

§ 95.—*Rentas perpetuas y contrato vitalicio*

Brugi, *Ist.*, § 65 (l h); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 530; Chironi, *Ist.*, II, §§ 330 y 365; Zachariae, *Man.*, II, §§ 368-370, 377-379; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 387-390, 357, 358; Planiol, *Traité.*, números 2.089, 2.114 y siguientes.

Un contrato puede tener por objeto imponer a una de las partes la obligación de ejecutar con compensación o sin ella una prestación en favor de la otra, consistente en dinero o en especie, pudiendo durar tal obligación un tiempo determinado o perpetuamente. La prestación anual se llama renta, y el contrato generador de constitución de renta. El Código (art. 1.779) ofrece dos especies, según que la renta sea perpetua o dure lo que dure la vida de una o varias personas.

Pero el origen, el fin, la estructura de ambos negocios, y hasta su importancia actual son tan diversas que difícilmente pueden reducirse a una unidad conceptual.

I. *Constitución de renta perpetua* (1).—La frecuencia y difusión de este contrato en los tiempos medievales se ha trocado en los actuales en limitación y rareza; representa un cuerpo sin vida, una rama muerta del gran árbol de los contratos.

Su origen histórico corresponde a un tiempo en que la rigurosa prohibición del interés en los mutuos obligaba a buscar por vía indirecta un modo fructífero de emplear los capitales; su flórecimiento se hizo posible solamente en un ambiente en que el excesivo gravamen de los fundos, con infinitas cargas reales, que perduraban contra los terceros adquirentes, no parecía defecto ni perjuicio. Se comprende que, vencido el prejuicio del Derecho canónico contra la usura y estimándose conveniente a

(1) Para el Derecho antiguo y moderno: Pothier *Traité du contrat de bail a rente, Traité du contrat de constitution de rente, Traité des cens*; Foelix y Heuriou, *Traité des rentes foncières*, 1829; Janigro, *Espos giur. ec. e Stor. dei censi consignativi e riservativi*, Nápoles, 1876; Beneduce, *Il censo riservativo e i demani comunali*, Monte Varchi, 1908; Mauro, *Il contratto di censo bollare o consignativo*, Nápoles, 1911.

la economía el liberar la propiedad fundiaria de sus cargas, cayese en desuso, o mejor dicho, se transformase la vieja institución.

Dos formas principales ofrecía: el censo reservativo y el consignativo. *Censo reservativo* o *renta fundiaria* era la prestación anual y perpetua que el propietario del fundo se reservaba al enajenar éste; a la concesión del fundo en plena propiedad se unía la obligación asumida por el concesionario de pagar en lugar del precio una prestación anual y perpetua en dinero o en especie (censo o renta), sin posibilidad de redención, la prestación gravaba como carga real el fundo, persiguiéndolo incluso frente a los terceros poseedores, y representaba los intereses del precio no pagado. *Censo consignativo* o *renta constitutiva* (llamado también *censo bular* por la bula de 1568 de Pío V, que definitivamente reguló esta materia), era la prestación también anual y perpetua que el propietario del fundo se obligaba a abonar al recibir un capital u otro valor, asegurando el pago del mismo con el fundo propio, que de este modo resultaba gravado con una carga real o perpetua. La prestación constituida por una cuota parte de los frutos del predio sobre el que se constituye; representaba los intereses del capital, que no podía ya ser reclamado; pero la ilicitud de la operación, que tendía esencialmente (como el mutuo con interés) al empleo fructífero de capitales, fué desestimada, por considerarse como compra de renta.

De estos dos tipos, que sufrieron modificaciones varias en Francia y en Italia, derivan las dos formas de constitución de renta reguladas por el Código (artículos 1.778-1.788). Al censo reservativo corresponde la *renta fundiaria*, la cual se establece en favor del transmitente de un fundo como precio de la enajenación o como condición de la cesión del fundo; esta cesión transfiere el pleno dominio del inmueble, no obstante cualquiera cláusula en contrario, y puede hacerse dicha transmisión a título oneroso y a título gratuito; si se hace a título oneroso, se sujeta a las reglas propias de la renta, y si es hecha a título gratuito, se rige por las normas propias de la donación (artículos 1.780-1.781). Al censo consignativo o bular corresponde la

renta *simple* o *censo*, que se establece en favor de aquel que otorga un capital sin posibilidad de reclamarlo; esta renta debe ser asegurada con hipoteca especial, constituida sobre un fundo determinado para que el capital no sea reclamable (art. 1.782).

Pero el Derecho moderno ha impreso a estas relaciones nuevas características, constituyendo figuras jurídicas que difieren mucho de las antiguas. La más importante es la consistente en la general e incondicionada posibilidad de redención de la renta. Persiguiendo un fin que pareció y es socialmente más útil que la perpetua sujeción de las personas o de los fundos al débito, el legislador italiano quiso—en orden a toda la serie de cargas afines al censo, como el canon enfiteútico, los diezmos, y, en general, todas las prestaciones perpetuas—, que el deudor pudiese en todo momento redimir la causa, no obstante cualquiera pacto en contrario (art. 1.783). Estableció que, respecto a la renta simple, la redención se opera mediante el reembolso del capital en dinero que fué pagado para la constitución de la renta; la redención de una renta fundiaria se efectuará mediante el pago de un capital fijado sobre la base de la renta anual capitalizada al tipo legal del interés (1), y si la renta fuera en especie, se capitaliza el precio medio de la misma en los últimos diez años, a no ser que en el acto de la constitución de la renta se hubiere fijado como tipo de redención un capital inferior (art. 1.784), y dejando a salvo siempre las condiciones más favorables estipuladas en los antiguos actos constitutivos de esta clase de rentas (disposición transitoria, art. 30). El pacto contrario a la redención puede ser eficaz sólo en cuanto limite la facultad de redimir, privando de ella al deudor por un cierto tiempo; solamente se podrá estipular, pues, que la redención no se lleve a cabo durante la vida del cedente o antes de treinta años respecto a las rentas fundiarias, o de diez, relativamente, a las simples, reduciendo a estos términos máximos los que fueren mayores (art. 1.783).

Del mismo modo que se concede al deudor la facultad de

(1) Continúa siendo válido el 5 por 100 relativamente a las rentas constituidas anteriormente a la ley de 22 de Junio de 1905, que redujo al 4 por 100 la tasa civil (Cfr. art. 2.º).

redimir, tampoco se niega al cedente la repetibilidad del capital; éste solamente será real y efectivamente irrepitable cuando esté asegurado con hipoteca especial sobre un fundo determinado (art. 1.782). Además, en orden a las rentas simples y a las fundiarias, puede atribuirse al acreedor el derecho a forzar al deudor a la redención; y esto porque tal facultad se reserve en pacto especial del acto constitutivo o porque la ley se lo otorgue para protección de sus créditos comprometidos por el deudor. Esto ocurre: *a*), si el deudor, después de la interpelación debidamente hecha por el acreedor, no paga la renta durante dos años consecutivos; *b*), si omitió prestar las garantías ofrecidas; *c*), o si las que faltaren de las prestadas no fuesen sustituidas por otras; *d*), si el predio, por efecto de enajenación o división, es distribuido entre más de tres personas; *e*), si el deudor cae en estado de quiebra o de insolvencia (artículos 1.785 y 1.786).

