particular y los correspondientes al tiempo por el cual retardase por su parte el aporte de cantidades al fondo común; todas estas obligaciones figuran también en el artículo 1.682 y sus concordantes del Código.

El riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aporten á la sociedad para que sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario (apartado 1.º del art. 1.687). Como quiera que no se aporta á la sociedad el dominio directo é individual de la cosa cierta y determinada, su dueño tiene que soportar la pérdida. Si las cosas aportadas son fungibles ó no pueden guardarse sin que se deterioren ó si se aportaron para ser vendidas, el riesgo es de la sociedad, por lo mismo que á ésta le pertenecen. También lo será, á falta de pacto especial, el de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario, (ESTIMATIO FECIT VENDITIONEM) y en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueren tasadas. Precedentes de esto lo encontramos en las leyes 52 y 58, tít. 2.º, libro 17 del Digesto.

La sociedad responde á todo socio de las cantidades que haya desembolsado por ella y del interés correspondiente; también le responde de las obligaciones que con buena fe haya contraído para los negocios sociales y de los riesgos inseparables de su dirección. Así lo prescribe el art. 1.688, cuyo fundamento no es otro que, siendo la sociedad una persona civil capaz de derechos y obligaciones, á la manera como puede exigir de los socios la indemnización de perjuicios, debe ella indemnizarles de los intereses de las cantidades que éstos hubiesen desembolsado en su utilidad sin venir obligados, así como también de las obligaciones que, con buena fe, hayan contraído para los negocios sociales y de los riesgos inseparables de su dirección. Las leyes 52, 55 y 57 Dig. PRO SOCIO, las 27, 28, 38 y 65 Digesto íd. y la 52, 60 y 61 Dig. íd. prescriben que los socios tienen, respectivamente, derecho á reintegrarse de lo gastado por la sociedad, con los intereses legales de las cantidades invertidas; al reembolso de las sumas que importen las obligaciones y deudas contraídas en beneficio de la utilidad común, y al percibo de lo que importen los daños y perjuicios que en su persona é intereses particulares hubiesen, sin su culpa, sufrido por razón del desempeño de algún negocio social.

Las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad á lo pactado; si solo se hubiera pactado la parte de cada uno en las ganancias será igual su parte en las pérdidas. Así lo prescribe el apartado 1.º del art. 1.684 que corresponde á las leyes 6.ª y 8.ª Dig. íd. expresivas de que el socio tiene derecho á la parte de ganancias obtenidas por la compañía; añadiendo la ley 30 Dig. íd., que se tiene por ganancia el sobrante que resulte después de deducidas todas las pérdidas, y por pérdidas lo que quede, deducidos todos los beneficios.

Al pacto en primer término debe acudirse en orden al reparto de pérdidas y ganancias; pero hay que atender á lo dispuesto en el art. 1.691 que declara nulo el pacto en el cual se excluye á uno ó más socios de toda parte en las ganancias ó en las pérdidas; solo el de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas. Potier sostuvo la validez de la cláusula por la cual se libran de las pérdidas los capitales, en contra de Aubry y Rau que sostuvieron lo ahora prescrito en el Código, con precedentes en la ley 29 Dig. PRO SOC.; pero esa prohibición no debe rezar con el socio industrial, porque constituyendo su aportación el trabajo, bastante hace con no percibir beneficios, mas ha de resultar esta exención del pacto entre los socios, sin que el Código diga que éste

ha de aparecer forzosamente en la escritura de constitución de la sociedad, y como con ello pueden resultar perjudicados los terceros, creemos que debe figurar establecido desde entonces para que surta efecto.

Pero, faltando pacto, suple la ley la voluntad de las partes, apoyándose en supuestos de equidad, procediendo entonces que la participación de cada socio en las ganancias y pérdidas sea proporcionada á lo que haya aportado.

El socio que lo fuera solo de industria tendrá una parte igual á la del que menos haya aportado; de suerte que, según esto, el trabajo no es de tan buena condición como el capital. Si además de su industria hubiere aportado capital, recibirá la parte proporcional que por él le corresponda.

El Código se ha inspirado en la Legislación romana, á juzgar por lo prescrito en las leyes 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> Dig. de que no habiéndose estipulado entre los socios la parte que á cada uno corresponda en las ganancias y pérdidas, deben unos y otros repartirse á prorrata del capital que tengan en bienes ó industria. Si se hubiese expresado la parte que cada socio debe llevar en las ganancias, se dividirán con igual proporción entre los mismos las pérdidas, y al contrario (Inst. § 3.<sup>o</sup> DE SOCIET.) Si por ser alguno de los socios más inteligente en los negocios sociales ó por tener mayor trabajo ó aventurarse á mayores riesgos, pactaren los socios que aquél tenga más participación en las ganancias ó que no deba contribuir á las pérdidas, valdrán tales pactos ú otros semejantes, mas no el que se hiciere de haber uno todas las ganancias ó de sufrir el otro ú otros todas las pérdidas (leyes 29 y 30 Dig. PRO SOC., aplicadas en sentencia de 24 de Abril de 1867).

Comparando el párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 1.691 con las anteriores leyes romanas, aparece aquél menos restrictivo que éstas, puesto que permite el pacto por el cual pueda ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas el socio *solamente industrial*; si fuese además capitalista, semejante exención no cabe.

Ni el art. 1.689, ni el 1.691, ni el 1.708 son aplicables á los pactos verbales de constitución de sociedad, sino solo á la constituída legalmente (Sent. 9 Marzo de 1896).

Si los socios se han convenido en confiar á un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solo podrá ser impugnada la designación hecha por él, cuando evidentemente haya faltado á la equidad. En ningún caso podrá reclamar el

socio que haya principiado á ejecutar la decisión de un tercero ó que no la haya impugnado en el término de tres meses contados desde que le fué conocida. Así lo prescribe el primer apartado del art. 1.690, que corresponde á las leyes 75, 76, 78, 79 y 80 Digesto PRO SOC. en las cuales se añade, que si la decisión fuere notoriamente injusta, será corregida y aumentada por arbitrio de buen varón. El Código no habla de esto último; para que no valga la decisión del tercero (enmendable por la justicia reparadora, á menos que las partes nombren á otro con encargo de hacer la designación) es preciso que *evidentemente* se haya faltado á la equidad, y aún en este caso el agraviado no puede reclamar si hubiere principiado á ejecutar la decisión de un tercero, porque sus hechos arguyen su conformidad, ó si deja de impugnarla en el término de tres meses contados desde que le fué conocida.

El punto de duda que nos sugiere el estudio de dicho artículo es si ese tercero, que EX EQUO ET BONO debe hacer la determinación, ha de resultar nombrado en escritura pública, como se designa á los amigables componedores, según ordena el art. 828 en relación con el 792 de la ley de Enjuiciamiento civil. No lo entendemos así, porque el Código no exige este requisito formal. ¿Debe tener ese tercero la capacidad para contratar? Repárese que él no contrata, y puesto que le designaron los socios, éstos ya tendrían en cuenta las aptitudes del mismo para ejercer tal encargo. La ley solo permite impugnar la decisión de aquél cuando *evidentemente* haya faltado á la equidad; fuera de este caso habrá que pasar por lo que él diga, lo mismo que ocurre con el contrato de compraventa, cuya fijación de precio se haya confiado por las partes á la designación de un tercero.

La designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada á uno de los socios, porque nadie puede ser Juez y parte á la vez; así lo prescribe el último apartado del art. 1.690 que se separa de la ley 6.<sup>a</sup> Dig. id. dispositiva de que si el señalamiento de la parte de ganancias ó pérdidas se hubiese dejado á la discreción de uno de los socios, se entenderá que los contrayentes se han referido al arbitrio de buen varón.

### De la administración

Siguiendo el estudio del Código, damos con el art. 1.692, dispositivo de que el socio nombrado administrador en el contrato social

puede ejercer todos los actos administrativos, sin embargo de la oposición de sus compañeros, á no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legítima. Explícate todo esto, porque el poder de ese socio administrador arranca, con toda su eficiencia, de la entraña del contrato, esto es, del consentimiento, que es ley para sus otorgantes; pero como la sociedad debe estar al abrigo de la mala fe de sus gestores, procediendo éstos de tal manera, pueden oponerse sus compañeros y privarle del cargo, acudiendo para ello á los Tribunales de justicia, donde habrán de justificar la causa legítima de revocabilidad, sin que el Código exprese cual sea ésta; pero se sobreentiende que ha de ser aquella por la cual resulte esa mala fe bajo cuyo pernicioso influjo los socios pierden la confianza que en el administrador tenían. Pero el poder otorgado después del contrato, como quiera que no se funda en el convenio, ley del mismo, y sí únicamente en la confianza, puede revocarse en cualquier tiempo, habiendo mayoría de interesados que así lo acuerden y sin necesidad de acudir para ello á los Tribunales de justicia. Manresa opina que son causas legítimas de revocación las que la ley autoriza respecto del mandato.

Cuando dos ó más socios han sido encargados de la administración social, sin determinar sus funciones ó sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente; pero cualquiera de ellos puede oponerse á las operaciones del otro antes de que produzcan efecto legal. Así lo estatuye el artículo 1.693, con precedentes en la ley 28, tít. 3.º, lib. 10 del Digesto, escrito para evitar que por esa indeterminación de funciones se entorpezca y paralice, quizás, el funcionamiento de la sociedad; no mediando oposición antes de que produzcan el efecto legal los actos solamente administrativos que unos gestores hagan, se consideran bien hechos por tener la aquiescencia de los otros, y cuando éstos los desapruében, si han producido efecto legal, crean un estado de derecho en favor de la parte interesada en los mismos, sin que quepa ya oposición en contrario, porque de ello son culpables los socios, pues pudieron determinar las funciones administrativas de sus gestores y dejaron de hacerlo; cábeles el *SIBI IMPUTET*. Esa oposición solo pueden hacerla los coadministradores; todos son responsables, no solidaria, sino simplemente, para con la sociedad, por ser de aplicación el art. 1.723, por analogía.

En el caso de haberse estipulado que los socios administradores

no hayan de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros, se necesita el consentimiento de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia ó imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiere peligro inminente de un grave é irreparable daño para la sociedad. Así lo prescribe el art. 1.694, con precedentes en la ley del Digesto antes citada y, en verdad, que el texto encierra á la sociedad dentro de límites demasiado estrechos, opuestos á la unidad, que es ley fundamental de su constitución; pero el Legislador, comprendiéndolo, sin duda así, y que además no siempre se puede recabar el consentimiento de todos los socios, hace la prudente salvedad de dar validez á los actos cuando hubiere peligro inminente de un daño grave é irreparable para la sociedad; de manera que el acto, en su origen, es nulo, y solo cuando se pruebe la inminencia del peligro, la gravedad del daño, y su condición de irreparable, alcanza validez el realizado en la ausencia ó imposibilidad de alguno de los socios, porque, por muy respetable que sea su opinión, mayor grado de respeto merece el interés social peligrado.

Cuando no se haya estipulado el modo de administrar, se observarán las reglas siguientes: 1.º Todos los socios se considerarán apoderados y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará á la sociedad; pero cada uno podrá oponerse á las operaciones de los demás antes que hayan producido efecto legal. Así lo dispone el artículo 1.695, presidido por el mismo espíritu informador del 1.693.

2.º Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social, según costumbre de la tierra, con tal que no lo haga contra el interés de la sociedad ó de tal modo que impida el uso á que tienen derecho sus compañeros. Esta disposición, con precedentes en las leyes del tít. 3.º, lib. 10 del Digesto, fúndase en la equidad y en el principio de coexistencia de las libertades y de compatibilidad de derechos, siempre que con esto no se atente contra intereses razonables y legítimos. Al servirse el socio de las cosas constituyentes del fondo social, no puede hacerlo arbitrariamente sino ajustándose á la costumbre de la tierra, al derecho vulgar como lo llama Costa.

3.º Todo socio puede obligar á los demás á costear con él los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes; y se explica esta regla, fundada también en la equidad y en la ley 6.ª, tít. 3.º, lib. 10 del Digesto, porque no habiendo administrador designado, todos los socios ostentan tal carácter, y puesto que tienen el deber de procurar por la conservación de las cosas comunes, en las

que fundan sus derechos con el lazo social, han de contribuir al costeamiento de los gastos, no voluntarios ó útiles, sino los realmente necesarios.

4.º Ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes sociales, aunque alegue que es útil á la sociedad. Esta última regla, fundada igualmente en la equidad, corresponde á lo establecido en la ley 27 Dig. DE SERV. URB., ley 14 Dig. DE SERV. VIUD., leyes 25 y 28 Dig. DE COM. DIV., según las cuales ningún socio puede hacer cosa alguna en los bienes comunes sin consentimiento de los demás, y que en igualdad de circunstancias debe prevalecer el voto de los que se opongan á lo hecho, y añade dicha ley 28 que los socios solo pueden instar que se deshaga lo verificado sin su consentimiento, cuando, pudiendo, se opusieron á su ejecución, pues en otro caso solo tendrán derecho á la correspondiente indemnización de perjuicios.

Las cosas aportadas á la sociedad á ésta corresponden y para ella perecen, y solo con consentimiento de todos los socios es como puede hacerse novedad en ellas, aún cuando ésta se verifique por el socio en la misma cosa objeto de su aportación; decimos esto separándonos del sentir de Goyena expuesto cuando comenta el art. 1.589 del proyecto de 1851.

El art. 1.695 solo atribuye á los socios el carácter de administradores para gestionar en beneficio de la sociedad (Sent. 17 Noviembre de 1898).

Prescriben las leyes 3 y 4 Cód. DE REI AL. que los socios pueden enajenar la parte que les corresponda en el haber social á favor de quien les parezca, sin que tengan los demás derecho á preferencia; añaden las leyes 19 y 20 Dig. PRO SOCIO que ningún socio puede admitir como á socio de sus compañeros á un tercero; pero puede, aún sin él, asociarle á la parte que le corresponda, y estatuyen las leyes 21 y 22 Dig. *id.* que el socio que admita á un asociado en su parte debe entenderse unicamente con él, ya para entregarle lo que le corresponda del fondo social, ya para obligarle á reintegrar los perjuicios que con sus hechos hubiera ocasionado á la sociedad, y, por último, prescribe la ley 23 Dig. *id.* que el socio es responsable de los perjuicios causados por su asociado, aún cuando éste sea insolvente.

Algunas de estas reglas tienden á que no se desnaturalice el contrato de sociedad, cuyo sustentáculo es la mútua confianza. Muy dueño es un socio de ceder total ó parcialmente su parte en los be-

neficios sociales y á resultas de la liquidación; pero de esto á ponerle en su lugar media una gran diferencia; el ingreso del nuevo socio obliga á la reforma del contrato si es admitido en la sociedad. Por esto prescribe el art. 1.696, después de reconocer el derecho del socio á asociar á un tercero en su parte, que éste no ingresará en la sociedad sin el consentimiento unánime de todos los socios, aunque aquel sea el administrador, pues la compañía es una especie de fraternidad para cuyo establecimiento se tienen en cuenta las condiciones personales de sus individuos, y ni siquiera pueden continuar los herederos de éste, á no ser que así se hubiese estipulado, como determina el apartado segundo del art. 1.704.

### De las obligaciones de los socios con un tercero

Para que la sociedad quede obligada con un tercero por los actos de uno de los socios se requiere: 1.º Que el socio haya obrado, con su carácter de tal, por cuenta de la sociedad. 2.º Que tenga poder para obligar á la misma en virtud de un mandato expreso ó tácito, y 3.º Que haya obrado dentro de los límites de su poder ó mandato. Así lo prescribe el art. 1.697, con precedentes en la ley 60, tít. 17, lib. 50 del Digesto. El poder es el título de representación, pero el socio debe obrar dentro de los límites del mismo, el cual puede ser expreso ó tácito; este último es el inferido por hechos cuya apreciación corresponde al Tribunal á quo. Pero no basta el mandato, requiérese que el socio haya obrado con este carácter y por cuenta de la sociedad, de una manera que ésta resulte interesada en la obligación contraída por aquél.

Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad, y ninguno puede obligar á los otros por un acto personal si no le han conferido poder para ello.

La sociedad no queda obligada con respecto á tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre ó sin poder de la sociedad para ejecutarlo; pero queda obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella. Lo dispuesto en el art. 1.698, cuyo es lo antes dicho, se entiende sin perjuicio de lo establecido en la regla primera del art. 1.695.

Se comprende que los socios no tengan esa obligación solidaria, porque la personalidad social es independiente de la de ellos. Ninguno puede obligar á los otros por un acto personal, careciendo de

su representación, porque las responsabilidades son de quien las contrae.

Parecen antagónicos el art. 1.697 y la regla primera del 1.695, pero combinados, no resulta la contradicción entre ellos indicada por Bonel. Habiendo poder expreso, obrando el socio dentro de los límites de sus facultades representativas, con tal carácter y por cuenta de la sociedad, ésta queda obligada con terceros por los actos de aquél administrador; pero faltando ese poder expreso, existe la autorización á que se refiere el número 1.º del art. 1.695, pudiendo, en este caso, cualquier socio oponerse á la operación que su compañero haya contraído antes de producir efecto legal; esto es, que no haya constituido obligación, y á base de que los actos verificados por ese socio, acojido á la ley, sean puramente administrativos.

Los acreedores de la sociedad son preferentes á los acreedores de cada socio sobre los bienes sociales, precisamente porque tiene esa personalidad distinta de la de éstos y es capaz de derechos y obligaciones. Sin embargo de ese derecho de preferencia, los acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social, esto es, de lo que le corresponda á la liquidación de la sociedad, porque constituye derecho patrimonial del socio á lo que le toque en la distribución, y sabido es que las deudas se hacen efectivas en el patrimonio de los deudores allí donde se halle.

#### De los modos de extinguirse la sociedad

La sociedad se extingue: 1.º Cuando expira el término porque fué constituida (n.º 1.º del art. 1.700 y ley 65 Dig. PRO SOCIO) 2.º Cuando se pierde la cosa (n.º 2.º de dicho artículo y ley 65, § 10 Digesto, id.) ó se termine el negocio que le sirve de objeto (la misma cita del Código y la referida ley del Digesto.) 3.º Por la muerte natural, interdicción civil ó insolvencia de/cualquiera de los socios (n.º 3.º del referido artículo y leyes 4.ª y 65 Dig. id.) 4.º Por la voluntad de cualquiera de los socios (núm. 4.º de aquél y leyes 4.ª y 73 Dig. id.) Por embargo y remate del socio de la parte social (número 3.º del art. 1.700 en relación con el 1.699 y ley 65 Dig. PRO SOCIO, bien que ésta dice que termina la sociedad por la quiebra ó cesión de bienes de los socios). Añade la ley 5 Cód. PRO SOCIO y la 64 Dig. id. que es otro caso de extinción el consentimiento expreso

ó tácito de todos los socios, é incluye la ley 65 Dig. íd., como otra causa, la sentencia ejecutoriada que declare disuelta la compañía. No había necesidad de que el Código mencionara este último motivo, como tampoco el del expreso consentimiento de aquéllos cuando disuelven la sociedad, porque ambos se sobreentienden. No decimos lo propio del consentimiento tácito, porque si solo por hechos no puede constituirse la sociedad, ya que requiere voluntad expresa de quienes la celebren, tampoco debe haber su extinción por tal medio.

Por el hecho de expirar el término señalado como duración de la sociedad, ésta desaparece *IPSO FACTO*, ya que se extingue su vida legal; pero puede ser prorrogado por consentimiento de todos los socios, lo mismo expreso que tácito, justificado por los medios ordinarios. Así lo prescribe el art. 1.702 que difiere en un punto del 223 del Código de comercio, y consiste en que, mientras aquél admite la prórroga tácita, este último no la autoriza; de suerte que si éstos quieren continuar en la compañía habrán de celebrar un nuevo contrato sujeto á las formalidades prescritas para su establecimiento. ¿A qué se debe esa diferencia entre un texto y el otro? Sin duda á la naturaleza peculiar de esas sociedades. Si bien ambas descansan en los intereses y se dirigen á la obtención y reparto de ganancias, en las mercantiles toma mayor relieve el factor crédito y éste no puede hallarse á merced de que se discuta acerca de si la sociedad extinguida se halla ó no prorrogada por tácita ó presunta voluntad de los socios, máxime cuando, para perjudicar á tercero su establecimiento, tiene que figurar inscrita en el Registro mercantil de cuya publicidad carece la sociedad civil.