El otro aspecto que constituye la verdadera innovación llevada a efecto por el Derecho moderno es el de la naturaleza jurídica del derecho a la prestación anual; de carga real que gravaba el fundo y seguía a éste, incluso cuando pasaba a poder de un tercer poseedor, se ha transformado en un derecho personal de crédito, carente de toda eficacia real. Esta transformación resulta evidente en orden a la renta simple, la cual, aun cuando esté garantizada con hipoteca, continúa siendo un derecho de crédito que no guarda relación real con el predio ni se transmite con éste, aunque el predio continúe respondiendo hipotecariamente. Pero esto no resulta tan llano y tan sencillamente en orden a la renta fundiaria. La doctrina se muestra casi toda ella concorde en estimar que también en este caso se trata de un puro derecho personal de crédito (1). Yo creo que, sin definir-

(1) Lo deduce de la redimibilidad de la renta, del carácter mobiliario que el art. 418 le atribuye (porque si el derecho fuese real no podría dejar de ser inmobiliario siendo el objeto un predio y no una cosa mueble), de la prohibición del art. 1.781 de transmitir en la cesión del inmueble algo menos que el pleno dominio (Ferrini, *Obblig.*, pág. 338; Mirabelli, *Contratti speciali*, pág. 110); pero la redimibilidad de una deuda no es incompatible con la realidad del derecho. Constituye ejemplo de tal compatibilidad el canon enfiteúutico redimible de carácter esencialmente real.

lo, un derecho real que tenga por contenido una obligación de hacer, se debe reconocer en él una obligación *propter rem*, uno de aquellos créditos integrados por elementos reales que se nos ofrecen también en otras instituciones de nuestro Derecho.

El elemento real está aquí algo atenuado; a diferencia de las otras especies de *obligationes propter rem*, en las que el tercer poseedor, por efecto de su relación con la cosa, es responsable del gravamen que pesa sobre ésta, en la renta se exige que el tercero asuma espontáneamente el débito para que esté obligado a pagarlo. El Código declara, en efecto (art. 1.786), que, enaje-

Mueble es también, según el art. 418, la acción hipotecaria cuyo objeto es un inmueble y que procede de un derecho (la hipoteca) ciertamente inmobiliario. Verdad que la acción es característicamente mobiliaria en cuanto debe ser considerada como accesorio de un crédito, el cual, teniendo, como tiene, por objeto sumas de dinero o cosas muebles, es por sí mobiliaria; pero como para caracterizar la acción que deriva del derecho de hipoteca la ley toma en cuenta la naturaleza del crédito, hay que pensar que para caracterizar la renta fundiaria se ha fijado exclusivamente en el crédito sin parar mientes en el predio sobre que está constituida. No vale el argumento extraído del art. 1.781, ya que la obligación de transmitir el dominio pleno refiérese más bien a la prohibición de dividir el dominio en útil y directo y no excluye el que pueda corresponder al concedente un derecho de carácter real. Más valor podría tener la observación según la cual, en nuestra ley no se sentía la necesidad de carácter real del derecho, porque nuestra ley garantiza ya al concedente con la hipoteca legal otorgada al transmitente, hipoteca que asegura el cumplimiento de las cargas derivadas del acto de la enajenación (artículo 1.969, n. 1). Sin embargo, hay que reconocer con los comentaristas de Windscheid (*Pand.*, I, páginas 587 y siguientes) que la ley alude con bastante claridad a este carácter real cuando habla de «predio gravado con la renta» (art. 1.786, párr. 1.º) o del «fundo sobre el que está constituida la renta» (art. 1.785, n. 4). Con ello se establece una clara diferencia entre renta simple y fundiaria; ésta hasta con el nombre acusa su carácter real; y la diferencia se acentúa con la obligación que en la primera de dichas rentas se impone, consistente en garantizarla con hipoteca especial, pues el no mencionar esta obligación en la renta fundiaria puede derivar más bien de haber tenido en cuenta el carácter real del derecho más que de haber sobreentendido que la renta se hallaba garantizada con hipoteca legal. Para más extensas consideraciones, véase Fadda y Bensa, *op. cit.*, *loc. cit.*, y en sentido opuesto Ferrini, *op. cit.*, *loc. cit.*

nado el predio gravado con la renta, el acreedor a quien correspondería por insolvencia del concesionario la facultad de demandar la redención, no puede exigirla si el poseedor se presta a pagar la renta; por consiguiente, si falta la asunción espontánea, el tercero sólo estará obligado hipotecariamente por efecto de la hipoteca legal correspondiente al concedente. Pero la atenuación—que constituye una verdadera excepción de favor para el tercer adquirente—no es constante y general; cesa para el usufructuario, que está obligado a pagar la anualidad de la renta fundiaria (art. 508), y cesa también para el legatario (art. 878); pero ni uno ni otro están obligados en orden a la renta simple. Es más, el carácter real se reafirma en el nexo con que en los demás aspectos aparecen unidos el débito y el fundo; no es posible al deudor separar éste de aquél sin violar el derecho del acreedor; por ello, como no es concebible que un tercero asuma el débito sin adquirir al propio tiempo la posesión del fundo, así tampoco una enajenación del fundo gravado no puede dejar subsistente en el deudor el débito independiente del predio; porque si es cierto que el deudor no está facultado para abandonar el fundo con el fin de liberarse del débito, también es cierto que el contrato le obliga al enajenar el predio a imponer al adquirente la asunción de la obligación de satisfacer las anualidades (I).

II. *Contrato vitalicio*.—Si bien en menor medida que el anterior, este contrato ha perdido hoy gran parte de su importancia; satisface más adecuadamente las mismas necesidades, a que este contrato tiende, el contrato de seguros sobre la vida (Código de Comercio, artículos 449-453), que constituye una especie de los contratos de seguros, a los que se dedican muchas y poderosas Compañías, cuya disciplina compete al derecho comercial. La renta vitalicia, tal como resulta regulada en el Código civil (artículos 1.789-1.801), es algo que difiere del contrato de segu-

(I) Gabba en *Nuove questioni di dir. civ.*, II, páginas 28 y siguientes, y en *Foro it.*, 1901, páginas 482 y siguientes, y en *Giur. it.*, 1901, páginas 252 y siguientes.

ro sobre la vida, y que puede incluso carecer de naturaleza contractual cuando se origine en un testamento. La renta vitalicia (fuera de este caso) es un contrato por el que una persona se obliga a abonar a otra anualmente una suma de dinero o de otros bienes fungibles durante la vida toda de ésta o durante la vida de un tercero que no tiene derecho alguno a la renta o durante la vida de varias personas (artículos 1.792, 1.793).