Si se prorroga después de expirado el término—dice el art. 1.703 del Código—se entiende que se constituye una nueva sociedad; esto es de *sindéresis*, porque con esa solución de continuidad, por mucho valor que merezca el consentimiento expreso ó tácito, no puede llegar á considerar con vida lo que, de hecho y de derecho, murió por el transcurso del término. Si la prórroga se hace antes de expirado éste, continúa la sociedad primitiva, precisamente porque falta esa solución de continuidad, antes se extiende el *VINCULUM JURIS* á un término más amplio que el estipulado desde un principio.

Cuando la cosa específica que un socio había prometido aportar á la sociedad perece antes de efectuada la entrega, su pérdida produce la disolución de la sociedad (§ 1.º del art. 1.701). Para decidir si la pérdida debe sufrirse por la sociedad ó por el socio dice Giorgi que Ulpiano distinguió estos dos casos: ó el dinero se perdió des-

pués de ser puesto efectivamente en común, ó el dinero no había entrado aún en la caja social y viajaba por cuenta del socio; en este caso la pérdida corre de su cuenta y debe consignar otra suma si quiere disfrutar de los beneficios sociales, en respeto al principio vulgar de que el destino dado por un deudor á su dinero para extinguir su obligación, ni convierte la deuda de cantidad en deuda de especie, ni hace pasar el riesgo á cargo del acreedor (ley 58 Digesto *PRO SOC.*) No así ocurre en el primer caso; ingresada la cosa en el haber de la sociedad, y puesto que ésta es la dueña, para ella perece. Lo propio decimos de las cosas genéricas no aportadas por el socio todavía al acervo común; si perecen, corre él con este riesgo. Lo dicho fúndase en el principio de que *GENUS ET CUANTITAS NUNQUAM PEREUNT*. El Código refiérese en dicho art. 1.701 á la pérdida de cosa específica que todavía el socio no ha aportado á la sociedad haciendo tradición de ella; basta que se haya comprometido á llevarla, porque este contrato, como consensual, se perfecciona por el consentimiento y mucho más mediando escritura. En este caso se produce la disolución de ésta; si es cosa genérica ó cantidad, esa disolución no procede, sino que el socio deberá hacer la aportación de lo que se comprometió, rigiendo en este caso las disposiciones de los arts. 1.681 y 1.686.

También se disuelve en todo caso, por la pérdida de la cosa, cuando, reservándose su propiedad el socio que la aporta, solo ha transferido á la sociedad el uso ó goce de la misma, porque, careciendo ella del disfrute, no puede obtener las ganancias objeto de su constitución, para distribuirlas entre los socios.

Pero no se disuelve por la pérdida de la cosa (aportada por el socio) cuando ésta ocurre después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella (últ. párr. del art. 1.702, con precedentes en las leyes 58 y 73 tit. 2.º, lib. 17, del Dig.), lo cual se funda en que, perteneciendo la cosa á la sociedad, para ésta perece y no para el que la aportó, bien que es causa de disolución si constituye el objeto único de la sociedad el empleo ó aprovechamiento de la misma.

Hemos dicho que es válido el pacto de continuar la sociedad con los socios sobrevivientes; pero en este caso el heredero del fallecido solo tiene derecho á que se haga la partición, fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo hecho antes de aquél día. Precedentes del art. 1.704 los encontramos en las leyes 65 y 40, tit. 2.º, lib. 17 del Digesto. Este

cuerpo legal se produce con más claridad que el Código al disponer que no solo las ganancias y pérdidas anteriores al fallecimiento del causante, sí que las posteriores por razón de operaciones ó negocios que hubiesen practicado los sobrevivientes antes de saberlo, son comunes á éstos y á aquéllos, cuyos sobrevivientes están obligados á llevar á cabo los negocios empezados, siendo responsables de los perjuicios ocasionados por su dolo ó grave negligencia.

El Código no dice que los socios sobrevivientes deben continuar las operaciones empezadas, pero se sobreentiende, porque, mediando el pacto en cuestión, la sociedad continúa, y tenemos por seguro de que con las palabras «consecuencia necesaria» el Legislador da á entender que los sucedáneos del difunto deben participar de los derechos y obligaciones ulteriores á la muerte de éste, puesto que tienen en la sociedad un capital á percibir, según liquidación, y les afectan los beneficios ó quebrantos que sufran. De todas suertes la apreciación de este punto no es apriorística, como lo hace el Derecho romano, sino á posteriori en cada caso, con un criterio de razón y de equidad.

También hemos dicho que debe guardarse el pacto de que continúe en la sociedad el heredero del socio, pero es en el caso de que deba subsistir ella con arreglo al art. 222 del Código de comercio. Esta continuación del heredero no la autoriza la ley 50, tít. 3.º, lib. 17 del Digesto, ceñida al supuesto básico de que la sociedad descansa en la confianza y, como factor moral de ésta, en las prendas personales de sus individuos, consideración de tal potencialidad que ante ella se trunca el principio *IN CONTRACTIBUS SPES AD HEREDES TRANSMITUR*; de suerte que en esta convención jurídica, por su especial naturaleza no cabía en absoluto el axioma de que el que contrata lo hace por sí y sus sucesores.

El consentimiento de que los herederos continúen en la sociedad debe constar de una manera terminante, nunca deducirse del silencio de las partes, y los derechos de aquéllos no pueden extenderse á fecha posterior á la extinción de la sociedad por muerte del socio (Sent. de 23 de Noviembre de 1903).

La disolución por la voluntad ó renuncia de uno de los socios unicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración; esto es de buen sentido, porque por el capricho ó mala fe de un socio no pueden quedar perjudicados sus compañeros de vínculo. También procede aquélla cuando no resulta el término de la naturaleza del negocio; de modo que pueden presentarse estas dos

situaciones: una, que en la naturaleza del negocio vaya implícito el término, que se tiene por aceptado, y otra, que no exista tal presunción de término; solo en este último caso, lo mismo que cuando no se ha fijado plazo, cabe la disolución por renuncia, y aún ésta no surte efecto si se hace de mala fe y fuera del tiempo oportuno. Aún verificándose de buena fe y en su día, debe ponerse en conocimiento de los otros socios, porque así como concurrieron con sus voluntades á constitución del contrato social, deben ser parte en su disolución. Solo desde la fecha en que se les ponga en conocimiento de tal renuncia, cualquiera que sea la forma (pues el Código no exige la escritura pública, como en la aceptación de las donaciones de bienes inmuebles), surte sus efectos; todo se reduce á probar el hecho de ese conocimiento. Precedentes del art. 1.705 los encontramos en las leyes 5.<sup>a</sup>, tit. 37, lib. 4.<sup>o</sup> del Código justiniano; 4.<sup>a</sup>, tit. 2.<sup>o</sup> lib. 17 del Digesto; § 4.<sup>o</sup>, tit. 26, lib. 3.<sup>o</sup> de la Instituta y leyes 14 y siguientes, tit. 2.<sup>o</sup>, lib. 17 del Digesto.

Es de mala fe la renuncia, cuando el que la hace se propone apropiarse para sí el provecho que debía ser común. En este caso el renunciante no se libra para con sus socios, y éstos tienen facultad para excluirle de la sociedad. Así lo prescribe el art. 1.706, que corresponde á la ley 65 Dig. PRO SOCIO, la cual dice que se entiende por renuncia dolosa aquella que se hace con intención de privar á la sociedad de un lucro que sin ella hubiese adquirido. Claro está que la facultad de excluir al socio de mala fe no puede emplearse por la fuerza; habrá de acudirse para ello á los Tribunales.

Se reputa hecha la renuncia en tiempo inoportuno, cuando, no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución y en este caso, continuará aquélla hasta la terminación de los negocios pendientes. Corresponde un tanto el § 2.<sup>o</sup> del art. 1.706, cuyo es esto, con la ley 65 Dig. PRO SOCIO que considera intempestiva la renuncia hecha en ocasión de que interese á la generalidad de los socios no verificar la disolución de la sociedad.

Entre lo dispuesto por el Código y lo prescrito por el Derecho romano optamos por lo primero. No existiendo en la sociedad las cosas aportadas íntegramente porque se han perdido ó quebrantado, no porque un socio quiera separarse ha de privarse el legítimo interés de los otros á que continúe el funcionamiento social, por si pueden obtener desquite; ya sabía aquél á qué se exponía, y median-do mayoría de socios para que se dilate la sociedad solo hasta la terminación de los negocios pendientes, el renunciante no podrá opo-

nerse á ello, pero es preciso que las cosas no se hallen íntegras, circunstancia expresada en el Derecho romano.

Este, hablando de la renuncia dolosa, prescribe que produce el efecto de obligar al renunciante á comunicar á los demás compañeros el lucro proveniente de la adquisición de que intentó privarles; á sufrir la totalidad de los perjuicios si resultasen pérdidas y no ganancias, cargando el renunciante con las pérdidas sociales, no recibiendo parte alguna de las adquisiciones de sus consocios (Instituta § 4.º DE SOC. y ley 65 Dig. PRO SOCIO). El socio que hubiese renunciado intempestivamente pierde el derecho para exigir de los demás la comunicación de los beneficios posteriores y queda sujeto á las pérdidas. Por último, la renuncia puede verificarse personalmente ó por medio de apoderado especial ó por el general que tiene concedida la administración de todos los bienes (ley 65, § 7.º Dig.) Puesto que en Cataluña y Navarra obliga como en toda España el régimen tutelar, deja de tener allí aplicación la ley última Cód. PRO SOCIO preceptiva de el curador nombrado á un socio demente puede renunciar y aceptar la renuncia de los demás. La notificación de la renuncia puede hacerse al apoderado de cada uno de los socios, pero éstos tendrán facultad para admitirla ó dejarla de admitir (ley 65 Dig. íd.) La renuncia hecha durante la ausencia de alguno de los socios produce, hasta haber llegado á su noticia, los efectos de la renuncia intempestiva (ley 17 Dig. íd.)

Con los textos que hemos estudiado se descubre el por qué de ese conocimiento de la renuncia á los socios. Si ésta se ha hecho de mala fe ó intempestivamente, al renunciante le cabe responsabilidad exigible ante los Tribunales de justicia, que apreciarán las circunstancias de aquélla y si los socios pudieron acordar que se dilatase la disolución hasta la terminación del negocio pendiente, á base de que las cosas no se hallen íntegras en el acervo social.

No puede un socio reclamar la disolución de la sociedad que, ya sea por disposición del contrato, ya por la naturaleza del negocio, ha sido constituida por tiempo determinado, precisamente porque lo primero constituye la vida legal del contrato, y lo segundo, porque al señalar los socios el negocio que había de emprenderse, se entiende que comprendieron la naturaleza del mismo, consintiendo en que el vínculo durase el tiempo necesario para el cumplimiento del fin social. Pero esta regla, establecida en el art. 1.707, tiene su excepción en el mismo, pues cabe se disuelva la sociedad por justo motivo, como el de faltar uno de los compañeros á sus obligaciones, el

de inhabilitarse para los negocios sociales ú otro semejante, á juicio de los Tribunales. Mantienen relación con este artículo las leyes 14, 15, 16 y 68 Dig. id., dispositivas de que cuando se hubiese prefijado término para la duración de la sociedad, se reputará intempestiva la renuncia verificada antes de su conclusión, á menos que se hubiese hecho por una causa justa ó necesaria.

No dice el Derecho romano cuales son esas causas; basta que la alegada sea justa ó necesaria, correspondiendo al Tribunal su apreciación. En cambio, el Código establece dos causas taxativas cuyos hechos determinantes corresponde apreciar al Tribunal Á QUO, tales como faltar uno de los socios á sus obligaciones, precisamente porque la sociedad es un contrato sinalagmático y todos los socios deben procurar por la prosperidad de la misma, y cuando, lejos de esto, faltan á las obligaciones que contrajeran al ligar sus intereses, quien las cumple no debe estar expuesto á sufrir agravio. La inhabilitación del socio es también causa justa, por faltar la posibilidad en el cumplimiento de las obligaciones, y comprendiendo el Legislador que pueden haber otros motivos autorizantes de tal medida, según la clase de sociedad y los distintos casos que pueden presentarse, autoriza su alegación, dejando su apreciación á los Tribunales, quienes, al administrar justicia, dan la medida del derecho de cada cual.

La partición entre socios se rige por las reglas de la de herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resultan. Al socio de industria no puede aplicársele ninguna parte de los bienes apropiados, sino solo sus frutos y los beneficios, conforme á lo dispuesto en el art. 1.689, á no haberse pactado expresamente lo contrario. Así lo prescribe el 1.708, con precedentes en la ley 63, tit. 2.º lib. 17 del Digesto.

En los bienes no solo se tiene interés, si que valor de afección, y justo es que estos bienes vuelvan á quien los aportó y no al socio industrial; basta que le correspondan frutos de ellos y los beneficios alcanzados, todo sin perjuicio de respetarse el pacto, que es ley obligatoria para los contratantes.

Para concluir, cúmplenos citar la Sent. 3 de Agosto de 1892 de que la disolución de una sociedad, no mercantil, extingue su personalidad jurídica, quedando sus bienes como una propiedad proindivisa.

El art. 1.707 no excluye la facultad de los contratantes de pactar en la escritura la forma de hacer la partición, siempre que no se contravenga á la ley ni á la moral.

No puede estimarse extinguida una sociedad mientras no contengan cumplidas sus obligaciones (Sent. de 6 de Febrero de 1903).

## DEL MANDATO

### Su naturaleza y caracteres

Es otro contrato preparatorio; de amistad ó de confianza como lo expresa su propia palabra MANDATU, compuesta de las latinas MANUS y DATIO, porque mandato y mandatario se *daban la mano* cuando el primero atribuía al segundo su representación. (San Isidoro Orig. Etimol. lib. 4.º cap. 24). Esta representación voluntaria, con su nota de revocabilidad perpetua, constituye la entraña de ese acto jurídico cuya regla general es la gratuidad, pues como dice el Derecho romano, MANDATUM NISI GRATUITUM NULLUM EST, NAM ORIGENEM EX OFFICIO ADQUE AMITIA TRAHIT. Y es claro, porque si en el mandato palpita la amistad, decorada con el fervor que unos hombres se hacen á otros para que la ausencia física se convierta en presencia jurídica, como una extensión de la personalidad, no debe mediar retribución en el desempeño del poder; pero no puede llegar á tanto el desinterés: en los tiempos que corren, el positivismo invade y suele corromper los órdenes social y jurídico. Es postulado de razón y dictado de justicia que todo trabajo demanda recompensa, y como la ley debe vivir en la sabia realidad, condicionando sus exigencias, no ha podido sustraerse á semejantes imperativos, por cuyo motivo, sin privar al mandato de su clásico perfume, de esa nota de gratuidad, como regla, autoriza la retribución del servicio cuando así se pacta, en tributo al fuero de la voluntad, ó cuando el mandatario tiene por ocupación el desempeño del servicio de la especie á que se refiera el poder, en cuyo caso se presume la obligación de retribuirlo, como preceptúa el art. 1.710 del Código civil, el cual, en este último respecto, se separa de las leyes 1.ª y 6.ª del Digesto DE MAND.

El Derecho romano consideró como arrendamiento todo mandato cuando por él se daba un salario ó recompensa después de practicado el servicio; si la retribución era anterior ó anticipada, tomaba el convenio el carácter de contrato innominado de DO UT FACIAS. El Código se ha separado de esta nomenclatura; el mandato, aun siendo retribuido, no pierde, como en Roma, su carácter; pero ¿en qué se

diferencia del arrendamiento? Precisamente en el fondo de ese contrato; el mandante atribuye su representación, lo que no hace el locador, de servicios; el mandatario no obra por su propio derecho ni por su individual personalidad, sino por el derecho y por la personalidad del mandante, mientras que en la locación—y esto lo tomamos del señor Sánchez Román—lo mismo que en el contrato innominado, ningún contratante obra en nombre de la personalidad del otro, sino por la suya y por su derecho. Ya sea el mandato gratuito, ya sea retribuido expresa ó presuntivamente, se extingue por la voluntad del mandante y por renuncia del mandatario, con ó sin la voluntad del otro contratante, lo cual no ocurre ni en la locación de servicios ni en aquel contrato innominado, pues ambos producen una relación obligatoria que solo por el mútuo disenso se extingue, á menos de que el locador pague al locatario los trabajos manuales que lleve hechos y le indemnice de los perjuicios sufridos, cuando los primeros sean facilmente divisibles, así como su retribución. El mandato, cualquiera que sea, termina por la muerte del mandante y del mandatario; no así el arrendamiento de servicios; su conclusión por esta causa se somete á las reglas generales de la contratación; muerto el arrendatario, puede haber quien le reemplaze en la ejecución del contrato, como sucedáneo del obligado, á menos que se trate de obras exigentes de ciertas aptitudes que solo poseía el arrendatario y que se tuvieron en cuenta para contratar con él, bien entendido que la muerte del locador no es causa de extinción del contrato, salvo pacto en contrario. La nota diferencial entre esos contratos es, propiamente, la primera, es decir, la de representación que el mandato atribuye y el arrendamiento de servicios no. La representación es, según los Sres. Giner y Calderón, relación con la cual una persona que posee plena facultad de obrar (se refieren á la voluntaria) se subroga en lugar de otra más ó menos imposibilitada para verificar en su nombre los actos necesarios á la conservación y desarrollo de su vida normal y jurídica.

Con estos elementos de juicio podemos definir el mandato diciendo que es un contrato preparatorio (porque es origen de otros que el mandatario celebre), consensual (porque se perfecciona por el consentimiento), unilateral ó bilateral (porque puede ser gratuito ó remunerado), por el que una persona se obliga á prestar algún servicio ó á hacer alguna cosa por cuenta ó encargo de otra: art. 1.709 del Código civil, que rige en Cataluña según se declaró en Sent. de 6 de Enero de 1896.

El Derecho romano lo define: *CONTRACTUS CONSENSUALES QUO NEGOTIO HONESTUM ALTERIS SUSCIPIENTI GRATIS GERENDUM COMMITTITUR.*

No merece la calificación jurídica de mandato el contrato que las compañías de ferrocarriles celebren con sus empleados para el servicio y explotación de las mismas (Sent. 2 Marzo 1897); pero sí aquél por el cual se autoriza la gestión y cobro de créditos que el mandante tiene á su favor, el cual no puede revocar, aun siendo retribuido. La entrega de una cantidad al notario autorizante de una escritura para pago de gastos, incluso los de inscripción en el Registro de la propiedad, no constituye á éste en mandatario del interesado, para el efecto de obligarse á gestionar la inscripción del título, ni, por lo tanto, le hace responsable de los perjuicios derivados de la falta de inscripción (Sent. 11 Noviembre 1902). En cambio, constituye mandato el conferido por los Ayuntamientos para el cobro de créditos municipales, y puesto que tiene carácter civil, son competentes los Tribunales ordinarios para entender de las cuestiones que origine (Reales decretos de 30 de Mayo y 15 de Junio de 1903).

#### Clases de mandato

El mandato puede ser expreso y tácito, general y especial.

El expreso puede darse por instrumento público ó privado y aun de palabra. La aceptación, así como el mandato, puede ser también expresa ó tácita, deducida esta última de los actos del mandatario.

El art. 1.770, cuyo es lo arriba dicho, rige en Cataluña (Sent. 6 Enero de 1896). Como quiera que el Código y el Derecho romano, vigente en aquél Principado y en Navarra, corren parejas respecto á la regulación de este contrato, muy pocas variantes entre estas fuentes habremos de presentar en el estudio del mismo.

El mandato expreso debe darse: en instrumento público para contraer matrimonio; para pleitos y especiales que deban presentarse en juicio; para administrar bienes, y cuanto tenga por objeto un acto realizado ó que deba realizarse en escritura pública ó haya de perjudicar á tercero (núm. 5.º del 1.280), y para el nombramiento de árbitros y amigables componedores (arts. 792 y 828 de ley de Enjuiciamiento civil. La designación de apoderado especial para constituir el consejo de familia puede hacerla un vocal por medio de documento público ó privado (Sent. 19 Mayo 1905).

La aceptación, lo mismo que el mandato puede ser expresa ó tácita, deducida ésta de los actos del mandatario (Véanse los artículos 1.216 y siguientes, 1.228 y 1.280 del Código civil y 249 del de Comercio).