La causa por la que tal obligación es asumida puede ser una contraprestación que el deudor recibe o bien el ánimo liberal. El contrato vitalicio podrá ser oneroso o gratuito; oneroso, si la promesa de la prestación anual es hecha a cambio de un capital, de un inmueble, de una cosa mueble transmitidos al promitente, que en compensación debe abonar la renta; gratuito, si el promitente se constituye en deudor sin necesidad de compensación alguna para hacer una donación (art. 1.790). Si es a título oneroso y la compensación que el deudor recibe es una cosa mueble o inmueble, la relación vendrá regulada por las normas propias de la compraventa, por estimarse que la renta funciona como precio de la cosa. Si es a título gratuito, se sujeta a las normas propias de la donación, especialmente en lo que afecta a la forma (art. 1.791), pudiendo pactarse la inescusabilidad de la renta (art. 1.800). Puede, finalmente, ocurrir que la compensación la reciba el deudor de la renta, pero no del acreedor mismo, sino de un tercero; la relación (en la que el acreedor de la renta será el beneficiario de un contrato a favor de tercero) se ofrecerá en un aspecto con carácter gratuito (entre el acreedor de la renta, que la adquiere sin compensación, y quien la constituye en favor de éste), y en otro con carácter oneroso (o sea entre el deudor y quien proporciona la suma de dinero o la cosa mueble o inmueble). La ley, aunque el contrato, en este caso, es una liberalidad en favor del beneficiario, no exige las formalidades prescritas en orden a la donación; sin embargo, le aplica las normas de la reducción (art. 1.794).

La particularidad del negocio es su carácter aleatorio (artículo 1.102), porque la duración de la obligación es igual a la de la vida de una o varias personas; depende, por tanto, de un

hecho incierto la intensidad de la carga del deudor o su ganancia (1).

De esto se deduce que aun cuando concurrieran todos los elementos requeridos para la aplicabilidad de la rescisión por lesión enorme (y esto en el caso de que la renta se constituya a cambio de la cesión de un inmueble), ésta viene excluida por el carácter aleatorio de este contrato. Pero no todos los contratos vitalicios ofrecen este carácter aleatorio; no lo ofrecen, por ejemplo, las rentas constituídas a título de donación.

La vida de la persona que se toma en consideración para fijar la duración de la renta anual, es, como se ve, el elemento eje del negocio; se comprende por esto porque es nulo y sin efecto un contrato que constituya la renta por la vida de una persona muerta ya (art. 1.795). Por el contrario, poco importa que la muerte acaezca inmediatamente después de la constitución, aunque proceda de una enfermedad preexistente a la misma; el Código italiano, a diferencia del francés (art. 1.975), ha estimado oportuno prescindir de todo nexo causal entre la muerte y el morbo preexistente, con objeto de evitar las controversias y litigios que originaba la distinta norma del Código francés.

Del contrato derivan obligaciones, principalmente para el promitente de la renta anual. La fundamental es la de pagar la prestación durante la vida de la persona designada al acreedor de la renta, y muerto éste a sus herederos en proporción al tiempo que la persona elegida vivió; convenido el pago por fracciones periódicas, se abonarán éstas en el tiempo convenido; si se abonan por anticipado, corresponderán por completo al acreedor apenas llegue el día del vencimiento (art. 1.799).

Por gravosa que resulte, la prestación es debida siempre por la duración y en medida establecidas; no sería invocable, ya que se trata de un contrato con prestaciones continuadas, la cláusula *rebus sic stantibus* ni otro remedio, puesto que el deudor ni siquiera renunciando a la repetición de las anualidades ya paga-

(1) Tartufari, *Dell'alea nella costituzione di rendita vitalizia* (Arch. Giur., XLII, 1889, páginas 424 y siguientes).

das, podría liberarse del vínculo ofreciendo el reembolso del capital o la retrocesión del inmueble o de la cosa mueble (artículo 1.798). Pero tampoco al acreedor se otorga la facultad de repetir el capital o la cosa; es más, aun en el caso de que el deudor incurra en mora, no puede el acreedor recurrir a la condición resolutoria tácita y pedir el reembolso del capital o la restitución del predio o de la cosa; solamente tiene el derecho de pedir el secuestro o la venta de los bienes de su deudor y de solicitar que se ordene que del producto de la venta se emplee una suma suficiente para satisfacer las anualidades (art. 1.797).

La otra obligación que incumbe al deudor es la de prestar al acreedor las garantías pactadas para la ejecución del contrato; pero en tal caso el acreedor, si el obligado no cumple, tiene la facultad de provocar la resolución cuando se trate de contrato de renta vitalicia constituido mediante precio (art. 1.796).

El contrato se extingue: con la muerte de la persona por cuya vida se constituyó la renta, y si se hubiera constituido por la vida de varias personas se extinguirá con la muerte de la última de éstas; por la prescripción de treinta años cuando se haya dejado transcurrir tal período de tiempo desde el último pago efectuado; por el ejercicio de la acción resolutoria. No se extingue por la pérdida de los derechos civiles del acreedor; en este caso las anualidades deberán ser pagadas a los legítimos representantes del acreedor (art. 1.801) (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - No dedica nuestro Código civil un apartado especial a los contratos por los que se genera un derecho a percibir una renta, estudiándolos, sin embargo, con los nombres de censos consignativo y reservativo y contrato de renta vitalicia. En los primeros significa, en mayor grado que en finalidad, la condición de cargas de la propiedad y el último lo regula en el mismo título que los contratos aleatorios.

Censos consignativo y reservativo.—Además del concepto genérico de los censos (art. 1.604 del Código civil español), da nuestro Código civil una especial para cada uno de los aquí estudiados, diciendo que es consignativo el censo cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad, el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censalista por el capital que de éste recibe en dinero (art. 1.606), y reservativo, cuando una persona cede a otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho de percibir sobre el mismo inmueble, una pensión anual que debe pagar el censatario (art. 1.607).

Aunque regulados entre los contratos, no es ésta la única manera de

constituirlos. Originan un derecho real inscribible (art. 2.º, núm. 2.º de la ley Hipotecaria), y la acción que de ellos nace alcanza con eficacia real a proteger las pensiones devengadas y no percibidas (art. 1.623 del Código civil español), no pudiendo plantearse, pues, en nuestro Derecho, el problema que con referencia al italiano formula Ruggiero.