El alma de todo contrato es el consentimiento, el cual se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa, el servicio y, la abstención y la causa del mismo; ésta, en el mandato retribuido, consiste, dada su onerosidad, en la retribución convenida ó presunta, y á este respecto, se declara en Sent. de 13 de Marzo de 1904 que aunque el mandato, según el art. 1.710 del Código civil, puede ser expreso ó tácito, así por lo que respecta á la oferta, como por lo que toca á la aceptación, es forzoso que los actos ó hechos de que se derive el tácito impliquen necesariamente, por modo evidente ó palmario, la intención de obligarse, como la que resultaría de la aceptación de determinados servicios sin previo concierto; y en cuanto á la retribución, de la ocupación normal del mandatario en el desempeño de esa clase de servicios, porque, de otra suerte, faltaría el concurso de voluntades, que es el elemento cardinal que da vida ó existencia jurídica al contrato.

Tanto el mandato, como su aceptación, revistiendo ambos forma tácita ó inferida por los hechos, deben probarse, correspondiendo al Tribunal a quo la apreciación de los hechos por los actos del mandante y del mandatario, cobrando, pagando y haciendo asientos en los libros este último; y reconociéndose en la sentencia recurrida que tales actos no deben, aislada ni conjuntamente estimados, reputarse reveladores y propios de un mandatario, no bastan para determinar por sí solos la existencia de tal contrato (Sent. 3 de Noviembre de 1908).

El Legislador se ha dejado llevar de la tendencia espiritualista en materia de contratación, al admitir el mandato tácito, como lo hacen Troplong, Auby, Rau y Zachariae, en contra de la opinión de Toullier, Proudhon y otros; los primeros se fundan en una regla del Derecho romano, reñida con el STRICTO JURIS y hasta contradictoria con la ley 6.<sup>a</sup> del Digesto DE REGULIS JURIS: QUI NON PROHIBET PROSE INTERVENIRE MANDARE VIDETUR.

El mandato tácito no solo se apoya en la equidad, si que, en muchos casos, en la necesidad, y surge á los fueros de la libertad de forma en la contratación; claro que es expuesto; la existencia del mismo es objeto de prueba ante la justicia restablecedora; hay que tomarlo con prevención, por cuyo motivo el Legislador exige, para

la celebración de ciertos actos y contratos, dada su naturaleza, importancia y alcance, el mandato expresamente conferido en instrumento público.

Los canonistas admitieron una especie de mandato tácito por el hecho de no devolver el poder al mandatario al mandante, y en las relaciones de la vida mercantil preséntanse casos en los que hay necesidad de distinguir si la mujer, al aceptar una letra, satisfacer una cuenta, ó suscribir una obligación por su marido comerciante, obra como mandataria de éste, en virtud de autorización tácita ó expresa, siendo de justicia y de equidad, más en el Derecho legible que en el legislado, que aquélla sea, como dice Dalloz, la sustitutz de su esposo.

El Código también registra en su art. 1.739 el mandato presunto, mejor diríamos, nacido de la ley, que tienen los herederos del mandatario, proveyendo; entre tanto ponen en conocimiento del mandante el fallecimiento de aquél, á cuanto corresponda, según las circunstancias, en interés del mismo, y caso también de mandato presunto es el del comisionista, según lo dispuesto en el art. 248 del Código de comercio, bien entendido que la gestión de negocios no constituye realmente apoderamiento, ni expreso ni tácito, porque en éstos, de una manera expresa ó inferida por hechos, se revela la voluntad del poderdante, cosa que no ocurre en dicho cuasi contrato, cuyos efectos obligan á la persona por la cual el gestor obra, por exigirlo el principio de utilidad, como decían los jurisconsultos romanos, pues supone que todo el mundo consiente en aquello que le trae provecho, ó por demandarlo el dictado de justicia.

Cúmplenos decir que también se clasifica el mandato en general y especial; comprende el primero todos los negocios del mandante, y el segundo uno ó más negocios determinados. El mandato general es el que los romanistas expresan con estas palabras: CUI OMNES INDEFINITE CONMINÆ; y el especial limitado lo expresan aquéllos con las palabras: CERTUS GENUS CAUSARUM. Dichos jurisconsultos subdividían el poder general en dos clases, el llamado IMPLÍCITER y el CUM LIBERA, estimando la diferencia entre éstos en si se concedía ó no por el poderdante al apoderado la facultad de cambiar, distinción esta tomada de la ley 58 del Digesto DE PROCUR. Y puesto que hemos aludido al Derecho romano, son de citar las leyes 2.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 22 y 45, Dig. DE MAND. de que el mandato puede tener por objeto la sola ó recíproca utilidad del mandante, del mandatario ó de un tercero; en la inteligencia de que, según dicha

ley 2.ª, y las 16, 32 y 48 Dig. *id.*, el que tiene por objeto la sola y exclusiva utilidad del mandatario constituye un mero consejo que no produce obligación alguna, á menos que éste no haya querido seguirlo sino mediante la responsabilidad del mandante; éste no responde del mero consejo, á no ser que lo haya dado con dolo ó mala fe (ley 47 Dig. DE REG. JUR.; leyes 10 y 42 Dig. DE MAND.), como tampoco responde de la simple recomendación de alguna persona.

También por el Derecho romano existe el mandato tácito (leyes 1.ª y 27 Dig. DE MAND.) que existe por el hecho de permitir que una persona verifique alguna cosa en su nombre ó utilidad (ley 60 Dig. DE REG. JUR. y leyes 6.ª, 18 y 53 Dig. DE MAND.); este mandato es especial como el que se deriva de la ratificación por el mandante de lo que hubiere hecho el mandatario sin consentimiento del primero (ley 1.ª Dig. DE MAND.)

Y volviendo al estudio del Código civil, es de consignar, que según preceptúa el art. 1.713, el mandato concebido en términos generales no comprende mas que los actos de administración. El mandatario no puede hacer arrendamientos inscribibles en el Registro de la propiedad, aunque sean por menos de seis años (Res. de 28 de Diciembre de 1892). No basta el apoderamiento general para tomar una cantidad á préstamo y gravar bienes del mandante faltando mandato expreso del mismo (Sent. de 10 de Mayo de 1902), cuya doctrina fué ratificada por la de 27 de Junio siguiente, en el sentido de que en el poder general, definido por el art. 1.712, están comprendidos los actos inherentes á la administración, uno de éstos el requerimiento de desahucio. El administrador de una sociedad tiene el carácter de mandatario de la misma, y en tal concepto puede arrendar sus bienes y utilizar la acción de desahucio.

Para transigir, enajenar, hipotecar ó ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio se necesita mandato expreso (apartado 2.º del art. 1.713). Por la transacción se ábdican derechos, se contraen obligaciones y se sustituye un estado jurídico á otro que ha provocado ó puede provocar contienda, y claro que, para llevarla á cabo, se necesita en el apoderado gran confianza por parte del poderdante, y el poder para transigir, más que facultativo es imperativo, al que Paulo aplicaba la regla: (ley 47 Dig. DE MAND.) *FORMA IN MANDATIS SERVANDA EST UT QUOTIES CERTUM MANDATUM SIT, RECEDIT A FORMA NON DEBEAT*, mandato que, como dice Gutiérrez, lleva en sí los términos de su ejecución.

Acercas del poder para constituir hipoteca voluntaria, debe ser especial, según prescribe el art. 140 de la ley; igual mandato se requiere para ejecutar cualquier acto de riguroso dominio. Este adjetivo *riguroso* significa que tenga tal carácter el acto y que no pueda tomarse por el de administración, siendo de citar las Sents. de 10 de Mayo y 25 de Junio de 1902, de que debe darse sentido restrictivo y literal al art. 1.713, así como la Res. de 24 de Septiembre de 1891, de que la cancelación de una hipoteca solo puede obtenerse con mandato expreso, doctrina repetida por la de 23 de Agosto de 1900, declarativa de que la autorización conferida por un ayuntamiento á su alcalde para vender una finca, no implica la de que pueda cancelar la hipoteca, para lo cual se requiere poder especial.

La facultad de transigir no autoriza para comprometer en árbitros ó amigables componedores (últ. ap. del art. 1.713), y se explica, porque la confianza del mandante en el mandatario puede no tenerla el primero con las personas que el segundo designe para resolver el asunto.

#### Límites del mandato

El mandatario no puede transpasar los límites del mandato. No se consideran transpasados los límites del mandato si fuere cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste. Así lo prescriben, respectivamente, los arts. 1.714 y 1.715, con precedentes en las leyes 22 y 41, tít. 1.º lib. 17 del Digesto y en el § 8, tít. 27 de la Instituta; y respecto á ese art. 1.715, no es de suponer que ningún hombre cuerdo dé facultades á otro para que le perjudique, pero sí para que le beneficie. MELIOR AUTEM CAUSA MANDANTIS FIERI POTEST, como dice la ley 5.ª, tít. 1.º, libro 17 del Digesto.

Discútese acerca de si el mandatario puede verificar algunos actos conexos con su mandato que no estuviesen especificados; punto es este de la apreciación del Juez, según las circunstancias del caso, y la clase del acto jurídico encargado por el mandante, para inquirir cual hubiera sido la voluntad de éste. Para desistir de una apelación requiérese poder especial, puesto que implica la renuncia de defensa en la instancia á la cual se acude; lo mismo decimos del desestimiento del recurso de casación preparado ó interpuesto, ó del pleito entablado; faltando poder especial, requiérese la ratificación del poderdante.

Tampoco puede el albacea extender su mandato á la partición de otros bienes que los del causante, ni liquidar, por sí, la sociedad conyugal á título de partidor, sin la concurrencia del cónyuge viudo. Tampoco puede el apoderado general celebrar contratos de arrendamiento inscribibles en el Registro, porque la inscripción arrendaticia constituye un derecho real. No puede el mandatario alterar los contratos celebrados por el mandante (Sent. 21 de Julio de 1890); las facultades de aquél están subordinadas siempre á los términos del poder, y habiéndose consignado en éste que, para la eficacia de los convenios, fuese necesaria la previa aprobación del mandante, faltando ésta, aquéllos son nulos. Sent. 20 Junio de 1894, cuya doctrina se confirmó por la de 7 de Julio de 1902, declaratoria de la ineficacia del contrato á nombre ajeno, cuando se transpasa la voluntad del mandante.

Para terminar este punto es de citar la Sent. de 13 de Octubre de 1902 declaratoria de que no se transpasan los límites del mandato cuando se ordena la remisión de 7.500 pts. en valores declarados y se envían 2.000 por este medio y el resto asegurado en *La Foncière*, como tampoco transpasa los límites del mandato quien, facultado por su poderdante para comprar fincas, cobrar préstamos y cancelar hipotecas, verifica los tres contratos en un solo acto, recibiendo en pago de un crédito hipotecario de su principal la misma finca hipotecada. (Res. 15 Junio de 1892).

### Elemento personal del mandato

El mandante ha de tener la plena capacidad para contratar y obligarse según las reglas generales de la contratación. (Véase el cap. 1.º de este tomo, donde hemos tratado de la capacidad civil ante el Código y las Legislaciones forales). Por los que carezcan de esa capacidad pueden conferir mandato sus representantes legales.

El menor emancipado puede otorgar poder para realizar un acto, sin más limitaciones que las consignadas en el art. 317 del Código civil. Esta es la doctrina establecida en Resolución de 20 de Mayo de 1897, de suyo muy juiciosa, porque la emancipación habilita al menor para regir su persona y derechos como si fuera mayor de edad. Pero ese artículo solo reza con la emancipación voluntaria y con la venia de edad y es de interpretación estricta, según constante doctrina del Centro directivo; de consiguiente, el emancipado ne-

cesita del consentimiento de su padre, en defecto de éste, del de su madre y, á falta de ambos, del de un tutor para poder conferir mandato cuyo objeto sea tomar dinero á préstamo, *gravar* y *vender* bienes inmuebles y comparecer en juicio. De manera que puede otorgar poder para aceptar herencias, donaciones que no impongan carga real, dar dinero á préstamo, cancelar hipotecas y, en suma, para todo aquello que no sean las taxativas prohibiciones encerradas en dicho precepto, por respeto al principio jurídico *INCLUSIO UNIUS EXCLUSIO ALTERIUS*, sin que tenga necesidad de proveerse del consentimiento de las personas señaladas en el art. 317. Y aquí viene la antinomia: tratándose de un menor casado, su capacidad no se halla regulada por dicho artículo, sino por el 59 del mismo Código, ambos de aplicación general. Ese casado (refiérese al marido), mientras no llegue á la mayor edad, no puede tomar dinero á préstamo, gravar ni enajenar los bienes raíces sin el consentimiento de su padre y, en defecto de éste, sin el de su madre y, á falta de ambos, sin el de su tutor.

La antinomia es palmaria: el casado no puede *enajenar*; de manera que no puede cancelar hipotecas, pues el léxico *enajenar* es genérico, mientras que *vender* es de sentido específico, resultando, por esto, que ese marido, mayor de 18 años, emancipado por el matrimonio, es de peor condición que el emancipado por concesión del padre ó de la madre, y claro que el poder por él otorgado para cancelar hipotecas necesita, para ser válido, del consentimiento de las expresadas personas. Pero no necesita ese consentimiento si el poder tiene por objeto la administración de sus bienes privativos, los de la sociedad conyugal ó la de los parafernales de su esposa si le hubiere sido entregada, pues, en todo esto se le reputa mayor de edad, según el art. 317 que, relacionado con el núm. 1.º del 314, completa el 59 del propio cuerpo legal.

Acercas de la capacidad de la mujer casada para otorgar mandato, se ha de tener en cuenta, además de lo arriba dicho, lo que prescriben los arts. 60 y 61 del Código; ella no puede conferir mandato sin licencia de su esposo, pues éste tiene, respecto del patrimonio de la misma, las llamadas facultades conservativas, de las cuales no se le puede privar, á menos de que medie procedimiento de divorcio ó de nulidad de matrimonio, y también para que pueda atender á las obligaciones de éste. La mujer casada puede contratar en todo lo que se refiera á la administración de sus bienes parafernales, no entregada formalmente á su marido, y puede arrendar fincas si el contra-

to no lleva aparejada la inscripción en el Registro de la propiedad y nombrar administradores (Sent. 8 Noviembre de 1898) y claro que, en este último supuesto, puede conferir mandato.

La capacidad del mandatario es la del emancipado, ya por la ley, ya por el matrimonio, ya por concesión del padre ó de la madre, ya por habilitación de edad; si se halla sujeto á la patria potestad ó á tutela, con los deberes que estas situaciones le imponen, no puede ser apoderado. Discútese acerca de si el casado menor de 18 años puede ser mandatario; nos pronunciamos por la afirmativa, por no prestarse á duda el art. 1.716 y en respeto al principio jurídico *UBI LEX NON DISTINGUIT NEC NOS DISTINGUIRE DEBEMUS*.

El mandante solo tendrá acción contra ese mandatario menor de edad, de conformidad con lo dispuesto respecto á las obligaciones de los menores. De consiguiente, el tercero no tiene acción contra ese apoderado, sino contra el mandatario, como si éste hubiese contratado directamente, como tampoco ese mandante puede repetir contra los padres de ese menor emancipado, y aún contra éste se ha de ajustar á lo dispuesto respecto á las obligaciones de los menores.

Según el SEXTO de Decretales, lib, 1, tít. 19 *DE PROCURAT.*, cap. 5, el hijo de familia mayor de 17 años puede ser mandatario sin el asentimiento de su padre, disposición esta que rige en Cataluña. En Aragón, según la opinión de Molino, Lissa y otros, el mayor de 14 años puede ser apoderado, porque se tiene entonces la mayor edad menos plena, así como le es permitido conferir poder para litigar en lo civil, según opinan Portolés, Lissa y otros fueristas. Puesto que en Navarra rige el Derecho romano, el mayor de 17 años puede ser mandatario, según prescribe el tít. 4, lib. 4 del Digesto.

Todo lo arriba dicho refiérese al mandato extrajudicial, pues respecto del judicial rige la ley Orgánica, obligatoria en todas las regiones de España, que señala la edad de 21 años en el procurador: (art. 873 en relación con el 881 de dicha ley).

La mujer casada solo puede aceptar el mandato con autorización de su marido (últ. ap. del art. 1.716) y como al aceptarlo contrae la obligación de cumplirlo, entendemos que el anterior precepto, relacionado con el art. 61, ambos del Código, es de aplicación general.

Son incapaces para ser mandatarios, á tenor del art. 1.263, los dementes, locos y sordomudos, estos últimos que no sepan escribir, porque no pudiendo contratar por causa de enfermedad, mal pueden verificarlo en nombre de otro. También es incapaz el sujeto á inter-

dicción civil, porque esta causa da lugar á la extinción del mandato (art. 1.732); esa pena, si bien no produce la muerte civil completa del sujeto á ella, modifica de tal suerte su capacidad de obrar que la ley le priva de ejercicio de derechos, máxime cuando se halla privado de la libertad.

Respecto de la prodigalidad, ésta no es causa de no poder desempeñar el mandato, á menos que se exprese en la sentencia declaratoria de ese estado. Lo propio decimos respecto de los concursados, quebrados y religiosos; todos pueden ser mandatarios, porque lo mismo que los menores emancipados, ellos no se obligan, constituyen el órgano de obligación por interés de su mandante á quien alcanza solamente el pro y el contra del contrato que celebren por su mediación, como dice Tarrible; y concretándonos á la capacidad de los religiosos, ésta la tienen en el día, pues según el Sr. Sánchez Román, si bien hay disposiciones que prohíben á los ordenados *IN SACRIS* ser agentes ó administradores de bienes ajenos, á no ser los de su iglesia y con licencia del ordinario, el verdadero sentido de aquéllas consiste en vedar á los clérigos regulares y seculares la agencia de intereses ajenos, sin que pueda estimarse su sentido como prohibición de ser mandarios para la celebración de cualquier acto jurídico. Las limitaciones que señala el art. 317 se refieren solamente á los intereses personales y privativos del menor, pero no á los actos que ejecute con la autorización y bajo la responsabilidad de otro, por lo que no existe falta de personalidad en el procurador en quien un menor emancipado sustituyó un poder para comparecer en juicio, cuando está especialmente autorizado para ello (Sent. 17 Enero 1903).

#### Efectos del mandato para con tercero

Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante (ap. 1.º del artículo 1.717), precisamente porque aquél no ha hecho uso de la representación; por esto dice el segundo apartado de dicho precepto, que en tal caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de las personas con quienes ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Pero esto, que es de pura *sindéresis*, tiene una excepción y es en el caso de que se trate de cosas propias del mandante;

escrito esto en evitación de fraudes, porque le sería muy cómodo al mandante desentenderse, con perjuicio de tercero, de los actos verificados por su mandatario en cosas de su pertenencia, habiendo recaído la Sent. de 1.º Mayo de 1900, en pleito sobre depósito de valores en el Banco Hipotecario, en que, no obstante el poder para retirarlos, exigió este establecimiento la firma del mandante, que falsificó su mandatario á quien se le entregaron aquéllos; el Tribunal Supremo casó la sentencia favorable á los herederos del mandante que hizo responsable al Banco de la devolución del depósito, estimando que, según el art. 1.617, cuando se trata de cosas propias de aquél, el mandatario le obliga, aunque no ostente el carácter de tal y aparezca obrando en nombre propio.

Termina dicho precepto disponiendo que lo en él establecido, se entienda sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario. Los contratos que este último celebre en nombre de aquél producen efecto, ante lo prescrito en el art. 1.257 del Código civil, según el que tales convenciones obligan á las partes que las otorgan, siempre y cuando no se haya excedido del poder ó el caso no se halle comprendido en la excepción del párrafo 2.º del art. 1.717.

Puede ocurrir que el mandato sea deficiente y que el mandante á quien el mandatario le haya dado conocimiento del mandato lo apruebe, equivaliendo esta ratificación expresa ó tácita al mandato mismo completo, en cuyo caso el mandatario se desliga de las obligaciones que de otro modo le serían imputables con relación á los terceros, quedando establecido el vínculo jurídico entre éstos y el mandante, como únicos interesados.

Prescribe la ley 10 Dig. DE INSTR. ACT., ley 5.ª Cód. DE INST. ET EXER., ley 10 Dig. DE MAND. y leyes 1.ª, 2.ª y 5.ª Dig. QUOD JUSSU, que el mandante queda directamente obligado al cumplimiento de los contratos que el mandatario hubiere celebrado en su nombre, dentro de los límites del mandato. Las leyes 1.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 17 y 18 Dig. DE INSTR. ACT. hacen extensiva dicha disposición al mandato tácito resultante del hecho de poner á alguno al frente de su tienda en la que ejerce su industria, una persona que trata con el público; el mismo Digesto trata también de la obligación del mandante de cumplir los contratos hechos por los factores y comisionistas, y como esto es propio del Código de comercio, obligatorio en toda España, á sus ordenamientos nos remitimos, bastando decir que, según la ley 20 Dig. DE INSTR. ACT., aplicada en Sent. de 18 de Enero de 1866, el mandatario ó factor no queda personalmente obli-

gado por los contratos que haga en el desempeño de su cometido, siempre que manifieste obrar solo en utilidad del mandante; de donde resulta, A CONTRARIO SENSU, que, no haciendo esa manifestación, queda ese mandatario obligado, sin que veamos establecida en el Derecho romano la excepción comprendida en el apartado 2.º del art. 1.717.