Por su naturaleza, los censos son perpetuos o por tiempo indefinido, si bien redimibles a voluntad del censatario, aunque puede limitarse esa facultad pactando la no redención por ciertos plazos cuyo límite máximo fija el Código (art. 1.608 del Código civil español). Otras notas características son que el censo ha de recaer sobre bienes inmuebles fructíferos y de propiedad del constituyente y que son indivisibles (artículos 1.618 y 1.619 del Código civil español).

La constitución de estos censos por contrato no ofrece más particularidad que ser necesario fijar la pensión, al otorgarse el contrato, bien en dinero o en frutos (art. 1.613 del Código civil español) y si se estipula en frutos, ser el censo consignativo o reservativo, no podrán ser una parte alcuota de los que la finca produzca (artículos 1.657 y 1.663 del Código civil español); siendo preciso, en el censo reservativo, que preceda la valoración de la finca sobre la que el gravamen se constituye (artículo 1.661 del Código civil español).

El censalista tiene derecho a percibir la pensión en los plazos convenidos o por años vencidos (art. 1.614 del Código civil español) en el lugar fijado o en el que radique la finca o en el domicilio del censatario (artículo 1.615 del Código civil español), pudiendo exigir de éste un resguardo en el que conste haberse hecho el pago (1.616) y obligar al censatario a que complete la garantía si disminuyese el valor de la finca acensuada en un 25 por 100, si el censo es consignativo (artículos 1.659 y 1.660 del Código civil español).

Tanto el censatario como el censalista pueden transmitir la finca o el derecho a percibir la pensión (art. 1.617 del Código civil español) y aquél puede redimir satisfaciendo de una sola vez el capital que se le entregó, si el censo es consignativo (art. 1.658 del Código civil español) y el en que se justipreció la finca, si es reservativo (art. 1.662 del Código civil español).

La extinción del censo se opera, a más de por redención, por abandono en los casos de los artículos 1.659 y 1.660 de nuestro Código civil, aplicables tanto al censo consignativo como al reservativo (art. 1.664 del Código civil español). También produce la extinción el perecimiento total de la finca acensuada; siendo distintos los efectos, si perece parcialmente o estaba asegurada o es objeto de expropiación forzosa (artículos 1.625 a 1.627 del Código civil español).

Contrato vitalicio.—Llamado en el Código civil español contrato de renta vitalicia es aquel por el que una persona se obliga a pagar una pensión o rédito anual, durante la vida de una o más personas determinadas, por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión (art. 1.802 del Código civil español).

Es este contrato aleatorio, real y unilateral, pero no es la única manera de constituir rentas, que pueden serlo por título no oneroso y a ello se refiere el art. 1.807 (1.800 del Código civil italiano), en el que se faculta al constituyente a título gratuito, para disponer que no estará sujeta la renta a embargo, por obligaciones del pensionista.

Puede servir de base a la constitución de renta, tanto de vida de la persona que da el capital, como la de un tercero o la de varias personas. Pudiendo también constituirse a favor de aquella o aquellas personas so-

§ 96.—*Fuego v Apuesta*

Brugi, *Ist.* § 65 (I. i.); Pacifici, *Ist.* V, pág. 552; Chironi, *Ist.* II, § 366; Zachariae, *Man-*
II, § 366; Aubry y Rau, *Cours.* VI, § 386; Planiol, *Traité*, II, números 2.107 y si-
guientes; Windscheid, *Pand.* III, 2, §§ 419-420 (1).

De todos los contratos, aquellos que más preponderante-
mente aleatorios se muestran, tanto, que este carácter aleatorio
es requisito indispensable de los mismos, son el juego y la
apuesta; son éstos, pues, contratos aleatorios por excelencia.

Concebidos por algún autor como un mismo contrato, am-
bos negocios son, en realidad, distintos, aunque sus diferencias
resulten a veces en la práctica apenas perceptibles: la sustancial

bre cuya vida se otorga o a favor de otra o de otras personas distintas
(artículo 1.803 del Código civil español), pero no sobre la vida de una
persona muerta a la fecha del otorgamiento o que al mismo tiempo se
halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro
de los veinte días siguientes a aquella fecha (art. 1.804 del Código civil
español). El Código italiano (art. 1.795) sólo declara nula la constituida
sobre la vida de una persona muerta.

El deudor de la renta está obligado a pagar la pensión en la medida,
tiempo y forma estipulados, pagando la renta correspondiente al año en
que muere el que la disfruta en proporción a los días que hubiese vivi-
do; mas si la pagara por plazos anticipados, deberá satisfacer el importe
total del plazo que hubiese empezado a correr (artículos 1.806 del Código
civil español y 1.799 del Código civil italiano).

El pensionista, por su parte, tiene derecho a reclamar la pensión,
pero justificando la existencia de la persona sobre cuya vida está consti-
tuída (art. 1.808 del Código civil español), no pudiendo exigir el reembol-
so del capital ni la posesión del predio enajenado por el no pago de las
pensiones vencidas, sino únicamente reclamar judicialmente el pago de
las rentas atrasadas y el aseguramiento de las futuras (art. 1.805 del Có-
digo civil español).

Se extingue este contrato por la muerte de la persona o personas so-
bre cuya vida se constituyó.

(1) Pforten, *Abhandlungen*, páginas 327 y siguientes; Wilda, *Die Wet-*
ten (Zeitschr. f. deut. Recht, VII, 1843, páginas 212 y siguientes); Krügels-
tein, *Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel un Wette*, Leipzig, 1869;
Chevalier, *Les jeux et paris devant la loi*, 1875; Sanoly, *Du jeu et du pari*,
París, 1882; Fréreyon du Saint, *deu et pari au point de vue civil penal*
et reglem., París, 1893; Manenti, *Del giuoco e della scommessa dal punto di*
vista del dir. priv. rom. e mod. (en Glück, *Pand.*, libro XI, páginas 585 y si-
guientes); Mirabelli, *Giuoco e scommessa* (en *contratti speciali*, páginas 465
y siguientes); Martini, *Il giuoco* (*Filang.*, 1915, páginas 532 y siguientes).

diversidad parece esfumarse especialmente en los casos en que los que verifican las puestas no toman parte en el juego y no influyen en modo alguno en la producción del evento que determinará la pérdida para los unos y la ganancia para los otros. También en el lenguaje común se confunden ambos conceptos al decir que *juega* quien apuesta o viceversa. El carácter distintivo lo constituye el haber o no juego, por razón o con ocasión del cual las partes se prometen recíprocamente algo con la intención de que ejecute la prestación sólo aquella que pierda.

Contrato de juego es la convención por virtud de la cual dos o más personas hacen sendas puestas (sumas de dinero u otra cosa determinada) con el compromiso de perderla en favor de aquella que venza en el juego, ya consista éste en una actividad que desenvuelvan las partes mismas que participen en el juego o en que se verifique o no un determinado evento. Juegan quienes directa y personalmente participan, por ejemplo, en la carrera, en el campeonato, en el encuentro, ya quienes asisten a tales juegos sin que puedan influir con su propia actividad en la producción del hecho que fué preestablecido como decisivo. Si bien en este último caso se afirma por muchos que se trata de una apuesta y no de juego, ello se debe a que se parte del supuesto de que sólo hay juego cuando las partes despliegan su propia actividad y pueden influir en el resultado final; pero esto no nos parece exacto, como dijimos ya.