Dicha excepción puede prevalecer en Cataluña y Navarra donde rige la Legislación romana con preferencia al Código civil. Cuestión delicada es ésta, que nosotros resolveríamos inclinándonos por la afirmativa, porque lo que ha hecho el Código ha sido introducir una novedad que no pugna con el régimen escrito y consuetudinario de dichas regiones; es altamente justa, porque versando la obligación contraída por el mandatario en cosas propias del mandante, se presume el consentimiento de éste; en ellas va impreso el sello de su dueño, para quien es el beneficio, y resulta muy lógico que esté á las resultas de lo que el mandatario haga, sin perjuicio de sus acciones contra él.

#### De las obligaciones del mandatario

Viene obligado por el hecho de la aceptación (acto que le es potestativo) á cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, dé no ejecutarlo, se ocasionan al mandante. Así lo prescribe el art. 1.718, parejo de las leyes 5, 8 y 22 Dig. DE MAND. y 13 Código íd., añadiendo la 27 Dig. íd. que esa responsabilidad existe aunque la falta de cumplimiento provenga de imposibilidad, si pudiendo participarla el mandatario al mandante no lo verifica. El primero de éstos es también responsable de los daños y perjuicios que por su dolo, culpa ó grave negligencia experimentase el segundo, de resultas de la ejecución del mandato (leyes 9 y 11 Cód. DE MAND. y 8.º y 42 Dig. íd.).

Y volviendo al estudio del art. 1.718, añade éste que el mandatario debe acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza. Corresponde esto á la ley 33 Dig. íd. La ejecución parcial obligaría al mandante, y si el mandato abarca un fin determinado para cuya realización son menester actos distintos, no realizando el mandatario mas que los primeros, es responsable, en sentir de Manresa y en el nuestro, como si no hubiera ejecutado ninguno, y así se infiere de la ley 36 del Digesto.

to, porque á ello obliga la unidad negocio, cuyo cumplimiento parcial no puede hacerse.

En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario á las instrucciones del mandante y, á falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia. Así lo prescribe el art. 1.719 que corresponde á las leyes 5.<sup>a</sup>, 22 y 41, tit. 1.<sup>o</sup>, lib. 17 del Digesto, donde se dice: *DILIGENTE FINIS MANDATI CUSTODIANDI SUNT NAMQUI EXICESIT ALINDQUID FACERE VIDETUR.*

Completan ese art. 1.719, el 1.718 y el 1.101, prescriptivo éste de que quedan sujetos á la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieron en dolo, negligencia ó morosidad y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas. Libre es el mandatario de aceptar la representación, pero admitida, expresa ó tácitamente, debe cumplir las obligaciones y responder de los daños y perjuicios cuando éstos realmente se hayan producido, acreditada su existencia y cuantía por el mandante; si éste ratifica lo hecho por el mandatario, carece de semejante acción, pues no puede considerarse perjudicado por una conducta que él aprueba. Claro está que si por la inejecución del mandato se han causado perjuicios á un tercero reclamados al mandante, podrá repetir contra el mandatario, á menos que éste no haya ostentado tal representación; ostentándola, la acción de ese tercero es contra el mandante, al cual le liga, no contra el mandatario que solo presta su mediación.

Por Sent. de 4 de Abril de 1903 se declara que al cobrar un mandatario después de muerto su causante rentas devengadas en vida de éste, obró dentro de su derecho, siéndole aplicable el inciso segundo del art. 1.719. Este precepto también se ha aplicado en sentencias de 13 de Octubre y 3 de Diciembre de 1902, el cual tiene por precedentes, el § 11, tit. 27. lib. 3.<sup>o</sup> del Digesto, la ley 5.<sup>a</sup>, § 1.<sup>o</sup>, tit. 1.<sup>o</sup>, lib. 37 *id.* y la 27, tit. 1.<sup>o</sup> *id.*, cuyos textos respectivamente dicen: *SIENT LIBERUM EST MANDATUM, NON SUSCIPERE, ITA SUSCEPTUM CONSUMMARE OPORTET, NISI RENUNTIATUM SIT.*

*ET SI SUSCEPTUM NON IMPLEVIT, TENETUR.*

*QUI MANDATUM SUSCEPIT, SI POTEST EXPLERE DESERERE PROMISSUM OFFICIUM NON DEBET, ALIOQUIM, QUANTI, MANDATORES INTERSIT DAMNABITUR.*

Todo mandatario está obligado á dar cuenta de sus operaciones y á abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aún cuando lo recibido no se debiera al segundo. Así lo pres-

cribe el art. 1.720 que corresponde á la ley 11 Cód. DE MAND. dispositiva de que el mandatario debe dar razón y cuentas tanto por lo que hizo como por lo que debió hacer durante el tiempo de su cometido, entregando al mandante todo lo adquirido y percibido por razón del mismo, deducidos solamente los gastos que hubiese hecho legítimamente y de buena fe. Ni esta ley, ni la 20 del Dig. DE MAND. pueden invocarse tratándose de la autorización dada por una mujer á su marido para que hipotecase sus bienes á la seguridad de una obligación, porque no puede calificarse de mandato (Sent. de 9 de Noviembre de 1867). El mandatario no podrá excusarse de la restitución de lo percibido, bajo ningún pretexto, quedando solo libre en caso de haberlo perdido sin su dolo ó culpa.

Aún cuando el alma del mandato es la confianza, tiene por finalidad la procuración de un interés, y éste demanda dación de cuenta de las operaciones, finido el mandato, cualquiera que sea la causa á que esto se deba, sin que pueda considerarse rendición de cuentas la nota expresiva de los gastos é ingresos, con los justificantes de las partidas de éstos, que el mandatario, procediendo con honorabilidad y celo, debe entregar á su mandante ¿Podrá éste eximir á aquél de semejante obligación? Entendemos que no, porque es visceral del contrato; la renuncia podría ser captada ó arrancada mañosamente, ó encubrir fraude y, respirando inmoralidad, contraviene lo prescrito en el art. 4 del Código; lo cual no empece, como hemos visto casos, de que se prohíba en testamento á los herederos voluntarios, el que tomen cuentas al apoderado del testador y que, de hacerlo, las cantidades que resulten á cargo de éste, las tenga como manda. Semejante prohibición no vale, en nuestro sentir; procederá la rendición de cuentas, pero ese apoderado quedará como legatario en lo que debiera entregar á la testamentaria; de este modo se hace compatible el ordenamiento de la ley con el fuero de la voluntad.

La obligación de dar y recibir cuentas, como del orden patrimonial, es transmisible respectivamente á los herederos del mandante y del mandatario; los de este último pueden aprobarlas si son capaces, prestando, en otro caso, la aprobación sus representantes legales.

El mandatario que hubiese recibido una cosa para su mandante no tiene por qué averiguar si éste tiene ó no derecho á ella; aún cuando carezca de derecho debe entregársela, porque solo interviene por pura representación, así como no tiene derecho á reclamar cuentas al mandante, pero sí á exigir el abono de sus honorarios y expensas hechas en su gestión (Sent. 18 Mayo 1891).

Las cuentas deben ser debidamente justificadas (Sent. 31 Mayo 1897); no es preciso que la dación se haga judicialmente (sentencia 27 Noviembre 1897). Las partes pueden pedir la liquidación de sus cuentas en los términos que mejor les plazcan y convengan (Sent. 16 Mayo de 1898). El art. 1.720 solo tiene aplicación cuando el mandante, para el ejercicio de su acción, tenga necesidad de una previa rendición de cuentas, sin que el art. 1.720 excluya, ni obste al derecho del mandante para exigir, desde luego, al mandatario, el saldo de la cantidad líquida que estime serle en deber, como resultado de las operaciones (Sent. 21 Noviembre 1907); y, por último, el Juez competente para conocer de las cuentas rendidas por un administrador, es, á elección del dueño de los bienes, el del domicilio de aquél ó el del lugar donde se haya desempeñado aquélla (Sent. 14 Diciembre de 1909).

La obligación de rendir cuentas aparece establecida en la ley 20, tít. 1.º, lib. 17 del Digesto, y en la ley 10 del mismo título y libro, donde, respectivamente lee: *EX MANDATO APUD EUM QUI MANDATUM SUSCEPIT, NIHIL REMANERE OPORTET, y BONÆ FIDEI CONGRUIT NEC DE ALIENO LUCRUM SENTIAT.*

Además, son de citar: la ley 10 Dig. DE MAND. de que el mandatario está obligado á satisfacer los intereses de las cantidades en que resulte alcanzado y cuya restitución demore, y los de las del mandante que hubiere invertido en su utilidad particular; las leyes 12 y 13 Dig. íd. de que debe reintegrar los intereses cuya pérdida ó pago hubiere ocasionado al mandante por haber dejado de emplear los caudales del mismo, debiéndolo hacer, y, por último, la ley 10 Dig. íd. que sujeta al mandatario al abono de los intereses que hubiese percibido, aunque tuviera encargo de no exigirlos, á menos de que hubiese verificado la inversión á su riesgo particular, y si demorase la restitución de estos intereses, debe también satisfacer los intereses de su montante.

El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido, pero responde de la gestión del sustituto: 1.º Cuando no se le dió facultad para nombrarlo y 2.º cuando se le dió esta facultad, pero sin designar la persona y el nombrado era notoriamente incapaz ó insolvente. Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo. Así lo prescribe el art. 1.721 que corresponde á las leyes 8.ª Dig. DE MAND. y 28 Digesto DE NEG. GEST., prescriptivas de que el mandatario que hubiese encargado la ejecución de un mandato á otro, es responsa-

ble por los hechos de éste; pero tiene acción contra él para obligarle al cumplimiento del mismo y á la indemnización de todos los daños y perjuicios resultantes. Mayor analogía mantiene dicho artículo del Código con las leyes 21, tít. 5.º, lib. 3.º y 8.ª, tít. 1.º, lib. 17, ambas del Digesto, donde se lee: *MANDATO TUO NEGOTIA MEA LUCIUS TITIVS GESSIT, QUOD IS NON RECTE GESSIT, TU MIHI ACTIONEM NEGOTIORUM GESTORUM TENERIS, NON IN HOC TANTUM UT ACTIONES TUAS PRESTES, SED ETIAM QUOD IMPRUDENTER EUM ELEGERIS: UT QUIDQUID DETRIMENTI NEGLIGENTIA EJUS FECIT, TU MIHI PRESTÆS.*

Comentando el art. 1.721 vemos que la representación es, por regla general, sustituible, pero el sustituto no puede, á su vez, nombrar sustituto, si no se le otorgó poder con cláusula de sustitución (Sent. 22 Febrero de 1893). Prohibiendo el mandante la sustitución, el mandatario no puede hacerlo, y no solamente responde para con aquél de los daños y perjuicios que le haya causado por contravenir á la cláusula del poder, siendo de aplicación en este caso el artículo 1.101, sino que será nulo lo hecho por el sustituto nombrado contra tal prohibición.

Si el mandante facultó al mandatario para hacer la sustitución lo cual solo puede aparecer del poder, según la clase de éste, el segundo no responde de la gestión del sustituto, á menos de que, al nombrarle, fuera notoriamente incapaz ó insolvente, porque, al ser notorio, se presume que lo conocía y no debió confiar en tal persona la representación que, por razón de incapacidad, no podía desempeñar ó que, por imprudencia de la misma, quedaba el mandante sin medios de exigirle la responsabilidad por los daños y perjuicios que le causara. Asimismo, cuando al mandatario no se le dió facultad para nombrar sustituto, responde para con el mandante de la gestión de aquél, siendo de citar la Sent. 16 de Noviembre de 1897, de que, dada la naturaleza del mandato y los derechos y obligaciones que de él nacen, cuando un mandatario hace uso de las facultades de sustitución que el poderdante le confiere, con ó sin la designación de la persona del sustituto, es evidente que, cumplido en esta parte el mandato, se desliga aquél de todas sus relaciones jurídicas con el mandante, salvo el caso previsto en el núm. 2.º del art. 1.721 del Código, quedando en su lugar el sustituto, único que desde entonces tiene el carácter de mandatario, con relación al poderdante, á diferencia del caso en que el primer mandatario, por sí, y no en cumplimiento de su mandato, confiere á un tercero poder para que haga lo

que él sigue obligado á hacer en sus relaciones con la persona que le confirió el mandato.

La anterior doctrina fué confirmada por otra sentencia de 16 de Diciembre de 1897, en el sentido de que cuando el apoderado hace uso de la facultad para sustituir el mandato que el poderdante le confirió, se desliga de todas las relaciones jurídicas, con éste, salvo el caso previsto en el número segundo del art. 1.721. La Sent. de 1.º Octubre de 1906 refleja el verdadero concepto y alcance de la sustitución, al declarar que la extensión y límites de un mandato se determinan esencialmente por su naturaleza, aparte las restricciones y ampliaciones que expresa y claramente se consignan por voluntad de las partes. La sustitución que un procurador confiere á otro —añade— coloca á éste plena y completamente en el lugar del sustituido, pudiendo y debiendo, por lo tanto, hacer el sustituto lo mismo que haría aquél á quien sustituye, con la consiguiente responsabilidad de éste.

Como dice Marcadet, en caso de sustitución hay dos mandantes, el principal, de quien dimana originariamente el mandato, y el mandatario, que es mandante con relación al sustituto. En los actos que este último realice y según sean las condiciones pactadas para la sustitución, así deberá figurar él ó el primer mandante, haciéndolo constar de este modo, para que sus actos obliguen directamente con los terceros.

En Aragón, puede la mujer casada, sin consentimiento de su marido, sustituir el poder que éste le hubiese otorgado, porque *ASSENSUS VIRI INTERVENISSE VIDETUR* (Ob. 13 DE PROCURATORIBUS lib. 1.º) Si en la sustitución del poder se hace mención del apoderamiento principal, por ser esto requisito necesario, debe determinarse la fecha y firma del notario que lo otorgó y si se pide que se exhiba su original, no está obligada la parte que lo produjo á manifestarlo, á no ser que la otra que pida la exhibición diga que quiere redargüirlo de falso, en cuyo caso está obligada á manifestarlo, pues, de otro modo, se presume legalmente celebrado el acto, *ET STETUR INSTRUMENTO DE FORO* (Ob. 9 DE PROCURATORIBUS, lib. 1.º) Consideramos no vigentes las Observancias 10 y 11 DE PROCURATORIBUS referentes á los poderes otorgados por los concejos, pues la ley del Notariado y su reglamento son de general observancia.

Y volviendo al estudio del Código, dispone el art. 1.722, que en los casos comprendidos en los dos números del 1.721 puede, además,

el mandante dirigir su acción contra el sustituto; simultaneidad de acciones contra éste y el mandatario que no se halla prohibida, antes bien ese precepto no fija entre ellas prelación ninguna. El artículo 1.722 carece de precedentes en el Derecho romano, porque su sutil rigorismo no permitía tuviese el mandante otra acción que la contra su mandatario, según se infiere de las leyes 1.<sup>a</sup> y 16, tít. 3.<sup>o</sup> y 21 tít. 1.<sup>o</sup> lib. 17 del Digesto.

La responsabilidad de dos ó más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultaneamente, no es solidaria si no se ha expresado así, según prescribe el art. 1.732, que tiene por precedentes la ley 69 tít. 1.<sup>o</sup>, lib. 17 del Digesto; pero, según Manresa, ésta disposición fué derogada implícitamente por la Novela 99, que lejos de seguir el espíritu anterior de considerar establecidas á *prorrata* las obligaciones mancomunadas, proclamó en ellas el principio de solidaridad, á menos de estipulación en contrario. No obstante este sentir, consideramos vigente en Cataluña y Navarra la ley del Digesto que establece la mancomunidad, si bien debe hacerse previa excusión en los bienes del mandatario que hubiese administrado, porque habiendo texto expreso en este punto, no se puede acudir á dicha Novela 99, para deducir, de su contexto, cosa opuesta á la prescrita por un ordenamiento terminante. Pero, si bien se advierte, hay manera de combinar dicha ley del Digesto y la Novela: si los instituidos mandatarios han administrado, existe entre ellos el vínculo de solidaridad; en otro caso y aceptado el poder por ambos mandatarios, debe hacerse previa excusión en los bienes del que hubiera administrado, antes que repetir contra los del otro, cumpliéndose de esta suerte la ley del Digesto.

El mandatario debe intereses de las cantidades que aplicó á sus usos propios desde el día en que lo hizo y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora (art. 1.724); lo primero á título de compensación, y lo segundo por vía de reparación, siendo de citar la Sent. 9 Octubre de 1895 declaratoria de que el mandatario no incurre en mora hasta que no se le exija la cuenta de su gestión, habiéndose declarado por la de 24 de Abril de 1901, que puede ser motivo para calificar de fraudulenta una quiebra el hecho de pignorar un comerciante valores ajenos para cubrir atenciones propias, suponiendo operaciones de compra no realizadas, en vez de canjear los que con el encargo le fueron confiados.

Precedentes de esta disposición los vemos en las leyes 10, títu-

lo 1.º, lib. 17 y 31 tít. 5.º, lib. 3.º del Digesto, que hemos citado al hablar de las obligaciones del mandatario. Es famosa ley del Digesto que comienza: «SI PROCURATOR MEUS PECUNIAM MEAM HABEAT EX MORA UTIQUE USURAS MIHI PENDET..... QUOD SI NON EXIREMT PECUNIAM SED AD USUS SUOS CONVERTIT IN USURAS CONVENITUR QUE LEGÍTIMO MODO IN REGIO NIBUS FRECUENTANTUR. DEUSQUE PAPIANUS AIT ETIAM SI USURAS EXEGERIT PROCURATOR ET IN USUS SUOS CONVERTIT USURAS EUM PRESTARET DEBERE».

El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente á la parte con quien contrata (si respondiera, nadie querría ser mandatario) sino cuando se obliga á ello expresamente, (porque tenido viene á cumplir su compromiso) ó cuando transpasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes, (pues entonces obra de mala fe ó con omisión indisculpable).

Si el mandatario dió conocimiento de sus poderes al tercero, aunque la obligación contraída exceda de los límites del poder no estarán obligados al cumplimiento del contrato ni el mandante ni el mandatario; el primero, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.727, y el segundo, porque obró de buena fe al dar conocimiento de sus poderes insuficientes, y si, á pesar de esta insuficiencia el tercero contrata, impútese á sí mismo las consecuencias de sus actos, nunca achacables á aquéllos, pues como dice la ley 145 DE REGULIS JURIS SCIENTI ET VOLENTI NON FIT INJURIA. Puede citarse la sentencia de 22 de Mayo de 1897, de que los mandatarios para cobrar una finca no son responsables á los vendedores, cuando han obrado en concepto de tales.

Al hablar de las obligaciones del mandatario hemos citado los textos del Derecho romano como precedentes de dicho artículo y del 1.726; prescribe éste que el mandatario es responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más ó menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido ó no retribuido.

Dice Tarrible que, como la obligación del mandatario se deriva de un servicio oficioso, es justo encerrarla en sus naturales límites; lo natural, añadimos nosotros, es que proceda con celo y diligencia, nunca con dolo, con aviesa intención de perjudicar al mandante y de abandonar el cuidado y defensa de los intereses de éste, omitiendo hacer lo que el asunto requiera, como no suele obrar un buen padre de familia, tipo éste que, como dice Chironi, será todo lo abstracto que se quiera, pero que está tomado con oportunidad para significar

con él al hombre avisado y prudente en la dirección de los propios negocios.