La apuesta es, por el contrario, una convención en cuya virtud la puesta es atribuída a aquella parte cuya afirmación respecto a un hecho o cuya opinión relativamente a un asunto o materia que es objeto de discusión, resulta cierta, exacta. La prestación no es una puesta hecha en el juego, y sí una pena para quien se equivoque.

Ahora bien, es un problema difícil el que se plantea al legislador relativo a la posición o actitud que la ley debe adoptar en orden al juego y a la apuesta, teniendo en cuenta los peligros a que expone el abuso de los mismos. Si los perjuicios que el juego produce por fomentar el ocio y los vicios y por provocar la dilapidación de patrimonios inclinarían a un criterio prohibi-

tivo y punible del juego, no hay que olvidar que el juego contenido en límites modestos, usado modestamente con el fin de procurarse agradable entretenimiento, por no tener nada de ilícito o antijurídico, no debe ser castigado, si bien tampoco debe ser protegido por no entrañar un interés que sea digno de tutela jurídica. Pero además de juegos nocivos e ino cuos, hay también juegos que son socialmente útiles porque favorecen el desarrollo físico de los hombres, afinan sus facultades intelectuales y contribuyen al incremento de la industria y del comercio; frente a esta especie de juegos, la actitud del legislador no deber ser prohibicionista, sino más bien protectora.

La solución que a tal problema ha dado la legislación italiana, se basa en la distinción apuntada. Hay algunos juegos que por lo casual de su resultado y por el mayor peligro de abuso que ofrecen, deben ser prohibidos; tales son los juegos de azar, castigados por la ley penal (Código penal, artículos 484-487), los cuales no pueden ser ni siquiera indirectamente protegidos por la ley civil.

Todos los demás son lícitos; pero éstos, a su vez, se agrupan en dos categorías: o se trata de juegos que tienen una utilidad social en cuanto que contribuyen al desarrollo del cuerpo, como los que adiestran en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros, el juego de pelota o el de foot-ball, etcétera; a éstos (pero sólo a ellos y no a los que consisten en determinadas habilidades intelectuales) otorga la ley civil un reconocimiento pleno porque atribuye al vencedor de ellos una acción para obtener que el que pierde realice la prestación a que viene obligado (art. 1.803, párr. 1.º); o se trata de otros juegos que son socialmente útiles, pero que no favorecen el desarrollo del cuerpo, o que son socialmente inútiles; la ley les dispensa una protección atenuada, privando al vencedor de toda acción y abandonando a la honradez del que pierde el pagar o no la puesta perdida (art. 1.802); si voluntariamente la paga (1),

(1) ¿Constituye pago voluntario que impide la repetición el depósito previo de la puesta confiado por los jugadores a un tercero con el encargo de entregarla al vencedor? ¿Puede quien pierde prohibir al tercero

ya no puede ser repetida, a no ser que hubiere habido fraude o dolo imputables al vencedor y siempre que la persona que pierde no sea menor de edad, interdicto o inhabilitado (art. 1.804).

De este modo—y prescindiendo de los juegos prohibidos y castigados por la ley penal—el principio adoptado por el Derecho italiano es el de que (si es cierto que los juegos que contribuyen al desarrollo del cuerpo son solamente una parte de todos los juegos posibles) del juego no nace, por regla general, acción alguna; lo que significa que el juego no genera una relación contractual, sino una obligación natural que no puede hacerse valer más que por vía indirecta mediante la *soluti retentio*. El contrato nace excepcionalmente del juego cuando se trata de los juegos enumerados en el art. 1.803, porque solamente en orden a los mismos puede haber un deudor realmente obligado al pago.

Sin embargo, incluso en orden a los juegos que originan acción, la ley ha puesto límites a la facultad de perseguir en juicio: cuando la suma comprometida en la puesta sea excesiva, la autoridad judicial puede rechazar la demanda (art. 1.803, párrafo 1.º), y privando de este modo al deudor de toda acción—ya que la facultad de rechazar no implica la de reducir la cuantía de la puesta—, castigar el abuso que se haga del juego con fines de lucro desmedido.

Lo que se ha dicho del juego debe repetirse de la apuesta, que la ley equipara a aquél; la ley declara también nula la apuesta cuando se estime excesiva la suma o la cosa prometida.

A más de los juegos a que se refiere el art. 1.803, se admiten en nuestra legislación, provistos de la acción correspondiente, los de lotería y tómbola, autorizados por el Estado, los contratos diferenciales en Bolsa, regulados por normas especiales y singularmente por el texto único de 19 de Marzo de 1908, número 152, sobre la lotería, por la ley de 20 de Marzo de 1913, número 272, sobre ordenación de las Bolsas de Comercio y co-

que pague al vencedor? ¿Tiene éste acción contra el tercero para obligarle a entregarle la puesta? Cuestiones todas interesantes y muy discutidas. Brugi, *Deposito anticipato di porta di giuoco* (*Riv. dir. comm.* 1916, II, página 592). De Ruggiero, *Pagamento di debita de giuoco e deposito preventivo della posta* (*ib.*, 1917, I, pág. 524).

respondiente Reglamento de 4 de Agosto de 1913, núm. 1.608, así como también por el Real decreto-ley de 14 de Mayo de 1925, núm. 601, sobre la ejecutoriedad de los contratos bursátiles a término (I).

§ 97.—*Fianza. Anticresis*

Brugi, *Ist.*, § 65 (II f.), 69; Pacifici, *Ist.*, V, pág. 632; Chironi, *Ist.*, II, §§ 312-315; Zachariae, *Man.*, II, §§ 271-274, 403-409; Aubry y Rau., *Cours*, VI, §§ 423-429, 436-439; Planiol, *Traité.*, II, números 2.323, 2.490 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 476-481.

I. *Fianza*.— El mismo fin que persiguen los derechos reales de garantía persigue la fianza: asegurar la satisfacción de un crédito contra los peligros de la insolvencia total o parcial del

(I) NOTA DEL TRADUCTOR.—Es tal la analogía entre estos dos contratos, que se dividen los tratadistas al buscar la nota diferencial.

Ruggiero impugna expresamente la teoría clásica romana que basa la distinción en la intervención de las partes en el acontecimiento que ha de determinar la ganancia o pérdida—si es activa, juego; si es pasiva, apuesta—, para defender el criterio objetivo como diferencial. Otros autores señalan la distinción en la diversidad entre las partes, que se da en la apuesta y en el juego no, o bien porque el juego se refiere a un acontecimiento futuro y la apuesta a uno pasado.

Nuestro Código civil distingue por sus efectos los juegos de envite, suerte o azar que declara sin efectos civiles, no haciendo de ellos acción para reclamar lo ganado, pero el que pierde y paga voluntariamente no puede repetir lo pagado, salvo que hubiese mediado dolo o que fuese un menor o inhabilitado para administrar sus bienes el que pagó (artículos 1.798 del Código civil español y 1.802 y 1.804 del Código civil italiano). La intervención en estos juegos prohibidos es castigada con sanción penal (artículos 743 y siguientes del Código penal).

Surten, por el contrario, efectos civiles, obligando a las partes, los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo (artículos 1.800 y 1.801 del Código civil español, y 1.803, § 1.º del Código civil italiano), pero la autoridad judicial puede no estimar la demanda cuando la cantidad que se expuso en el juego o en la apuesta sea excesiva o reducir la obligación en lo que excediese de los usos de un buen padre de familia (artículos 1.801, § 2.º del Código civil español y 1.803 del Código civil italiano que no faculta al Tribunal para reducir la obligación).

Estas disposiciones son aplicables a la apuesta, según el art. 1.759 del Código civil español.

A pesar de ser juegos de azar, se estiman legales la Lotería Nacional y las jugadas de Bolsa, no pudiendo aceptarse éstas entre las prohibiciones del Código civil si se ajustan a los términos del art. 74 del Código de Comercio (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Diciembre de 1905).

deudor. Pero mientras con la prenda y con la hipoteca el deudor o un tercero por él, vincula una cosa al acreedor, en la fianza es otra persona la que se vincula asumiendo solidariamente la obligación del deudor. Ya surja por el solo deseo de prestar un servicio, ya contra compensación, ello será indiferente a la naturaleza del contrato, que, por regla general, es gratuito; tampoco tiene importancia el que la garantía se preste con ánimo de repetir luego del deudor lo que por él haya satisfecho el garante o con el de hacerle una donación, porque esto afecta a la relación entre el deudor y el fiador y justificará la admisión o no admisión del reembolso. Lo esencial es la accesoriedad de la obligación, por lo que tal vínculo no tiene nunca existencia autónoma e independiente, sino que, como todos los derechos de garantía se halla condicionado en su existencia a la de la relación creditoria principal. El carácter subsidiario es, en cambio, un elemento simplemente natural; el garante o fiador no está obligado sino en el caso en que el acreedor no sea satisfecho en su crédito por el deudor principal; si, por el fin que persigue la garantía, es corriente que el acreedor, antes de dirigirse al fiador, haya hecho excusión en los bienes del deudor principal estérilmente, nada se opone a que el garante, renunciando al beneficio de la excusión previa, contra el deudor principal asuma el débito de éste de modo directo colocándose en la situación del deudor solidario. Se aplicará entonces a la relación las normas propias de las obligaciones solidarias, sin que por ello pierda el segundo obligado su condición de fiador; pero esta condición se da solamente entre el fiador y deudor principal, no entre el primero y el acreedor, que cuenta con dos obligados principales, no con uno solo.

Si se prescinde, por tanto, del caso excepcional de la solidaridad (la cual no se produce sino en virtud de una expresa declaración de voluntad) (art. 1.907), puede definirse la fianza de acuerdo con los preceptos del Código (el cual se fija en la figura normal), como el contrato que da vida a una obligación accesoría por el que un tercero se obliga a pagar al acreedor si el deudor principal no le paga.

Son, pues, requisitos esenciales de la misma la prestación del consentimiento y una obligación principal.

a) *Consentimiento*.—Las partes que deben prestarlo son el acreedor y el fiador: una declaración de voluntad del deudor principal es aquí tan innecesaria, cuanto que, aun ignorándola éste, la fianza se origina porque al acreedor solamente interesa asegurarse del pago del crédito y la satisfacción de este interés no puede hacerse depender de la voluntad del deudor (artículo 1.901). Ni siquiera cuando, en virtud de un vínculo preexistente, el deudor está obligado a prestar fiador, entra en función el consentimiento de aquél; para generar la obligación del fiador basta el consentimiento de éste y el del acreedor.

Afecta a cuestión distinta, o sea a la relación entre el acreedor y el deudor, el que este último esté obligado a reforzar la propia obligación con las obligaciones de los fiadores. Precisamente, teniendo en cuenta este caso, la ley y la doctrina distinguen una fianza *convencional* de la *legal* y de la *judicial*, según que incumba al deudor la obligación de prestar fiadores y tal obligación haya sido asumida por él, en virtud de convención, o le sea coactivamente impuesta, en virtud de la ley o de sentencia (artículos 1.904, 1.921) (1). Frente a estas tres especies de fianza se dan otras en que ésta es ofrecida espontáneamente por el deudor y hasta asumida, ignorándolo éste, por el propio fiador. Pero siempre será cierto que la garantía surge en virtud del consentimiento libre del garante, y que las normas que la regulan sean siempre las mismas, cualquiera que sea su especie, salvo las diversidades concernientes a la fianza constituida, en virtud de precedente obligación convencional legal o judicial (2).

(1) Casos de fianza debida en virtud de precepto legal son: los de los artículos 26, 292, 497, 525, 855, 955, 1.469, 1.510, 2.245 del Código civil.

(2) Constituye un caso especial de fianza el que puede darse en el mandato de crédito cuando uno confiere a otro el mandante de abrir crédito a un tercero asumiendo el mandante la responsabilidad (*Kreditgarantiegeschäft*): el mandante se constituye en fiador del mandatario. La relación está expresamente prevista en el Código civil alemán (§ 778) y en el Código civil suizo de las Obligaciones (artículos 408-411); pero no está prevista en nuestro Código. Especiales dificultades surgen para la cons-

Ahora bien, el consentimiento del fiador no es eficaz si no se manifiesta expresamente; aunque la ley no prescriba forma ni solemnidad alguna, se requiere, sin embargo, una manifestación explícita de voluntad en quien se obliga por otro, sin que pueda presumirse nunca la fianza (art. 1.902); es más, dado el carácter normalmente gratuito de la relación, hay que interpretar siempre restrictivamente la obligación del fiador, porque—aun estimando cubiertos los accesorios todos del débito principal cuando la fianza sea genérica e indefinida (art. 1.903)—, la garantía no puede extenderse más allá de los límites dentro de los cuales fué prestada (art. 1.902). De otro modo, se abriría el portillo a innumerables pleitos, y se expondría incluso al riesgo de pagar por otro a quien se limitase a recomendar tan sólo al deudor o a dar de éste buenas referencias al acreedor, cuando éste pudiese probar que la recomendación o los informes como asunción implícita de garantía era eficaz.