El Código no habla ni de la culpa leve en abstracto, ni de la culpa leve en concreto, de las cuales nos ocupamos al estudiar los sistemas sobre la graduabilidad de la culpa; la apreciación de ésta corresponde á los Tribunales, no arbitrariamente, sino según que el mandato haya sido ó no retribuído; si lo es, el mandatario no pone su mediación oficiosa, sino interesada, y puesto que le redundó provecho, mayor debió ser su celo y diligéncia en el cumplimiento de su cometido. Desde luego no parece dudoso, como opinan Manresa y Chironi, que esa culpa sea la leve en abstracto y no la leve en concreto, imputable al mandatario no retribuído, por no haber ejecutado éste la comisión conferida con la debida oportunidad ó por no haberse ajustado á las instrucciones del mandante ó por no usar de las facultades que le fueron conferidas ó por excederse de ellas; en cambio si el mandato es remunerado, debe apreciarse la culpa leve en abstracto, y así opina también Laurent, bien que este comentarista, á cuyo sentir nos asociamos, considerando que la apreciación de la culpa es una cuestión de hecho, la deja, como lo hace el Código, á la apreciación soberana del Juez.

### Obligaciones del mandante

Viene obligado á cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato, puesto que por él contrató; pero es preciso que su ALTER EGO no haya rebasado los límites del mandato, porque, habiendo extralimitación, no corresponde la presencia física con la presencia jurídica en la relación de derecho que con el poder se establece, y claro que, habiéndose excedido el apoderado, éste y no el mandante responde para con el tercero, á menos que lo hubiese ratificado expresa ó tácitamente, porque, en tal caso, existe ampliación de mandato; esta RATIHABILITIO expresa ó tácita á que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.727, con precedentes en las leyes 10 y 60 DE REGULIS JURIS, 56, tít. 3.º, 45, tít. 5.º, lib. 17 del Digesto, constituye una facultad inherente del poderdante; es una prestación del consentimiento POST FACTO integradora de una representación actuada. Así lo reconoció la Sent. de 20 de Marzo de 1902, diciendo que, convalidado por actos posteriores del mandante un contrato de venta de perte-

nencia minera realizado por el mandatario excediéndose del poder, no podía eximirse aquél de la obligación que había convalidado.

Asimismo, el mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, por que en interés de él se obra; de otra suerte quedaría incumplido el encargo; si el mandatario las hubiere anticipado—añade art. 1.728 —debe reembolsarlas el mandante aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario; ese reembolso, concluye diciendo el precepto, comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, á contar desde el día en que se hizo la anticipación.

Aquí viene, como anillo en el dedo, indicar sucintamente que, para unos tratadistas, el mandato es un contrato unilateral y, para otros, intermedio, tocante á que la obligación del mandante para con el mandatario que haya obrado sin culpa ni imprudencia, es en el caso á que se refieren los arts. 1.728 y 1.729, prescriptivo este último de que también el mandante debe indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia por su parte; derechos éstos que tienen una fórmula de garantía en el 1.730, que concede al mandatario el *JUS RETENTIONIS*, esto es, la facultad de retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante realice la indemnización y reembolso de referencia.

El art. 1.728 que, además de lo dicho, da derecho al mandatario á los intereses de la cantidad anticipada, á contar desde el día en que se hizo la anticipación, rige en Cataluña (Sent. 7 Enero 1896). Ese reembolso y los derechos del mandatario deben abonársele en el lugar en que haya prestado sus servicios, salvo pacto en contrario (Sent. 27 Abril 1905); pero es preciso que, respecto de la prestación de servicios, exista algún indicio de haberse prestado en el lugar para que su Juez sea el competente (Sent. 18 Diciembre de 1909).

La acción del mandatario contra el mandante para exigir las cantidades necesarias, el reembolso de lo que hubiera anticipado y la indemnización de perjuicios, tomó en Roma el nombre de *MANDATI CONTRARIA*, para diferenciarla de la *MANDATI DIRECTA* concedida al mandante contra el mandatario. Aunque haya salido mal el negocio, es muy justo que se reembolse al mandatario de los gastos hechos, si se halla exento de culpa. ¿Cuál es ésta? ¿Por qué motivo se ha de prestar? ¿Es por haberse excedido del poder? El Código no lo dice; lo deja, sin duda, á la apreciación de los Tribunales, según

el respectivo caso. Los intereses de las cantidades objeto de reembolso tienen por tipo el 5 por 100 fijado por la ley de 2 de Agosto de 1899.

Ese art. 1.728 tiene por precedentes las leyes 12 Dig. DE MAND. y 61 Dig. DE USUR., aplicadas en Sent. de 2 de Junio de 1870, de que el mandante debe reintegrar al mandatario de todo lo que, sin su culpa, haya gastado y perdido de lo suyo por razón del mandato; reintegro que procede aún cuando el mandatario pueda recobrar de un tercero lo gastado, ó aunque lo haya satisfecho otro con ánimo de recobrarlo ó de donarlo al mandatario (ley 7.<sup>a</sup> DE MAND. y 12, 26 y 50 Dig. íd.)

Tan explicativo es el Derecho romano, que disponen las leyes 35 y 36 Dig. íd. que el mandatario debe ser pagado del valor de los bienes propios cedidos al mandante, para dar cumplimiento á su cometido. Así, teniendo por objeto la adquisición de una finca de que el mandatario sea condueño, deberá reintegrársele el valor que para su parte tasaron los peritos, á menos que se hubiese fijado para el mandante un precio por el cual debiese adquirir la totalidad. En este caso, la valoración de la parte del mandatario debe reducirse hasta la suma necesaria, para que el coste de la finca no exceda de la prefijada.

Siguiendo la exposición del Derecho romano es de consignar lo siguiente: Los gastos hechos por razón del mandato solo son exigibles cuando se han hecho necesariamente y satisfecho á persona legítima (ley 26 y 45 Dig. íd.). Los gastos voluntarios hechos sin expresa autorización son abonables á voluntad del mandante; pero en caso de no admitirlos debe permitir que el mandatario se quede con las cosas en que consistan, si esto puede hacerse sin su perjuicio (ley 10 Dig. íd.) Las pérdidas y otros daños sufridos por el mandatario solo son reembolsables cuando provienen directamente de la ejecución del mandato, no cuando dimanen de caso fortuito (ley 26 Dig. íd. y 61 Dig. DE FURT.) Así, no podrá reclamar las pérdidas experimentadas á consecuencia de robo, naufragio ó enfermedad acaecida durante la ejecución del mandato (ley 26 citada). Mientras sean hechos necesariamente y con buena fe, no podrá librarse de su pago el mandante aunque el mandatario no haya podido terminar el mandato, aunque éste haya tenido sin su culpa un éxito desgraciado, y aunque el mandante hubiese podido llevarlo á cabo con menores gastos (leyes 27 y 56 Dig. DE MANDAT. y 4.<sup>a</sup> íd.)

Lo satisfecho por el mandatario en virtud de una condena injus-

ta solo es abonable cuando se defendió como debía, usando contra ella de los remedios legales (ley 29 Dig. íd. y Cód. íd.).

El mandante debe sacar indemne al mandatario de las obligaciones y responsabilidades que hubiese contraído para la ejecución del mandato (leyes 38 y 45 Dig. íd.) El mandante moroso en reintegrar al mandatario de las cantidades en que éste resultase acreedor debe abonarle los intereses legales de las mismas (ley 18 Cód. íd.). Debe asimismo satisfacerle los intereses de que el mandatario se ha visto privado por razón de la ejecución del mandato, ó que haya tenido que pagar, aunque excedan de la tasa legal, siempre que haya mediado necesidad. Igualmente debe abonarle el importe de los cambios, recambios, comisos y gastos de letras no satisfechas por el mandante y pagadas por el mandatario (ley 21 Dig. íd.) El mandante solo está obligado á cumplir las obligaciones expresadas cuando el mandatario ha desempeñado exactamente su cometido (leyes 3 y 5 Digesto ídem.)

El que ha verificado una cosa distinta de la que se le había encargado, nada puede reclamar aunque sea más beneficiosa al mandante, á menos que sea enteramente equivalente (leyes 5, 36, 45, 46 y 62 Dig. íd.) El que hizo más ó menos de lo que se le encargó, solo tiene acción hasta la cantidad por la cual recibió el mandato (ley 33 Dig. íd.)

El art. 1.730 del Código carece de precedentes en el Derecho romano y en nuestra legislación tradicional, y es aplicable en Cataluña y Navarra.

Prescribe el 1.731 que si dos ó más personas han nombrado un mandatario para un negocio común le quedan obligadas solidariamente para los efectos del mandato. Mantiene este precepto estrecha relación con la ley 55 Dig. íd. y 14 Cód. íd. de que cuando el mandatario ha sido constituido por dos ó más personas, puede dirigirse solidariamente contra cada una de ellas para el reembolso de lo que le corresponda por razón del mandato, aunque hubiese éste resultado solo en utilidad de alguna de ellas. Dicho artículo rige en Cataluña (Sent. de 6 de Enero de 1896).

Esta acción solidaria, que exige forzosamente pluralidad de mandantes y que haya negocio común entre éstos, no existía antes del Código, pues la ley de 1458 dada por Enrique IV, que es la 10 título 4.º, lib. 10 de la Novísima Recopilación, aplicada en Sent. de 10 de Junio de 1891 por referirse á un poder anterior á la publicación del Código, estableció la mancomunidad simple, respondiendo cada

poderdante de su parte, lo cual es injusto, porque á unidad de representación debe corresponder unidad en el percibo de los derechos del mandatario, con la responsabilidad *IN SOLIDUM* de los mandantes, sin que deba perderse de vista que la aplicación de ese precepto demanda la existencia de una representación colectiva para la defensa ó gestión de intereses conformes y armónicos entre sí, que es lo que les da su carácter común.

### De los modos de acabarse el mandato

Se acaba:

1.º Por su revocación, porque tiene por fondo la confianza. No se concediera este medio extintivo y quedaría secuestrada la voluntad del mandante, produciéndose, como diría Taylor, una supervivencia de la servidumbre de la gleba, de las *bethetrias* medioevales. (Palabras de Manresa) *FINITA VOLUNTATE, FINITUM EST MANDATUM*.

2.º Por la renuncia del mandatario; en justo respeto también á la voluntad, ya sea el mandato gratuito, ya retribuído.

3.º Por la muerte, pues el mandato es personalísimo (sentencia de 9 de Noviembre de 1875; por la interdicción, porque esta pena accesoria lleva consigo la privación de derechos civiles y quien no puede obrar por sí, ante la prohibición de la ley, menos puede hacerlo por otro; por la quiebra ó insolvencia del mandante ó del mandatario, porque esta situación anormal inspira poca confianza en la persona que la atraviesa.

Las leyes 12, 22, 26 y 27 también registran esos modos de extinción. Cuando es por muerte del poderdante ó del apoderado, solo cabe cuando ha ocurrido antes de empezar la ejecución del mandato (leyes 15 Cód. íd. y 27 Dig. íd.) añadiendo las leyes 12 y 13 Digesto *DE MAND.*, que no se disuelve por el fallecimiento del mandante si el mandato es de tal naturaleza que solo después de éste puede tener cumplimiento.

El derecho de revocación es inherente al mandato y, haciendo uso de él el mandante, á su voluntad, puede compeler al mandatario á la devolución del documento en que conste aquél, precisamente para que no haga mal uso del mismo. Indicamos, en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial», la conveniencia de que se establezca un Registro de poderes para contratar sobre inmuebles ó derechos reales, y precisamente cuando expusimos esta idea llegó á

nuestras manos un proyecto de ley que se presentaba en las Cortes de Cuba.

Ese principio de revocabilidad tiene una excepción: la de que el mandato se haya dado, no solo en interés del mandante sino en interés de éste y de un tercero, ó interese por igual al mandante y al mandatario, ó que tal poder constituya una cláusula de un contrato sinalagmático, en cuyo caso seguirá la condición de éste.

El Código, en su art. 1.734, se inspira en la justicia al disponer que cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar á éstas sino se les ha hecho saber ¿Y si la notificación no ha podido hacerse? ¿Ha de estar el poderdante á merced de la insidia y del fraude del mandatario? Constará esa revocación en los libros del Registro, cuando menos por medio de nota al margen de la inscripción de la finca, y con esta publicidad, al igual que la de las cargas, quien contratara con el mandatario (*sic*), no obstante la revocación de su poder, jamás podría llamarse á engaño.

No expresa el Código la forma de esa revocación, ni la de su notificación á terceras personas. Constando el poder en documento público, de igual manera debiera constar aquélla; por lo menos esto es lo usual. Conviene que la notificación sea hecha de un modo auténtico ó fehaciente para que los terceros no duden de su certeza, caso de que el poder conste otorgado en documento público; pero, aún con todas estas observaciones, quedamos en que el art. 1.734 omite la expresión de esa forma, bastando que la revocación se haya hecho saber á quienes todavía no hayan contratado con el mandatario. Hubiera querido el Legislador exigir la notificación auténtica y lo habría hecho, al igual que lo prescribe en el art. 633, tratando de la aceptación de donaciones; de donde se colige que si á esas terceras personas se les ha hecho saber la revocación, de cualquier modo que sea, punto este apreciable por el Tribunal *A QUO*, les perjudica ese acto del mandante, porque ya obran de mala fe.

¿Puede el mandatario, á quien se le haya revocado el poder, exigir que el mandante le indemnice de perjuicios por haber cesado en la comisión? En el derecho legislado no, aún cuando en algunos casos debiera concederse por equidad.

La revocación del mandato anterior á los actos del mandatario pero comunicada á éste después de consumados, no los invalida ni desvirtúa (Sent. 28 Marzo 1906).

Además de la revocación expresa, está la revocación tácita de

que trata el art. 1.735, con precedentes en la ley 31, tít. 3.º, lib. 17 del Digesto: JULIANUS AIT EUM QUI DEDIT DIVERSIS TEMPORIBUS PROCURADORES, DUOS POSTERIOREM DANDO, PRIOREM DANDO, PRIOREM PROHIBUISSE VIDERI.

El mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, á menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato, sin grave detrimento suyo (art. 1.736). Haciendo la exégesis de este precepto, que corresponde á la ley 22 Dig. DE MAND., exigente de esa notificación y de que no sea hecha con mala fe, ni en condiciones en que el mandatario no pueda ejecutar su cometido por sí ó por otro, cúmplenos decir que el Código no señala la forma en que debe darse ese conocimiento; pero como no se trata de otras relaciones que de las del mandante con el mandatario, de cualquier modo que resulte acreditado, surte efecto.

El mandatario, una vez que acepta la representación, debe cumplir su cometido; y lo mismo si el mandato es gratuito que retribuido, no viene obligado á continuar la gestión contra su expresa voluntad; de lo contrario quedaría secuestrada ésta.

Cuando la renuncia se hace perjudicando los intereses del mandante, viene la forma correctora de los perjuicios, constituida por la indemnización que pesa sobre el apoderado. Y comprendiendo el Legislador que puede haber casos de imposibilidad en el mandatario para desempeñar su cometido con grave detrimento del mismo, le exime de esa responsabilidad, para no agravar su situación, que á tanto obliga la equidad en que se halla informada la excepción contenida en el precepto, objeto de estudio.

El Código ha seguido, en este punto, lo dispuesto en la ley 22 tít. 1.º, lib. 17 del Digesto; ésta y las 23, 24 y 25 señalan como justas causas de la renuncia las de si sobreviene al mandatario enfermedad que le impida la ejecución del mandato; si el mandante se hiciere insolvente; si sobreviniese entre mandante y mandatario enemistad grave ó si surgiese otro motivo justo; en cambio el Código no hace esta determinación; después de proclamar la libertad de la renuncia, solo la condiciona, en sus efectos económicos, respecto á la indemnización de perjuicios reales, no imaginarios, á base de que los haya sufrido el mandante y de que no exista esa imposibilidad de desempeño del mandato, con la secuela de que el mandatario sufra detrimento, condiciones todas estas apreciables por el Tribunal A QUO.

El mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir á esta falta; así lo dispone el art. 1.737, el cual no determina, como tampoco lo hacen los anteriores, qué justas causas son esas, cuya apreciación, en cada caso concreto, es del Tribunal de instancia. Aún habiéndolas, no es lícito al mandatario abandonar la gestión para que no se lesionen los intereses del mandante con soluciones de continuidad. ¿Qué ocurrirá si no lo hace? Pues que será responsable de daños y perjuicios por su omisión, toda vez que falta á la ley.

Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante á otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto á los terceros que hayan contratado con él de buena fe (art. 1.738), lo cual quiere decir *CONTRARIO SENSU*, que la regla es la nulidad de los actos realizados por el mandatario cuando ha acabado el mandato; solamente y por excepción, cabe la validez de los actos realizados por el mandatario habiendo terceros interesados, esto es, personas extrañas al mandante y al mandatario, y á condición precisa de que hayan contratado con este último de buena fe, elemento ético que no debe desatenderse, y, de consiguiente, si esas personas conocían la terminación del mandato, no pueden aprovecharse de los beneficios á que dicho precepto se refiere, fundado éste en principios de equidad que suavizan los rigores del *SUMUM JUS*, que trae consigo, á veces, la *SUMMA INJURIA*. Radicando esa mala fe en el mandatrio y no en los terceros, no puede aplicarse el art. 1.738, porque es supuesto del mismo, que tal persona ignore la muerte del mandante ú otra causa que haga cesar el mandato, en cuyo caso los terceros tienen acción contra el mandatario por haber procedido con dolo. Y ciertamente que ese art. 1.738 parece que esté en contradicción con el 1.734, y no lo está; este último constituye una excepción, con verdadera sustantividad. Procurando armonizarlos, podemos concluir diciendo que solo en el caso de revocación del mandato, ésta no puede perjudicar á los terceros, ignorantes de esta causa, por no habérseles hecho saber tal resolución del poderdante, puesto que obran de buena fe, mientras que, en las otras causas de revocación, si el mandatario las conocía y, entre ellas la muerte del mandante, no es válido lo que el primero de éstos haya hecho; deja de surtir efecto respecto de terceros, sin que puedan escudarse éstos en su buena fe, pues al art. 1.739, que constituye una ficción jurídica establecida por la ley

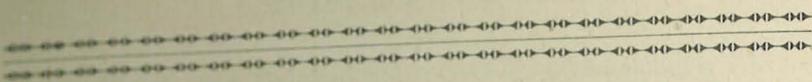
para beneficiar á los terceros, se le debe dar interpretación literal y restringida, por lo mismo que constituye una desviación de la regla de que el mandato es personalísimo y se extingue desde el momento en que deja de existir cualquiera de los contratantes, como se declaró en Sent. de 9 de Noviembre de 1875.

El art. 1.738 tiene por precedentes la ley 26, tít. 1.º, lib. 27 del Digesto: *MANDATUM SOLVITUR MORTE. SI TAMEN PER IGNORANTIAM IMPLETUM EST, COMPETERE ACTIONEM UTILITATIS CAUSA DICITUR*, y la Instituta § 10, tít. 27, lib. 3.º que dice: *UTILITATIS CAUSA RECEPTUM EST, SI EO MORTUO QUI TIBI MANDAVERAT, TU IGNORANS EUM DECESSISSE, EXECUTUS FUERIS MANDATUM, POSSE TE AGERE MANDATI ACTIONE; ALIOQUI JUSTA ET PROBABILIS IGNORANTIA TIBI DAMNUM AFERRET.*

Se discute acerca de si cabe la extinción del mandato por el mútuo disenso. Si procede por la voluntad de uno ¿cómo no ha de proceder habiéndola de las dos partes? Además, el mandato puede terminar por las otras causas generales de la extinción de las obligaciones, en cuanto les sean aplicables, pues el art. 1.782 es simplemente enunciativo de las causas especiales y primitivas para la terminación de aquél. Mientras no existe declaración judicial de ausencia es válido lo que ejecuta el mandatario del presunto ausente si no se excede de los límites del mandato (Res. de 1.º de Julio de 1891).

En el caso de morir el mandatario, deberán sus herederos ponerlo en conocimiento del mandante y proveer, entre tanto, á lo que las circunstancias exijan en interés de éste. Así lo prescribe el artículo 1.739, que si bien no tiene precedentes concretos en el Derecho romano, cabe citar, por analogía, la ley 40, tít. 2.º, lib. 17 del Digesto que se ocupa de los herederos del consocio, estableciendo disposiciones parecidas á las del Código, informadas en la equidad, para que no se perjudiquen los intereses del mandante; en esa ley se dice: *EA QUÆ PER DEFUNCTUM INCHOATA SUNT, PER HEREDEM EXPLICARE DEBENT IN QUIBUS DOLUS EJUS ADMITTI POTEST.*

---



## CAPÍTULO IV

De los contratos principales consensuales

### COMPRAVENTA

#### Su origen y concepto

Existen tres clases de cambio: de cosa por cosa, que es la permuta; de cosa por dinero, la compraventa, de la cual da idea la ley 5.ª, § 1.ª, tít. 5.ª, lib. 19 Dig., cuando dice *SI PECUNIAM DEM UT REM ACCIPIAM, EMPTIO ET VENDITIO EST*; y el de dinero por dinero, llamado trayecticio, representado por letras de cambio, pagarés, cheques, etc. Nos ocuparemos del segundo, que produce el contrato más importante del Derecho.