Se considera capaz para prestar fianza quien tenga capacidad de obligarse, y si la fianza contiene una liberalidad, quien tenga capacidad de donar. No precisa de otros requisitos ni que posea bienes determinados o suficientes. Si a veces la ley los exige (artículos 1.904-1905), si exige en el fiador suficiencia de bienes y solvencia (para apreciar ésta se toman en cuenta los bienes susceptibles de hipoteca, no litigiosos ni sitios en lugar demasiado distante (art. 1.905), si exige que el fiador tenga su domicilio en el territorio de la jurisdicción de la corte de apelación en que la fianza deba prestarse, tales exigencias no representan una limitación a la capacidad de constituirse en fiador, sino que afectan únicamente al modo de cumplir la obligación preexistente impuesta al deudor principal (por convenio, por ley o por sentencia) de presentar un fiador; para que la obligación se cumpla, precisa que el deudor ofrezca un fiador idóneo, y tal idoneidad

trucción dogmática de la relación. Véase en orden al Derecho romano Bartolucci, *Il mandato di credito* (*Bull. Ist. dir. rom.*, XXVII, páginas 129 y siguientes, XXXVIII, páginas 191 y siguientes) y la bibliografía allí citada. Para el Derecho civil: Campogrande, *La teoria generale del mandato di credito* (*Riv. it. p. le Sc. giur.*, XVI, 1892, páginas 395 y siguientes).

existe legalmente cuando el fiador ofrezca los caracteres dichos.

b) *Obligación principal*.—Precisa la existencia de una deuda principal (o, por lo menos, que exista el vínculo que haya de generar dicha deuda) y que se trate de obligación válida (artículo 1.899, párr. 1.º). Sin embargo, en tanto la obligación nula lleva consigo la nulidad de la fianza, la obligación que sea solamente anulable (por ejemplo, por incapacidad del obligado como menor, por vicio de su consentimiento), tolera la fianza, ya que, no pudiendo el fiador oponer al acreedor las excepciones meramente personales del deudor (art. 1.927), puede la obligación personal convalidarse por obra del deudor, quedando con esto garantizada la exigencia de un débito principal afianzable (artículo 1.899, párr. 1.º).

Es esta obligación preexistente y válida la que señala los límites de contenido y validez de la fianza. Dada la accesoriedad de ésta, no puede el fiador obligarse *in aliud*, *in mains* ni *in iuriorum causam*; el Código declara que la fianza no puede exceder de lo que el deudor debe, ni prestarse en condiciones más onerosas que las de la deuda principal (art. 1.900, párrafos 1.º y 2.º). En cambio, es perfectamente lícito que el fiador se obligue *in minus*, es decir, por una parte tan sólo de la deuda o en condiciones menos onerosas (art. 1.900, párr. 1.º).

Los efectos que la fianza produce se deben considerar en la doble relación entre fiador y acreedor y entre fiador y deudor principal. Estos últimos no son, en verdad, efectos del contrato de fianza, sino más bien del pago efectuado por el fiador y de la especial relación que se dé entre el fiador y el deudor principal.

A. *Relación entre fiador y acreedor*.—Como el fiador no está obligado a pagar sino cuando no paga el deudor principal, el acreedor no puede dirigirse contra el fiador sin haber hecho previa excusión en los bienes del deudor, a no ser que hubiera habido asunción de fianza solidaria o hubiere renunciado el fiador al beneficio de excusión (art. 1.907). No se puede afirmar, sin embargo, que si no hace previa excusión contra el deudor prin-

principal, carece el acreedor de acción contra el fiador; a éste concede la ley una defensa, el llamado *beneficium excussionis*; esta defensa debe ser opuesta por el fiador al iniciarse el procedimiento (art. 1.908), indicando al acreedor los bienes del deudor y anticipando los gastos de la ejecución (art. 1.909). Excepcionalmente este beneficio no corresponde al fiador judicial (art. 1.923). Siendo varios los fiadores, si bien cada uno resulta obligado por el todo, también a cada uno se concede el beneficio de excusión, y, además, otra defensa, el *beneficium divisionis*, en cuya virtud puede cada uno de ellos pedir que el acreedor divida su acción y la reduzca a la parte de cada uno (art. 1.912). Pero con esto el acreedor no experimenta perjuicio alguno, si alguno de los fiadores resulta insolvente, porque su cuota se distribuye entre los demás. Si se presta fianza, no por el deudor principal, sino por el fiador mismo (*fideiussor fideiussoris*, art. 1.901), el fiador del fiador no resulta obligado frente al acreedor sino en el caso en que el deudor principal y todos los fiadores fuesen insolventes (art. 1.914). Intentada en los casos en que procede la acción contra el fiador, éste puede oponer al acreedor todas las defensas que corresponderían al deudor, excepto aquellas inherentes a la persona de éste (art. 1.927).

B. *Relación entre deudor y fiador.*—Cuando la fianza no tenga por móvil la intención de hacer una liberalidad, la *solutio* de la deuda hecha por el fiador produce en el patrimonio del deudor (liberado por otro de un elemento patrimonial pasivo) un enriquecimiento que debe cesar para que se restablezca el equilibrio roto. La ley otorga al fiador que ha pagado una acción de reembolso contra el deudor principal (aun cuando la fianza se prestara ignorándolo éste) para repetir el capital los intereses y los gastos (art. 1.915). Esta acción es una consecuencia de la subrogación del fiador en los derechos todos del acreedor por consecuencia del pago (artículos 1.916, 1.253, núm. 3.º); pero es una acción personal distinta de la correspondiente al acreedor y de contenido y eficacia más amplios. Sin embargo, el reembolso se extingue si el deudor principal ha pagado también al acreedor por no haber sido advertido a tiempo por el fiador, el cual podrá

accionar contra el acreedor en repetición de una suma que percibió dos veces; se extingue también si el fiador hubiere pagado sin haber sido demandado y sin advertir al deudor que tuviese medios para hacer declarar extinguida la deuda, subsistiendo también en este caso la acción para repetir contra el acreedor indebidamente satisfecho (art. 1.918).

Pero también antes del pago, el fiador puede accionar contra el deudor principal; puede exigirle que le releve de toda ulterior responsabilidad: 1), cuando sea demandado judicialmente para el pago; 2), cuando el deudor sea declarado incurso en quiebra o se halle en estado de insolvencia; 3), cuando el deudor se hubiere obligado a liberar al fiador en determinado plazo y éste ha transcurrido; 4), cuando la deuda sea exigible por haber vencido el término convenido para el pago; 5), cuando hubieren transcurrido diez años desde el día en que se constituyó la fianza, en orden a las deudas que no tengan término fijo de vencimiento, y siempre que no sean de aquellas que no pueden extinguirse antes de determinada fecha (art. 1.919).

Fin de la fianza.—La disolución del vínculo que obliga al fiador cuando se extingue la deuda principal deriva del carácter accesorio de la fianza; hay que considerar primeramente el pago efectuado por el propio deudor o por un tercero, y con el pago la *datio in solutum*, aun cuando la cosa dada al acreedor en sustitución de la prestación debida sea objeto de evicción (artículo 1.929); luego, los demás hechos que producen la extinción.