La compraventa substituyó á la permuta cuando se inventó la moneda, en los comienzos del siglo VII a. de J. C., debido este progreso á los griegos y lidios, quienes registraron los primeros monumentos numismáticos. Las transacciones se hacían antes, valiéndose, como instrumentos de cambio, de cierta cantidad de metales en lingotes representativos de un valor fijo y correspondían á una escala ponderal; después se sellaron para que representasen un valor, no el que se obtenía mediante el peso; de este modo surgió la moneda, que el Estado terminó por darle curso legal, como signo representativo de los valores en las transacciones.

La compraventa es, según el Código, un contrato nominado, consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento; bilateral, con su nota de reciprocidad; que puede ó no tener carácter conmutativo ó aleatorio, pues estas naturalezas no son hoy esenciales,

por el que uno se obliga á transferir á otro una cosa determinada y el otro á pagar por ella un precio cierto en dinero ó signo que lo represente.

En Roma apareció como un contrato de Derecho de gentes y así lo consideraron los autores, que exigieron en ella, entre otros requisitos, el de la buena fe, por imperio de la ley natural.

El Código, en su art. 1.146, establece una regla de interpretación cuando se duda si el contrato constituye compraventa ó permuta y al efecto prescribe que si el precio de la venta (de la transmisión) consistiera parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará aquél, por la intención manifiesta de los contratantes; esto es secuela del principio espiritualista en que se inspira dicho cuerpo legal; la intención ó sea la voluntad actuando en el fenómeno jurídico es el factor al cual debe acudir como guía interpretativo; pero ha de ser manifiesta, esto es, revelada por actos inequívocos anteriores ó coetáneos con el contrato, sin que signifique prueba en esto la manifestación que los contratantes hagan, tomando por compraventa lo que realmente es una permuta, pues como dice el Tribunal Supremo en Sent. de 30 de Junio de 1881, los contratatos deben calificarse por las cláusulas esenciales que les correspondan, más bien que por el nombre que les diesen las partes al otorgarlo. Así es que á los Tribunales corresponde, apreciando los elementos de juicio, determinar en cada caso si el contrato es compraventa ó permuta, como ocurre muy á menudo cuando por huir del retracto legal, especialmente del de colindantes, figura otorgado como permuta, por así declararlo los contratantes, una transmisión de finca rústica, á cambio de un reloj ó de una res, con notabilísima diferencia de valor entre éstos y aquélla, siendo en realidad una venta.

No constando la intención manifiesta de los contratantes, si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero ó su equivalente, se tendrá el contrato por permuta, y por venta en el caso contrario (art. 1.446). El nombre dado por las partes es un signo ó indicio de sus propósitos que puede ser destruído por otros más poderosos, constituyendo, por tanto, una presunción JURIS TANTUM.

#### Promesa de venta

Puede empezar la compraventa por una promesa y, á este respecto, es de citar el Fuero único DE PROMISSIONE SINE CAUSA, li-

bro 2.º (Aragón) según el que, son válidos y producen obligación las promesas en que existe causa ó en que se hayan dado arras, y las denominadas «non nudas», que son aquellas en que concurre alguna solemnidad; las contraídas sin causa y las nudas no son válidas (Ob. 40 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS, lib. 6.º), y consecuencia de esto es que el obligado á vender una cosa puede ser reconvenido por acción real, ya que no es necesaria allí la tradición para transmitir el dominio de las cosas en la compraventa (Ob. 4.ª DE EMPTIONE ET VENDITIONE, lib. 4.ª), cuyo espiritualismo se adelantó en bastantes siglos al que informó el Código de Napoleón.

Según la Instituta, princ. DE EMPT. ET VEND., leyes 1.ª y 2.ª Cód. QUAND LICEAT AD EMPT. RECED., la compraventa puede celebrarse con la entrega de arras, recibiendo el vendedor alguna cosa del comprador en señal y prueba del contrato celebrado. Habiendo mediado arras, las perderá el comprador si se aparta del contrato; si es el vendedor el que se retrae, las devolverá con otro tanto, disposición aplicable, aún cuando se hubiese estipulado que aquél se celebraría por escrito y fuese lícito á las partes apartarse del mismo antes de otorgarse la escritura (Id. ley 17 Cód. DE FIDE INSTRUM.); pero si el contrato lo rescinden los contrayentes, de común acuerdo, el comprador recobrará las arras, y también cuando se hubiese cumplido (ley 11 Dig. DE ACT. EMPT. ET VEND.)

El art. 1.451 admite la promesa de venta cuando media conformidad en la cosa y en el precio, pudiendo reclamarse recíprocamente los contratantes el cumplimiento del contrato; no siendo esto posible, regirá para comprador y vendedor lo dispuesto acerca de las obligaciones y contratos. Es de citar la Sent. de 11 de Octubre de 1899, de que los pactos y condiciones bajo los cuales se halla otorgada una promesa de venta pueden modificarse por el mútuo consentimiento de los contratantes, siendo, por lo mismo, lícito y válido cuanto se pactare en el contrato de compraventa, aunque esté en oposición con lo anteriormente pactado, pues en tal caso, la obligación primitiva se entiende novada y sustituida por la ultimamente establecida.

También es de citar la de 13 de Febrero de 1897, de que la escritura en la cual un apoderado promete vender los derechos hereditarios de su poderdante, debe calificarse de promesa de venta, sin que pueda prevalecer sobre otra escritura de venta hecha por el apoderado mismo. Y es que, según el Código y el Derecho romano, la promesa de venta no produce otras acciones que las personales

para obligar al cumplimiento del contrato y, en defecto, á la indemnización de daños y perjuicios; pero nunca atribuye un derecho real deducible contra tercero que haya adquirido la cosa por escritura que le otorgara el vendedor.

La promesa de venta, que para el Sr. Sánchez Román es un contrato preparatorio no incluido con este nombre en el Código, puede ser unilateral y bilateral; la primera puede ser solo del vendedor ó solo del comprador sin la aceptación de la respectiva parte. La llamada policitación no produce efecto alguno, puesto que se exige la conformidad de los contratantes en la cosa y en el precio para que puedan compelerse al cumplimiento del contrato; pero si la promesa unilateral ha sido aceptada, entonces produce sus efectos jurídicos. Hay que distinguir entre aceptación de promesa y aceptación de vender ó de comprar. El Código se refiere, sin duda, á esta última, que supone resolución de ir al contrato con determinación de cosa y precio, no á la promesa de convenir, por cuanto ésta carece de las condiciones exigidas á la relación jurídica para ser considerada como tal.

Si hubiesen mediado arras ó señal en el contrato de compraventa podrá rescindirse el contrato, allanándose el comprador á perderlas ó el vendedor á devolverlas duplicadas (art. 1.454).

Según las Partidas, podrán intervenir las arras como cláusula penal, ó como signo ostensible de la perfección del contrato, que es cuando les cuadraba ese nombre; en el primer caso era potestativo el cumplimiento de aquél, pero el contratante que se retraía perdía las arras si era el vendedor, ó tenía que entregarlas dobladas si era el comprador. Dándose las arras como signo del contrato, los contratantes venían obligados á cumplir su promesa, puesto que constituían parte del precio, y así lo declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 12 de Abril de 1864.

El Código se ha inspirado en la doctrina romana; si se entregan las arras ó señal puede rescindirse el contrato con la pérdida de ellas; pero si el dinero entregado por el comprador al vendedor no fué en concepto de arras como garantía, cabe exigir el cumplimiento del contrato, no siendo, por tanto, aplicable el art. 1.454, que ve en las arras una forma de la cláusula penal tácita, que, satisfecha, no lleva consigo la obligación de los contratantes de celebrar la compraventa concertada.

## Elementos de la compraventa

Son de tres clases; personales, reales y formales. Dicen los primeros á la capacidad de los contratantes; la tienen (art. 1.457) las personas á quienes el Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones que el mismo señala.

### De la capacidad del vendedor y del comprador

En el capítulo primero hemos estudiado la capacidad para contratar y para no repetirlo nos referimos á lo dicho. Existen, además de las incapacidades absolutas, incapacidades relativas y especiales en el contrato de compraventa. Respecto de las segundas, el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, sino cuando se hubiese pactado la separación de bienes ó cuando hubiera separación judicial de los mismos bienes, autorizada con arreglo al capítulo sexto, tít. 3.º del lib. 3.º También al estudiar la capacidad para contratar según la legislación foral, y en el cap. IX del I, nos ocupamos de la compraventa de bienes entre marido y mujer; impórtanos ahora examinar el art. 1.458 del Código.

Pactada la separación de bienes ó acordada judicialmente ésta, los consortes están en libertad para celebrar entre sí este contrato, por existir la separación de patrimonios; tiene la mujer la capacidad legal entera, siendo mayor de edad y en otro caso necesitará valerse de los medios complementarios de que habla el art. 317 del Código, y tratándose de bienes dotales, deberá proveerse de la autorización judicial (art. 1.361).

El criterio en el Derecho romano fué que marido y mujer podían celebrar todos los contratos que no llevasen consigo ó encubriesen una donación (leyes 5.ª, 7.ª, 31, 35 y 52, tít. 1.º, lib. 24 del Digesto) y de aquí el aforismo formulado por Alejandro: *OMNIS CONTRACTUS NON CADENS IN DONATIONEM, POTEST FIERI INTER VIRUM ET UXOREM*.

Hay territorios aforados, y entre éstos Mallorca, en que el régimen económico-familiar se entiende establecido con separación de bienes, y claro que, por la naturaleza del mismo, el marido y la mujer debieran estar facultados para celebrar entre sí la compraventa; de

esto ya nos ocupamos. Ese régimen dentro del Derecho común no cabe más que en dos casos: por fuero de la voluntad, si se pacta en las capitulaciones matrimoniales, y como castigo impuesto por la ley, según lo prescrito en el art. 50 del Código, en relación con el 45 del mismo, cuyos textos son de aplicación general en todo el territorio español, por hallarse comprendidos en el tíft. 4.º Y vaya una anomalía: el que se casa sin obtener el consejo prevenido, la viuda que repite matrimonio antes de los trescientos y un días siguientes á la muerte de su marido ó la mujer cuyo matrimonio hubiere sido declarado nulo en los mismos casos y término, desde su separación legal, y el tutor y sus descendientes que se casen con la sujeta á tutela sin haberse aprobado las cuentas, gozan, al parecer, de un beneficio que no tienen los que han cumplido con la ley, pues, considerándose contraído el matrimonio de los mismos con absoluta separación de bienes, pueden la mujer y el marido, infractores, comprarse y venderse bienes entre sí, según opina Manresa, sentir con el cual no estamos conformes, por estas dos razones: lo que constituye un castigo no puede convertirse en privilegio, y porque las excepciones á una regla prohibitiva deben tomarse literal y estrictamente. El art. 1.458 dice que el marido y la mujer no podrán venderse bienes recíprocamente, lo cual constituye un veto, contra el que solo se dan las dos excepciones que en el precepto se determinan. En tanto cabe la excepción primera en cuanto se haya pactado la separación de bienes; de manera que el pacto es condición *SINE QUA NON* para que no rece la prohibición. Esta se impone por faltar el pacto, que solo en las capitulaciones matrimoniales puede establecerse. Hubiera querido el Legislador disponer otra cosa, esto es, incluir entre esas excepciones la derivada del art. 50, y lo habría dicho. Si se permitiese ese contrato, podría constituir el antifaz de la donación que no pueden hacerse los cónyuges infractores de la ley, (art. 50).

Punto difícil es el relativo á la capacidad de los cónyuges para comprar y vender entre sí, según la Legislación foral. La tendencia de la Dirección general de los Registros ha sido negarla, y buena prueba de esto nos la da la Res. de 26 de Abril de 1901, de que, no obstante la costumbre del Canónigo Pedro Albert, de las leyes 8.ª y 11 Cód. DE PACTIS CONVENT., de las leyes 5.ª y 31, tíft. 1, lib. 24 del Digesto y de la opinión de varios tratadistas del Derecho catalán, rigiendo en Cataluña, por prescribirlo el art. 12, las disposiciones del tíft. IV del Código civil, no son válidos los contratos de venta entre marido y mujer, sino en los casos

marcados en el art. 1.458. Este precepto es también aplicable al contrato de insolutundación ó de dación en pago entre marido y mujer, por envolver una venta (Res. de 23 de Octubre de 1899), cuya doctrina es también aplicable en los países sometidos al Código. Asimismo, por Res. de 28 de Noviembre de 1898, se dice que, no hablando el Código de Tortosa, ni ninguna de las leyes especiales de Cataluña, de la permuta de bienes raíces entre los cónyuges, se halla prohibido este contrato, fuera de los casos de separación de bienes mencionados en el art. 1.458, y por si no fuera bastante este acopio de resoluciones, está la de 6 de Diciembre de 1898, afirmando que no puede un mandatario vender á su propia mujer los bienes de cuya venta estaba encargado, á pesar de que el Digesto lo autoriza, porque tal disposición se halla derogada en Cataluña por el art. 61 del Código civil.

En fin; que la tendencia del Centro Directivo, lo mismo que la del Tribunal Supremo es llevar las disposiciones del Código, de aplicación dudosa, á los territorios aforados, dando, al art. 4.º de aquél un alcance con el cual no se compadece lo que llamaríamos la personalidad del Derecho excepcional, reconocida en principio por el artículo 12 y maltrecha en la práctica.

No ya en el Derecho legislable, sino dentro del Derecho legislado, entendemos que á ese art. 61 del Código no se le debe dar tanta penetración con semejantes interpretaciones, sin que al opinar así seamos partidarios de los contratos entre los cónyuges, pues sobre envolver una superchería las más de las veces y ser ocasión de fraudes, contradicen al principio jurídico, *NEMO POTEST ESSE AUCTOR IN RE SUA*. El marido tiene, respecto del patrimonio de su mujer, las facultades conservativas, en las cuales se funda la licencia del mismo para que ella pueda contratar, y claro que permitida la compra y venta de bienes entre los esposos, se da el absurdo de que el marido sea parte en el contrato con aquella persona cuya capacidad completa; él, en último término, contrata consigo mismo, ¿cabe semejante absurdo? No puede despojarse de un poder que le da la ley, por consideración al matrimonio, á menos de que concurren cualesquiera de las dos excepciones del art. 1.458, aparte de que ese contrato puede ser producido mediante halagos, ó arrancado con la fuerza, la intimidación ó el engaño, que lo hacen inmoral.

No basta que judicialmente se haya declarado la separación de los bienes de los cónyuges para que puedan venderse bienes, ó celebrar contrato de transacción que en otro caso les está prohibido

(Sent. de 12 Diciembre de 1899), es preciso que esa separación se haya practicado á petición de parte legítima, por motivo de interdicción civil, declaración de ausencia ó divorcio.

No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública ó judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:

1.º El tutor ó protector, los bienes de la persona ó personas que estén bajo su tutela; esto se entiende en el caso de que no hubiesen sido autorizados para ello por el consejo de familia (§ 4.º del art. 275), pues si bien éste no habla del protector, entendemos que es aplicable al caso, por paridad de razón. Los individuos del consejo de familia y aún su presidente pueden comprar los bienes del tutelado, puesto que no les está expresamente prohibido por la ley (Resolución 1.º Septiembre 1897). No es válida ni inscribible la venta otorgada por la mujer casada menor de edad con licencia de su marido, á favor de su tutor, porque éste continúa en el cargo, á pesar del matrimonio de aquélla (Res. de 21 de Diciembre de 1898).

2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración ó enajenación estuvieren encargados. Como quiera que á esta prohibición se le debe dar interpretación restrictiva, no se comprenden en ella estos casos: cuando sea el mandante el comprador y cuando el mandatario adquiera de aquél bienes distintos de aquellos de cuya administración ó enajenación estuviese encargado. En esa prohibición deben comprenderse los contratos otorgados por los gerentes, directores ó administradores, respecto de los bienes de la persona social, pues esa prohibición se halla fundada en un principio de moralidad.

El momento para apreciar la incapacidad del mandatario es al otorgarse la escritura de venta, esto es, si entonces, al adquirir directamente los bienes ó por persona intermedia, tenía la administración ó el encargo de enajenarlos, pero no si los compró tiempo después (Res. 13 Noviembre de 1895).

3.º Los albaceas, los bienes confiados á su cargo. Creemos aplicable á los albaceas la resolución antes citada. A la vista del testamento es como puede saberse si al albacea se le han confiado bienes, y cuáles son sus facultades; de manera que la incapacidad no es absoluta, sino relativa á aquéllos objeto del encargo, subsistiendo éste.

4.º Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos de cuya administración estuvieren encargados. Esta disposición re-

girá para los jueces y peritos que, de cualquier modo, intervinieren en la venta. Entendemos que la prohibición se refiere á los bienes objeto de administración especial y no á los otros de la entidad vendedora, y que es aplicable al caso la doctrina contenida en la citada resolución de 13 de Noviembre de 1895.

5.º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal en cuya jurisdicción ó territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión. Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, ó de cesión en pago de créditos, ó de garantías de los bienes que posean. La prohibición contenida en este núm. 5.º comprenderá á los abogados y procuradores, respecto á los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio.

Las correcciones disciplinarias en que pueden incurrir los Magistrados y Jueces por contraer este contrato, no prejuzgan su nulidad. El pensamiento de Legislador al establecer la prohibición que nos ocupa, ha sido no solo quitar ocasión al fraude, sí que rodear á las personas que intervienen en la administración de justicia de los prestigios que han menester para el ejercicio de sus funciones y profesiones.

Según Res. de 9 de Febrero de 1901, es perfectamente válida la venta que un deudor hace á su acreedor de la finca hipotecada. Dice la de 1.º de Julio de 1891, que no impide la inscripción el que manifieste el apoderado del vendedor en la escritura, que su mandante se halla en ignorado paradero.

### De la cosa y del precio

Constituyen el elemento real del contrato: respecto de la primera, para que sea apta de transmisión, ha de estar en el comercio de los hombres. En el capítulo primero, al tratar del objeto del contrato, nos hemos ocupado de este punto.

Pueden comprarse y venderse las cosas que pueden ser enajenadas; esta es la regla establecida en la ley 27 Díg. DE COND. EMPT. La venta de una cosa que se halle destruída en la época de la celebración del contrato es nula, si ambos contrayentes ignorán

esta circunstancia; si hubiese sido destruída en parte, subsistirá el contrato disminuyéndose el precio á juicio de peritos (ley íd.), á menos de que la destrucción parcial de la cosa haya variado su naturaleza; así, destruída la cosa comprada ó los árboles de un bosque, queda nula la venta, á pesar de subsistir el terreno (ley 58 íd.).

Mantiene esto alguna relación con el 1.460 del Código, de que, si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato; pero si se hubiese perdido solo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato ó reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido. Este artículo hay que combinarlo con el 1.182 y siguientes. Esto no es un caso de nulidad, sino de resolución de venta, que no excluye la indemnización de perjuicios en el caso de dolo (art. 1.102).

La venta de los frutos que en un año dado se esperan cojer, no tendrá efecto si en aquél no naciere ninguno, á menos que el comprador los hubiese comprado á su riesgo y ventura (ley 8.<sup>a</sup> Dig. íd.); esto demuestra que la nota de conmutativo en el contrato de compraventa no es esencial, puesto que puede tener carácter accesorio.

Formando dos cosas el objeto de la compra, la destrucción total de una de ellas solo anulará el contrato cuando, atendida su mútua relación, el comprador no hubiese adquirido la una sin la otra (ley 44 íd.) La venta de una cosa propia del comprador es nula (ley 16 íd.) porque nadie puede contratar consigo mismo. Siempre que se verifique la venta de una cosa de fuera del comercio, destruída en un todo ó propia del comprador, si éste lo ignoraba y el vendedor lo sabía, deberá devolver á aquél el precio, indemnizándole de los daños y perjuicios que le hubiese ocasionado (leyes 15, 57 y 62 Digesto DE CONTR. EMPT.); esto se debe á que la compraventa es de los contratos que se llaman de buena fe. Pero si el comprador sabía aquello, no podrá recobrar el precio que había pagado (ley 57 íd.), porque pasa por las consecuencias de lo hecho, sin que pueda llamarse á engaño; y si ambos lo sabían, será siempre nulo el contrato y cada cual podrá recobrar lo suyo, sin deberse indemnización alguna, (leyes 34 y 57), porque el engaño mútuo se neutraliza.

La venta de la cosa ajena es válida cuando ambos contrayentes no ignoran esta circunstancia. Si el comprador sabe que la cosa no pertenece al vendedor, aún después de entregarla á su dueño, no podrá reclamar el precio, si así no se hubiera convenido. Si el comprador ignoraba que la cosa fuera ajena y se ve desposeído de ella

por el verdadero dueño, el vendedor deberá devolver el precio, más los daños y menoscabos causados al comprador por razón del contrato (leyes 28 *íd.*; 11 y 13 *Dig. DE ACT. EMPT.*; y 27 *Cód. DE EVICT.*) Las cosas que no pueden enajenarse, que formen parte accesorias de otra que pueda serlo, pueden venderse juntamente con la misma (leyes 22, 23 y 24 *Dig. DE CONTR. EMPT.*)

En Aragón, la cosa empeñada hasta el vencimiento de cierto término, no puede ser vendida mientras el plazo no se cumpla, excepto en el caso de que el comprador consienta en aguardar para recibirla. Si la compra de cosa hurtada ó robada se hizo de buena fe y el comprador manifiesta, bajo juramento, no conocer al vendedor y devolviera la cosa á su dueño, éste deberá entregarle la mitad del precio; tratándose de un animal, deberá el comprador manifestar quién fué el vendedor y éste probar que era suyo al tiempo de venderlo, para que se respete la posesión en el comprador; no probándose, se devolverá el animal á su dueño si jura que no lo vendió ó lo donó ó lo enajenó en modo alguno (*Obs. 3.<sup>a</sup> DE EMPTIONE ET VENDITIONE* y 12 *DE GENERALI PRIVILEGIS*).

En Navarra, no pueden ser objeto de compraventa las cosas empeñadas, las litigiosas, las donadas por razón de matrimonio á hija que no tuviese hijos, á menos que se preste fianza de que el precio de la venta se invertirá en otra finca de igual valor para que vuelva á los donantes ó á sus parientes, si la donataria muere sin hijos después de la viudedad foral. Las cosas de abolorio ó de patrimonio que correspondan á varios hermanos tampoco pueden venderse hasta después de hecha la partición, á no ser que concurren todos al otorgamiento del contrato. Tampoco se podrán vender las cosas pertenecientes proindiviso á varias personas, á menos que se determine con todo detalle la parte que, como mitad, tercera, cuarta, etcétera, se enajene.

El Código no habla de las cosas que pueden ser objeto de la compraventa, y, por lo tanto, debe acudirse á lo prescrito en el mismo respecto del objeto de los contratos.

Acerca del precio, éste puede consistir en dinero ó en signo que lo represente. Esto último no lo prescribió el Derecho romano porque se desconocía la moneda fiduciaria y los otros instrumentos de crédito que el Derecho mercantil ha introducido; así es que, prescriben la ley 36 *Dig. DE CONTR. EMPT.*, y la *Inst. § § 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> DE EMPT. ET VEND.* que el precio, además de verdadero y cierto, debe consistir en dinero. Es un elemento necesario: *PRETIUM*

AUTEM CONSTITUI OPORTET, NAM NULLA EMPTIO SINE PRETIO ESSE POTEST.

Hay precio verdadero cuando consiste en una cantidad proporcionada al valor natural de la cosa. Se llama precio justo cuando no excede ni es inferior á la mitad del valor de la cosa, esto es, cuando no existe lesión *ULTRA DIMINIUM*, institución establecida en el Derecho romano, de la cual nos hemos ocupado y que no existe ni en el Código, ni en la Legislación aragonesa, en donde culmina el principio: *TANTUM VALET RES, QUANTUM VENDI POTEST*, que tiene su precedente en la ley 7.<sup>a</sup>, tít. 4.<sup>o</sup>, lib. 5.<sup>o</sup> del Fuero Juzgo. En cambio, subsiste en Cataluña y Navarra.

Prescriben las leyes 26, 38 y 55 Dig. DE CONTR. EMPT. y 3 y 9 Cód. id., referentes á la condición del precio verdadero, que cuando por la insignificancia del mismo ó por su condonación se conozca que es simulado, no hay compraventa y sí una donación sujeta á las reglas de ésta. El precio debe ser real, sea ó no proporcionado con el valor de la cosa, nunca insignificante ó irrisorio, porque en este caso, faltando uno de los elementos esenciales del contrato, éste es inexistente, y constituye una superchería, que es cosa muy distinta del precio justo, ó el sea proporcionado al valor de la cosa y cuya falta produce acción rescisoria en las legislaciones que conservan el remedio llamado de *lesión*.

Pero, además, el precio debe ser cierto, esto es, determinado, puesto que constituye el equivalente económico de la cosa que se vende; pero esa determinación puede dejarse al arbitrio de persona determinada, es decir, que se ha de expresar cuál es, ó qué personas sean, por más que el art. 1.447 habla en singular, en cuyo caso y habiendo disentiimiento entre ellas, creemos que debe valer el precio que dé la mayoría, si otra cosa no se hubiere estipulado. La determinación de persona que fije el valor puede no haberse expresado al establecer el contrato, procediendo, entonces, si bien éste no surte efecto en el entretanto, que los contrayentes llenen después ese requisito. Fijado el precio por el tercero ¿pueden recurrir las partes contra su decisión, ó tienen forzosamente que pasar por ella? Solo cabe ese recurso en los casos 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> del art. 1.291 que autorizan la rescisión por lesión, pero no en los demás, ante lo prescrito en el art. 1.293. Ese tercero no oficia como amigable componedor y, de consiguiente, la fijación del precio no constituye sentencia, si que el cumplimiento de un requisito esencial del contrato. Lo que él diga ha de prevalecer, sin ulterior recurso, á menos que se haya separado

de las instrucciones concretas y precisas que los otorgantes le hubiesen suministrado ó del procedimiento, al efecto marcado, que debió seguir para la fijación del precio. En estos casos es impugnabile su resolución, porque en tanto confiaron aquéllos en su arbitrio, en cuanto se ajustara á los términos y datos que le proporcionaran y que debió tener en cuenta, no por el error de apreciación que haya sufrido el tercero por no tener en cuenta las utilidades de la cosa. Caturri distingue, al comentar el Código italiano, en si el tercero fué nombrado en calidad de árbitro ó en la de perito y dice que, en el primer caso, su juicio es inapelable y en el segundo puede modificarlo el Juez.

El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (porque nadie puede ser juez y parte á la vez); así lo prescriben el art. 1.449, la ley 7.<sup>a</sup> Dig. DE CONTR. EMPT. y la Inst. § 1.<sup>o</sup> DE EMPT. ET VEND. Añade esta última que si no se hace la determinación del precio, será nula la venta y que, confiada la fijación á un tercero, solo existirá el contrato cuando éste lo verifique.

También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviere en determinado día, Bolsa ó mercado ó se fije un tanto menor ó mayor que el precio del día, Bolsa ó mercado, con tal que sea cierto (art. 1.448 en relación con el 326 del Código de comercio). Si bien el Derecho romano no registra una disposición rigurosamente igual á ésta, porque allí no existieron los centros de contratación que hay en el día, el espíritu en que se informa aparece en la ley 1.<sup>a</sup> Dig. DE OFIC. PREF., de que los contrayentes son árbitros de fijar el precio que mejor les parezca (de manera que podían determinar el valor que tuviesen las cosas en cierto día), excepto en aquéllas que, por razón de utilidad pública, se halle determinado por la autoridad.

### Del perfeccionamiento

La venta, puesto que constituye un contrato consensual, se perfecciona entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del mismo, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado. No dice el Código si el vendedor ha de ser dueño ó no de la cosa que se obliga á trans-

mitir por efecto de la perfección del contrato; puede no serlo. La entrega de la cosa y la satisfacción del precio pertenecen al período de consumación, que es el de realización, con el verdadero carácter real, mientras que el de perfección es de espiritualización, valga la palabra, con el poder que da el consentimiento; bien entendido que los efectos de la perfección son solo entre comprador y vendedor, no con respecto á tercero, y así se declaró en Sent. de 8 de Marzo de 1901, que no dió lugar á un retracto fundado en documento privado, porque no aparecía consumada la venta con la tradición de la finca, doctrina también que, tratándose de la adjudicación pedida y no consumada en juicio ejecutivo, se hallaba establecida por la de 1.º de Julio de 1900 y por la de 19 de Enero de 1898, recaída en caso de remate de finca, cuyo comprador consignó el precio en el Juzgado, y cuya venta no podía hacerse por haber revocado la Audiencia el auto del Juez, habiéndose resuelto por el Supremo que se devolviera el precio al rematante, porque la venta hecha por el Juez estaba pendiente de la apelación admitida en un solo efecto.

El daño ó provecho de la cosa vendida se regula por lo dispuesto en los arts. 1.096 y 1.182. Esta regla se aplica á la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, sin consideración á su peso, número ó medida. Si las cosas fungibles se vendieran por un precio fijado con relación al peso, número ó medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado ó medido, á no ser que éste se haya constituido en mora (art. 1.452).

Este precepto no se separa de lo establecido en las leyes 2.ª, título 48, lib. 4.º del Código romano y 35 y 62, tít. 1.º, lib. 18 del Digesto, prescriptivas de que el peligro, el daño y el provecho de la cosa vendida son de cuenta y riesgo del comprador desde que se perfeccionó el contrato, aún cuando hasta la entrega de la cosa no adquiría este su propiedad; esto contradice el principio de Derecho RES SUO DOMINO PERIT, pues si el vendedor era dueño de la cosa mientras no la entregaba con la tradición, él debía hacer suyo el daño ó provecho de la misma, nunca el comprador. Este, pues, corre con los riesgos de la cosa y sufre las consecuencias de su pérdida, á lo cual llamaban los romanos PERICULUM REI VENDITÆ, así como hace suyos los aumentos ó provechos de la misma: COMMODUM REI VENDITÆ, todo lo cual constituye una desviación de la regla de las obligaciones bilaterales, en las que, mientras una parte no cumple la suya, la de la otra no surte efecto.

El Código se ha separado de dichas leyes romanas y de las Partidas, y se atiende, cuando la cosa vendida es determinada, á dichos arts. 1.096 y 1.182, respecto á quién corresponde el daño ó provecho de la misma desde la perfección del contrato hasta que sea entregada. La eficacia de esa perfección, cuando la venta se hace simplemente á un precio obligatorio, si han convenido las partes en éste y en la cosa, y aún cuando la primera no haya sido satisfecha, la prescriben las leyes 1.<sup>a</sup> Dig. DE CONT. EMPT., y 6.<sup>a</sup> Cód. íd. título 38, lib. 4.<sup>o</sup>

La segunda y tercera parte del art. 1.452, aparecen en las leyes 34, §§ 5.<sup>o</sup> y 6.<sup>o</sup> Dig. DE CONTR. EMPT., de que la venta puede contraerse á un precio por la totalidad de la cosa ó á tanto la medida, número ó peso; añade la ley 35 Dig. íd. que la venta, en este segundo caso, no es perfecta al efecto de transpasar al comprador el riesgo de la cosa vendida hasta que la misma sea contada, pesada ó medida, pero ambas partes pueden pedir el cumplimiento del contrato, lo mismo que el Código prescribe; pero éste añade, como excepción á esa regla, «á no ser que éste (el comprador) se haya constituido en mora; ésta es la llada ACCIPIENDI.

La venta á calidad de ensayo ó prueba de la cosa vendida y la de las cosas que es costumbre gustar ó probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva. El comprador no se obliga en ese contrato, que no pasa de ser una promesa unilateral de venta, correspondiendo el art. 1.453, cuyo es parte de lo arriba dicho, con la ley 34, § 5.<sup>o</sup> Dig. DE CONT. EMPT., prescriptiva de que si el comprador se ha reservado el derecho de ver ó gustar la cosa, no le obliga el contrato hasta haber quedado satisfecho de la calidad de aquélla, añadiendo las leyes 13 y 55 Dig. íd. y 13 Cód. que, no habiéndose fijado término dentro del cual debía manifestar el comprador su aprobación ó rehuso, no queda obligado el vendedor, precisamente porque existe esa condición suspensiva á que el Código se refiere, por incertidumbre en el sí ó en el cuando.

En los casos citados por las leyes romanas, gustada, medida ó pesada la cosa con la aprobación del comprador y aún cuando no hubiese comparecido el vendedor á verificar tales operaciones en el día señalado, no opuesto al determinado en el contrato, se entienden bien hechas aquéllas (leyes 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> Dig. DE PER. ET COM.)

El art. 1.453 presenta dos situaciones; una, en la venta hecha á calidad ó ensayo de la cosa vendida; esto supone que así se haya determinado en el contrato; y otra, en la de cosas que es cos-

tumbre gustar ó probar antes de recibirlas. La costumbre suple el cuerdo de los contratantes al perfeccionar el contrato; tanto en un caso como en otro, y á base de que los contrayentes pueden separarse con sus pactos de esa costumbre, las ventas así hechas se hallan afectadas por una condición suspensiva, debiéndose acudir á lo que el Código estatuye respecto de esta clase de modalidades.

### Forma del contrato

El otorgamiento de escritura no es requisito necesario para la validez de la compraventa; pero, para que sea eficaz, se exige si se contrae á bienes inmuebles, para lo cual pueden las partes comparecerse recíprocamente. Los gastos de su otorgamiento son de cuenta del vendedor y los de la primera copia y demás, posteriores á la venta, del comprador, salvo pacto en contrario.

El Código se ha separado de lo dispuesto en la Inst. PRINC. DE EMPT. ET VEND.; dice ésta que la venta puede celebrarse por escrito ó de palabra, y añade que, en el primer caso, queda perfeccionada luego de firmada la escritura por los contrayentes, y en el segundo, por el simple consentimiento de las partes en la cosa y en el precio, aún cuando para que constase su celebración hubiesen convenido en otorgar escritura, cuyo requisito pueden pedirse recíprocamente los contratantes.

### De las obligaciones del vendedor

El vendedor viene obligado á entregar la cosa al comprador con todo lo que á la misma corresponda, mediante las formas de tradición que hemos estudiado en el cap. XII del tomo II. Esa obligación, la de conservar la cosa hasta su entrega y de responder de la misma en caso de evicción ó vicio redhibitorio, aparece en las leyes 188 Digesto DE VERB. SIG., 3.<sup>a</sup> y 11 Dig. DE ACT. EMPT. ET VEND. y 25 Dig. DE COND. EMPT. La entrega y saneamiento son las obligaciones que el Código impone al vendedor. Este, según prescribe la ley 172 Dig. DE REG. JUR.; leyes 21, 23 y 39 Dig. DE CONTR. EMPT., 39 Dig. DE PACTIS; 30 Dig. DE SERV. PRÆD. RUST. y 17 Digesto DE SERV. URB., debe explicar con claridad aquello á que se obliga; todo pacto oneroso ó ambiguo se interpretará contra el

mismo, prescripciones que no registra el Código, el cual, al decir que la cosa sea determinada, declara, implícitamente, que la falta de determinación de ésta lleva consigo la inexistencia del contrato por carecer de uno de sus elementos objetivos, y respecto á la interpretación del contrato por ambigüedad ú oscuridad del mismo, dicho cuerpo legal establece reglas de las cuales nos hemos ocupado.

Se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador (art. 1.462), que es lo que dice la ley 3.<sup>a</sup> tit. 1.<sup>o</sup>, lib. 19 del Dig., con estas palabras: *RATIO VEL DATIO POSSESSIONIS, QUAE AD VENDITORE FIERI DEBEAT*. Añaden las leyes 2.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 52 Dig. *DE ACT. EMPT. ET VEND.*, que la entrega de la cosa vendida debe verificarse del modo que sea más conforme y permita su naturaleza; de esto se ocupa el Código al hablar de la obligación de dar.

Añade dicho art. 1.462, que cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá á la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare ó se dedujere claramente lo contrario. Constituye esto, no la perfección del contrato, como en el Derecho romano, sí que la consumación del mismo; un modo de adquirir derivativo, tomada esta palabra en el aspecto plástico del mismo, que el Código no lo refiere solamente á la venta de cosas inmuebles, pudiendo, por tanto, aplicarse á la de muebles. Esta forma de entrega constituye una tradición fingida, por disposición de la ley, que cede al pacto en contrario.

El Derecho romano exigió la entrega de los títulos de posesión de la cosa vendida, así como, igualmente, impuso al vendedor la obligación de manifestar los límites de la misma (leyes 48 y 52 Digesto *DE ACT. EMPT. ET VEND.* y 63 Dig. *DE CONV. EMP.*), añadiendo las leyes 1.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 12, 21, 23 y 31 Dig. *DE ACT. EMPT. ET VEND.* y 4.<sup>a</sup> Cód. id. que la falta de entrega de la cosa obliga al vendedor á la correspondiente indemnización de perjuicios, sobre cuyo punto el Código establece disposiciones generales, al tratar de los efectos de las obligaciones.

El Derecho romano, más detallista que el Código, aún cuando éste ha recogido el espíritu de aquél, consigna estas disposiciones: la venta de una cosa inmueble comprende la de todas aquellas que están unidas y forman parte de la misma (leyes 13, 14, 17, 18 y 26 Digesto *DE ACT. EMPT. ET VEND.*) Se comprenden en la venta, las servidumbres á que esté afecta la cosa (leyes 47, 48 y 49 Dig. *DE CONTR. EMPT.*); de modo que si el dueño de dos casas contiguas

hubiese añadido para utilidad de la que vende alguna estancia de la otra, quedará la misma comprendida en la enajenación (ley 47 Dig. DE DAMN. INFECT.) Las cosas que se hallen unidas á los edificios, más bien para la comodidad del propietario que los habita, que por formar parte de los mismos, no vienen comprendidas en la venta (ley 45 Dig. DE VERB. SIGN.)

No tenía el Legislador necesidad de expresar estas reglas, por haberlo hecho en el tratado de obligaciones, ni menos podía copiar las leyes 15, 16 y 17 Dig DE ACT. EMPT. ET VEND. y la 38 Digesto DE AEDIL. EDICT. dispositivas, respectivamente, de que vendida una heredad no se comprenden en ella las prendas, cubas y animales que se hallen en ella; pero sí los frutos pendientes y los estiércoles destinados al beneficio de la misma, como tampoco los accesorios de las cosas muebles que pueden separarse de ella, á menos de que se haya adornado el objeto para poderlo vender, pues el Código ha dado normas respecto de todo esto, no solo en dicho tratado, sino al determinar qué se entiende por cosas muebles y qué por inmuebles, y especialmente en los arts. 346 y 347.

El Derecho romano impone al vendedor la obligación de satisfacer los daños y perjuicios que provengan al comprador de resultas de haber procedido con dolo ó con mala fe en el contrato (leyes 1.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> Dig. DE ACT. EMPT. ET VEND.) de los que sufra aquél por la falta de entrega de la cosa en el día y lugar estipulados (leyes 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> Digesto íd. y 10 y 15 Cód. íd.) y también de los que provengan de caso fortuito, de cuyos daños y ganancias se hubiese privado al comprador por causa de mora en el vendedor (leyes 21 Dig. DE CONT. EMPT. y 12 13 y 14 Dig. DE PER. ET COM.)

El art. 1.463 del Código trata de la tradición simbólica ó sea la entrega de las llaves del lugar ó sitio donde se hallen almacenados ó guardados los muebles objeto de venta, así como de la tradición BREVI MANU y de la CONSTITUTUM POSSESSORIUM, mediante el acuerdo ó conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse á poder del comprador en el instante de la venta ó si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo.

En los bienes incorporales se da la cuasi tradición, y, según prescribe el art. 464, puede consistir en el otorgamiento de escritura; en cualquier otro caso en que no sea aplicable dicho art. 1.462 se entenderá por entrega, el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia de los bienes incorporales ó el uso que haga de su derecho el mismo comprador, consintiéndolo el vendedor.

La tradición debe ir acompañada del evidente propósito, por parte del vendedor, de entregar la cosa corporal ó incorporal al comprador; pero el hecho de la entrega refleja la intención, á menos que se demuestre lo contrario, cosa que solo al transmitente corresponde probar.

Los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte ó traslación, de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial; así lo prescribe el artículo 1.465, que corresponde á la ley 5.<sup>a</sup>, tít. 45, lib. 8.<sup>o</sup> del Código romano. Los gastos de la entrega, como inherentes á esta operación, son de cuenta del vendedor; los de transporte de la cosa son actos que están fuera de esa entrega; no son ya del contrato y debe pecharlos el comprador, en cuyo beneficio se hacen; pero tanto unos como otros, se entiende no mediando estipulación en contrario, primera fuente á que habrá de acudir para saber quien carga con ellos.

El vendedor no estará obligado á entregar la cosa si el comprador no le paga el precio ó no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago (art. 1.466), y es claro, porque la compraventa es un contrato bilateral, con su nota de reciprocidad; la entrega de la cosa exige la satisfacción del precio que es la causa de la obligación del vendedor, palpitando, por tanto, en esa relación jurídica, una condición suspensiva tácita, bajo cuyo influjo se perfecciona el contrato, y continúa con sus efectos hasta su consumación. Pero esa regla tiene una excepción: el vendedor, aún cuando no se le entregue el precio, tiene obligación de entregar la cosa, si el pago de aquél fué aplazado en el contrato, porque esto constituye un pacto que debe cumplirse. Precedentes de esta disposición los vemos en el § 41, título 1.<sup>o</sup>, lib. 2.<sup>o</sup> de la Instituta; en la ley 13, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. 19 del Digesto y en la ley 78, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. 18 del mismo.

Aún cuando se haya aplazado el pago, el vendedor queda relevado de entregar la cosa, si después de la venta se descubre que el comprador es insolvente, porque en las relaciones patrimoniales, que deben hallarse presididas por la buena fe, la solvencia de la persona es supuesto del contrato que le dió vida, constituyendo la situación insolvente del comprador un obstáculo para la efectividad normal de lo convenido. Pero esa insolvencia no ha de ser huera ó ficticia, sino positiva y de tal naturaleza que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, apreciable esto por el Tribunal *Á QUO*, en cada caso, sin que el Legislador exija que el comprador se halle

en concurso ó quiebra, bastando que se acredite esa situación, y que sea de tal suerte que se corra tan inminente riesgo; bien entendido que esto tiene una excepción y es cuando el comprador afiance pagar en el plazo convenido. Ese art. 1.467 tiene sus precedentes en la ley 19 Dig. DE REGULIS JURIS. y § 41, tít. 1.º, lib. 2.º de la Instituta.

No dice el Código qué clase de fianza será admisible de las varias que el Derecho reconoce; según Manresa (quien sostiene que la insolvencia debe de ser declarada por los Tribunales ó resultar de un procedimiento judicial) será á satisfacción del vendedor, con lo cual no estamos en un todo conformes, porque puede ser éste muy exigente, y creemos más justo que sea el Juez quien, con conocimiento de la cuestión, determine la clase de garantía que el comprador deba prestar.

El vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionamiento del contrato, porque el consentimiento recayó sobre la cosa en su particular estado; de lo contrario faltaría la causa del contrato para el comprador, y de consiguiente, aquél debe conservarla en el estado que tenía al perfeccionarse la venta, prestándole todos los cuidados propios de un diligente padre de familia, siendo aplicables los arts. 1.094, 1.182 y 1.183. Todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día que se perfeccionó el contrato, á pesar de que éste no adquiere derecho real en la cosa mientras no se le entregue; no es mas que un acreedor de ella que hace suyos los frutos, lo mismo los naturales que los industriales y civiles, producidos estos últimos día por día, y ya que tiene ese derecho, corre con los gastos á que alude el art. 356; todo esto puede ser modificado por pacto.

La obligación de entregar la cosa vendida comprende la de poner en poder del comprador todo lo que exprese el contrato, mediante las siguientes reglas: Si la venta de bienes inmuebles se hubiese hecho con expresión de su cabida á razón de un precio por unidad de medida ó número, tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si éste lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato; pero si esto no fuese posible, podrá el comprador optar entre una rebaja proporcional del precio ó la rescisión del contrato, siempre que en este último caso no baje de la décima parte de la cabida, la disminución de lo que se le atribuyera al inmueble.

El Código se ha separado de lo dispuesto en la ley 40 Dig. DE CONTR. EMPT. (respecto á la venta por unidad de medida), disposi-

tiva de que deberá aumentarse ó disminuirse el fijado por la totalidad en caso de resultar que esa medida (lo mismo que en número ó peso) sea mayor ó menor que la expresada, añadiendo la ley 38 Dig. DE ACT. EMP. ET VEND. y ley 35 íd. DE EVICT. (y en esto el Código y el Derecho romano están de acuerdo) que si se ha vendido una cosa á un precio por la totalidad, no se hará ningún aumento en el mismo, aún cuando aquélla tenga más del número, peso ó medida expresado, en cuyo caso el vendedor se hará también responsable por la evicción de alguna parte de la cosa, aún cuando no disminuyera por el peso ó medida que se hubiese expresado.

El art. 1.469 se refiere solo á la venta de bienes inmuebles cuando no recaen sobre los llamados cuerpos ciertos, esto es, sobre la totalidad de la cosa, cualquiera que sea su cabida, sino cuando se ája un precio por unidad de medida ó número. El vendedor deberá entregar al comprador, si éste se lo exige, todo lo que se haya expresado en el contrato, porque éste constituye la ley para sus otorgantes. No siendo posible hacer esa entrega totalizada, el comprador puede optar entre una rebaja proporcional del precio, sirviendo de punto de cuenta el número ó medida fijados en el contrato, no el que la cosa realmente tenga, ó la rescisión de éste, siempre que no baje de la décima parte de la cabida la disminución de la que se le atribuyera al inmueble. Así, por ejemplo se trata de una finca cuya cabida es de cien hectáreas y bajo este supuesto, que es causa del contrato para el comprador, se conviene en que el precio sea á quinientas pesetas la hectárea; verificada la venta, resulta que la finca tiene noventa y una hectárea, en cuyo caso al comprador no le cabe otro derecho que á la rebaja ó devolución, en su caso, de cuatro mil quinientas pesetas; pero si de la medición resulta que el inmueble tiene ochenta y nueve hectáreas, el comprador puede elegir entre que se le rebajen ó devuelvan cuatro mil quinientas pesetas ó que se rescinda el contrato, porque esta circunstancia de cabida menor de la décima influye en la causa del contrato.

Si la finca resulta ser de mayor cabida ó número que los expresados en el contrato, debe acudirse á lo dispuesto en el art. 1.470 prescriptivo de que el comprador debe satisfacer el exceso del precio, si la mayor cabida ó número no pasan de la vigésima parte de los señalados en el contrato; por ejemplo la finca vendida á base de que tenía cien hectáreas, resulta tener más de este número, pero menos de 105; rebasando de este tipo, ese comprador podrá optar entre satisfacer el mayor valor del inmueble ó desistir del

contrato, (el Código no emplea la palabra rescisión); si ese comprador no opta por esto último, el vendedor tiene derecho á exigirle que le abone esa mayor cantidad de precio, en proporción al número de hectáreas que tiene de más. El Código no distingue entre ventas judiciales y extrajudiciales.

Añade el art. 1.469 otra regla; lo dispuesto en el apartado segundo del mismo será aplicable si alguna de las partes de la cosa, aunque resulte igual cantidad, no es de la calidad expresada en el contrato, procediendo tan solo la rescisión cuando el valor exceda de la décima parte del precio convenido; y como quiera que para algo se han escrito las palabras «si alguna parte», entendemos, ajustándonos al criterio de exclusión, que cuando la diferencia de calidad afecta á toda la cosa, no es de aplicación el precepto.

En la venta de un inmueble hecha por precio alzado y no á razón de un tanto por unidad de medida ó número, no tendrá lugar el aumento ó disminución del mismo, aunque resulte mayor ó menor cabida, de los expresados en el contrato. La venta así hecha llámase de cuerpo cierto, esto es, con independencia de su medida ó número, debiéndose entregar todo lo comprendido dentro de los linderos, sin que quepa lesionar la integridad de la cosa, puesto que toda, tal como físicamente se presenta, fué objeto del contrato, aún cuando existan equivocaciones en los linderos. De manera que, ya se trate de la venta de un inmueble por un precio alzado, ya de la de dos ó más por un solo precio, no cabe el aumento ó disminución de éste aunque resulte mayor ó menor cabida ó número de los expresados en el contrato.

Consecuencia de lo dicho es lo dispuesto en la segunda parte del art. 1.471 de que eso mismo tendrá lugar cuando sean dos ó más fincas las vendidas por un solo precio; pero si, además de expresarse los linderos, indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designaren en el contrato su cabida ó número, el vendedor estará obligado á entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aún cuando exceda de la cabida ó número expresados en el contrato, y si no pudiere, sufrirá una disminución en el precio, proporcional á lo que falte de cabida ó número, á no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló.

El art. 1.471 no se opone á que la venta se concierte aplazando para después de celebrado el contrato la determinación de los requisitos necesarios para inscribir lo vendido (Sent. 8 Julio 1903).

Desde la Orden del Poder ejecutivo de 7 de Abril de 1869 las ventas de bienes del Estado no se hacen á cuerpo cierto, sino á razón de un tanto por unidad de medida ó número para que no sufran perjuicio los intereses del mismo por errores ó fraudes en las subastas.

Las acciones que nacen de los arts. 1.469, 1.470 y 1.471 prescriben á los seis meses contados desde el día de la entrega de la cosa, brevedad de plazo exigida para dar seguridades á la contratación. El art. 1.472, que contiene esa disposición, no alcanza á la acción mediante la que pide el comprador la entrega de ciertos trozos de tierra, considerándolos comprendidos en la venta.

Aún cuando el Derecho romano no registra esas acciones, creemos que dichas disposiciones son aplicables á Cataluña y Navarra, por tener el Código en estas regiones carácter supletorio.

Si una misma cosa se hubiese vendido á diferentes compradores, la propiedad se transferirá á la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Así lo prescribe el art. 1.473 que no expresa la clase de tradición, bastando la entrega de la cosa (elemento físico), á base de la existencia y validez del contrato, y la buena fe, que es el factor subjetivo; la posesión, pues, equivale al título.

Si fuere inmueble—añade el texto—la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro, disposición no contenida en la ley de Partidas y que arranca del alcance y sentido del art. 17 de la ley Hipotecaria, constituyendo la inscripción registral una clase de tradición para que al *tercero* no perjudiquen los títulos no inscritos (Sent. de 24 de Noviembre de 1894). En nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» hemos dado el concepto de tercero en sus tres grados, á la cual nos remitimos.

El Derecho romano no contiene este precepto, pues según dispone la ley 31 Dig. ACT. EMPT. ET VEND., 9.<sup>a</sup> Dig. DE PUBLICIA y 15 Cód. DE REI VIND., aplicadas en Sents. de 21 de Enero, 14 de Febrero y 16 de Diciembre de 1861, vendida una misma cosa á diferentes personas, tiene solo derecho á pedir su entrega el primer comprador; si fué entregada á otro, queda éste dueño de la misma, aún cuando fuese el último—que la compró, si satisfizo el precio. Los demás compradores que no reciban la cosa pueden reclamar del vendedor los daños y perjuicios.

Como quiera que en aquel pueblo no existía la institución registral inmobiliaria, el Derecho tenía que dar, unicamente, fórmulas re-

lativas á la tradición material en sus distintas clases, y nunca referirse á esa tradición de verdadera oficialidad, constituida por la promulgación, en el Registro, de la propiedad transmitida, y aún en aquella clase de tradición requeriase, para que el comprador tuviese derecho en la cosa, que le hubiese sido entregada aún cuando fuese el último de los que trataron, á base de que hubiese satisfecho el precio, por constituir éste y la entrega de la cosa, el periodo de consumación.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad á quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, á quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe. Esta, como se ve, es el elemento ético que imprime carácter á la adquisición del derecho, para que tenga el respeto y consideración que se merece, pues quien cree que la persona transmitente de la cosa es dueña de ella y que en el título de su adquisición no hay vicio alguno que lo invalide, es merecedor de que la ley le ampare, y si á esta circunstancia añade la posesión de la cosa, signo externo de la propiedad, debe gozar de preferencia á quien, aún teniendo buena fe, presenta un título que es solo un signo oficial del derecho. Habiendo quienes, no teniendo esa posesión y sí buena fe, presenten títulos de propiedad, es preferido el que lo tenga de fecha mas antigua, pues en su favor concurre el principio *QUI PRIOR EST TEMPORE POTIOR EST JURE*, verdadero homenaje al tiempo.

Acerca de la preferencia de derecho del que hubiese obtenido la inscripción registral, consúltense las Sents. de 14 de Abril de 1898 y 3 de Junio de 1899 que así lo declaran.

El dominio de la cosa vendida con escritura se transmite al comprador sin necesidad de tradición. (Ob. 39 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS; 4.<sup>a</sup> DE EMPTIONE ET VENDITIONE; 22 DE FIDE INSTRUMENTORUM y 15 DE DONATIONIBUS. Las vigas ó trabes se reputan entregadas desde el momento que se señalan por el comprador ó por otra persona en su nombre (Ob. 10 DE EMPTIONE ET VENDITIONE. (Aragón).

### Del saneamiento

Sanear significa hacer la cosa sana. El saneamiento procede en caso de evicción y por razón de los vicios redhibitorios de la cosa. Fúndanse: el primero, en la obligación que tiene el vendedor de salir

á la defensa de lo que hubiese transmitido, para que no sea perturbado ni perjudicado el comprador, y el segundo, en que fué causa del contrato por parte del comprador, recibir la cosa sin vicios ó gravámenes ocultos para obtener de ella su utilidad ó servicio, nunca el perjuicio. Por respeto á esto y por ser el contrato de compra-venta uno de los llamados de buena fe, pues lo introdujo la equidad en Roma, el saneamiento es requisito natural en esta convención, sin que haya necesidad de establecerlo; surge por ministerio de la ley, pero puede renunciarse.

El comprador responde de la posesión legal y pacífica y de los vicios ó defectos ocultos que tuviere la cosa vendida; leyes 3.<sup>a</sup> y 11, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. X del Digesto, 1.<sup>a</sup> y 38, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. 25 de íd.

Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior á la compra de todo ó parte de la cosa comprada. El vendedor responderá de la evicción, aún cuando nada se haya expresado en el contrato. Los contratantes, sin embargo, podrán aumentar ó suprimir esta obligación legal del vendedor; art. 1.475, con precedentes en la ley 6.<sup>a</sup>, tít. 1.<sup>o</sup>, lib. 10 del Digesto.

El Código se refiere, en orden al saneamiento, no á la perturbación de hecho, si que á la de derecho en que el comprador se hallaba de la cosa, de la que se le priva por virtud de sentencia firme que decide definitivamente el pleito en una instancia ó en un recurso extraordinario, sin que el vendedor pueda negarse á la obligación de sanear, so pretexto de que el comprador podía apelar del fallo, pues sobre la circunstancia de que este recurso es potestativo, no le quita á aquél su cualidad de firmeza, una vez consentido, tanto mas cuanto que á él le habrá sido notificada la demanda y, siendo parte en el litigio, pudo recurrir de la resolución judicial.

Opinamos con Manresa que donde el Código ha dicho «privación por sentencia firme», ha querido dar á entender la necesidad de que la privación de la cosa haya sido decretada por la autoridad competente en el procedimiento adecuado, lo mismo judicial que administrativo, pues si el saneamiento es un medio reparador del agravio, causado por el vendedor que carecía de derecho en la cosa al enajenarla (el modo en su aspecto inmaterial de que hemos hablado), debe darse allí donde se priva de ella á su legítimo adquirente. Por lo tanto, en los expedientes administrativos, para poder preparar la acción de saneamiento, el comprador debe pedir que se dé vista de ellos al vendedor y si á esto no accediere la Administración, hacer

el requerimiento notarial á dicha persona, para que no pueda alegar ignorancia.

No importa, para el ejercicio de la acción de saneamiento, que ese comprador sea demandante ó demandado; basta que exista la sentencia firme que le prive de la cosa para poderse acoger á ese medio reparador, á base de que la privación proceda de un derecho anterior á la compra, esto es, de lo que el vendedor puede responder lo mismo de todo que de parte de la cosa, á cuyo fin habrá de remontarse á la causa de la evicción, saber á quién es imputable semejante privación total ó parcial. Si á ese comprador le constaba el motivo legal por el que podía ser privado de lo que comprara, mayormente si consta del Registro de la propiedad en forma de pacto ó de condición resolutoria, no puede llamarse á engaño; habrá de pasar por las consecuencias de sus actos, sin derecho al saneamiento.

Este es una condición natural del contrato, pero, no obstante, los contratantes, en uso de su soberanía, pueden aumentar, disminuir ó suprimir esa obligación legal del vendedor, sin que sea preciso que parta de éste el hecho que dé origen á la evicción. Puede haberlo realizado alguno de sus causantes, porque aquél, no habiendo pacto en contrario, responde al comprador de todas las causas de evicción anteriores al momento de la compra, tanto judicial como extrajudicial. Si el juez otorga la venta, es en rebeldía y en nombre del ejecutado, adquiere éste un estado de solvencia respecto de su acreedor; éste, si es el ejecutante, no queda tenido al saneamiento, precisamente porque no era dueño de la cosa subastada.

La acción de evicción corresponde al comprador y á sus herederos, así como al nuevo comprador de la cosa, no solo contra quien se la vendió, sino contra los otros vendedores, procurando determinar la causa de la evicción, y cuándo existía ésta, porque solamente siendo anterior al primitivo contrato es como cabe ese encadenamiento de responsabilidades; también debe tenerse presente si en las ventas hechas medió la renuncia de ese derecho, pues caso afirmativo, quien la hizo no puede aprovecharse de sus beneficios, no pudiendo repetir contra su vendedor, pero sí contra los vendedores anteriores que no se hubieran puesto en esas condiciones defensivas por mérito de la renuncia.

Será nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiere mala fe de su parte. Este adverbio *siempre*, escrito en el art. 1.476, significa que en todos los casos, á

menos que no haya prescrito la acción, hay derecho á la evicción renunciada, habiendo mala fe por parte del vendedor.

El Derecho romano contiene prescripciones muy análogas á las del Código civil, á saber: llámase evicción á la pérdida de la cosa adquirida con justo título, á consecuencia de la reclamación de un tercero, por un hecho anterior á la enajención (leyes 16 y 21 Digesto DE EVICT., tít. 2.º, lib. 21). Para que el enajenante sea responsable de ella se requiere: 1.º Que el adquirente haya sido desposeído de la cosa por sentencia de Juez competente (lo que el Código llama sentencia firme); 2.º Que el que la adquirió la hubiese defendido en el juicio oponiendo las excepciones legales de que pudiese hacer uso (esto el Código no lo exige, ya veremos luego lo que acerca de lo mismo prescribe) (leyes 15 y 17 Dig. íd.) 3.º Que no haya tenido culpa alguna en la pérdida de la cosa (ley 8.ª Cód. DE EVICT. tít. 45, lib. 8.º) 4.º Que no se le haya reclamado por algún derecho de que ya tenía noticia cuando la adquirió, á no ser que haya mediado pacto expreso sobre la evicción (ley 27 Cód. íd.) 5.º Que la sentencia no haya sido proferida por error, ignorancia ó malicia del Juez (ley 31 Dig. íd.; leyes 8 y 15 Cód. íd.); el Código omite esta circunstancia porque, mediando prevaricación por parte del Juez, tiene el agraviado sus recursos; allá el vendedor para utilizarlos; al comprador le basta que la sentencia sea firme, para pedir el saneamiento. 6.º Que, promovido el juicio, el comprador demandado lo hubiese puesto en conocimiento del enajenante ó de sus herederos antes de la publicación de probanzas (este periodo procesal no existe en la ley de Enjuiciamiento civil, y, de consiguiente, debe estarse á lo que el Código prescribe), á menos que se hubiese pactado que la evicción tendría lugar sin este requisito (leyes 23, 29 y 36 Dig. íd.)

El saneamiento por evicción procede aunque solo se hubiese perdido una parte de la cosa (ley 36 Dig. DE EVICT.) El usufructuario se considera como adquirente, y en caso de evicción, será indemnizado por justa estimación (ley 5.ª Dig. íd.) El que enajena una universalidad de bienes no está sujeto á responsabilidad alguna por la evicción de alguna cosa particular de ella (leyes 1.ª y 2.ª Código DE EVICT.; Dig. DE HERED. ET ACT. VENDIT.) El que adquiere una cosa por causa de transacción nada puede reclamar en caso de evicción, á menos que aquélla fuere diferente de la que formaba el objeto del litigio (ley 23 Cód. DE TRANSACT.)

El Derecho aragonés contiene las siguientes disposiciones: El vendedor responde de la evicción, pero se requiere que el deman-