La fianza se extingue en tales casos como consecuencia de la extinción de la obligación que garantizaba; puede también, sin embargo, extinguirse la fianza por otras causas independientes de la suerte de la deuda principal. Así, si por un hecho del acreedor se hace imposible la subrogación del fiador en los derechos, hipotecas y privilegios del primero, el fiador queda liberado, aunque se hubiere obligado solidariamente (art. 1.928). Así también, si por efecto de la sucesión hereditaria se confunden en la misma persona la obligación principal y la accesoria de la fianza; pero, en tal caso, si hubiere un *fideiussor fideiussoris*, la segunda fianza subsistirá (art. 1.926). No produce la liberación del fiador

la simple prórroga del término concedida por el acreedor al deudor principal, aunque, en tal caso, se otorgue al fiador una acción para obligar al deudor al pago (artículos 1.930, 1.931).

II. *Anticresis* (1).—Especie intermedia entre los derechos reales de garantía y la garantía meramente personal es la anticresis, cuyo nombre indica simultáneamente su función propia (ἀντι κρήσις = uso en compensación) y su etimología helénica. Es el contrato en cuya virtud al acreedor de un débito fructífero es atribuída la posesión de un inmueble, y con ella la facultad de apropiarse los frutos y productos del mismo para imputarlos anualmente al pago de intereses, y el sobrante, si lo hubiere, al del capital (art. 1.891).

Que esta facultad vaya frecuentemente unida a un derecho real de garantía, no constituye una razón para reconocer en la anticresis naturaleza real; la anticresis origina un derecho meramente personal en el titular, que puede incluso no ser un acreedor pignoraticio, sin que se convierta en tal por el hecho de la posesión.

La función propia es permitir al acreedor un pronto y seguro cobro de los intereses que le son debidos mediante una especie de compensación de éstos con los frutos del inmueble (2). Mientras el Derecho romano llega a reconocer que, sin mediar pacto especial, puede el acreedor pignoraticio de cosa fructífera retener para sí los frutos en compensación de los intereses que se le deben (la llamada *anticresis tácita*) (3), el canónico se mos-

(1) Rinaldi, *Saggio sul diritto dell anticresi* (*Arch. Giur.*, XXI); Mirabelli, *Dell' anticresi*, Nápoles, 1888; Ciccaglione, *Anticresi* (en *Enc. Giur.*); Caberlotto, *Anticresi* (en *Digit.*); Abello, *Anticresi* (en *Dir. prat. di dir. briv.*); Pianetti, *Del contratto anticretico* (*Filang.*, XXII, 1897, páginas 241, 341 y siguientes).

(2) Marciano, fr. 11, § 1. D. 20 1: «*Si autikenosis facta oit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinat possessionem pignoris loco donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque.*»

(3) Paulo fr. 8. D. 20. 2: «*Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere.*»

tró hostil a tal institución, por contradecir, no solamente el principio de la gratuidad del mutuo, sino por prestarse a ocultar operaciones usurarias.

Los efectos que el contrato anticrético produce, según el Código civil, se limitan todos a las relaciones entre deudor y acreedor y sus herederos; frente a los terceros, y, sobre todo, frente a quienes adquirieron derechos reales sobre el inmueble, no produce efecto alguno (art. 1.897).

Dos obligaciones principales son impuestas al deudor, correspondientes a los dos derechos fundamentales conferidos por el contrato al acreedor anticrético: 1), conceder al acreedor la posesión del inmueble, pudiendo retenerlo hasta que sea enteramente pagado de su crédito (art. 1.893); 2), conceder al acreedor la facultad de percibir los frutos en tanto dure el derecho de posesión para ser imputados, primero, a los intereses, y, después, al capital; a los intereses, según tasa estipulada, aunque sea permitido compensar totalmente frutos por intereses, en cuyo caso serán éstos tanto más elevados cuanto mayores sean los rendimientos del inmueble (art. 1.895). También por este doble derecho resultará cubierto, análogamente a lo que ocurre con la prenda, el segundo crédito contraído posteriormente entre las mismas partes que sea exigible (artículos 1.896, 1.888). Como en la prenda, también aquí se prohíbe el pacto comisorio, correspondiendo al acreedor la sola facultad de promover la ejecución del inmueble (art. 1.894).

Al acreedor anticrético incumbe la obligación de pagar las contribuciones y cargas anuales que graviten sobre el inmueble, de proveer a su conservación y reparaciones necesarias, atendiendo a estos gastos con los frutos, y, en general, de administrar el inmueble con la diligencia de un buen padre de familia (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. - Forma de garantía que en orden al tiempo aparece antes que las reales (prenda e hipoteca) y cumple muy imperfectamente la función aseguradora que se le atribuye.

Nuestro Código civil (art. 1.822) la define diciendo que «por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero en el caso de no hacerlo éste», distinguiendo luego en su articulado las convencionales, legales y judiciales (art. 1.823), la simple y la indefinida (art. 1.827) y la en garantía de deudas presentes o de deudas futuras (art. 1.825).

I. *Elementos del contrato.*—A. *Personales.* No existe más regla especial en cuanto a capacidad de los contratantes que la contenida en el artículo 1.828 (1.904 del Código civil italiano), en la que, para el caso de que el deudor se viese obligado a presentar fiador, se exige a éste capacidad para obligarse y bienes suficientes para responder de la obligación que garantiza. B. *Reales.* Se requiere la existencia de una obligación válida o anulable por excepción puramente personal del deudor como la menor edad, con la excepción del préstamo hecho al hijo de familia (artículos 1.824 del Código civil español y 1.899 del Código civil italiano), pudiendo afianzarse deudas futuras, pero el fiador no responderá hasta que no sean líquidas (art. 1.825 del Código civil español). C. *Formales.* Únicamente se exige que la fianza sea expresa (artículos 1.827, § 1.º del Código civil español y 1.902 del Código civil italiano), siendo aplicable en lo demás el art. 1.280, § último del Código civil español.

II. *Límite de la fianza.*—No puede extenderse a más de lo convenido en ella (artículos 1.827 del Código civil español y 1.902 del Código civil italiano), ni puede pactarse para garantizar mayor cantidad o con condiciones más onerosas que la deuda (artículos 1.825 del Código civil español y 1.900 del Código civil italiano).

III. *Efectos jurídicos.*—A. *Entre fiador y acreedor.* Goza el fiador del beneficio de excusión (artículos 1.830 del Código civil español y 1.907 del Código civil italiano) que ha de oponer al acreedor al ser requerido al pago señalando bienes del deudor suficientes para cubrir las deudas realizables y situados en territorio nacional (artículos 1.832 del Código civil español y 1.908 del Código civil italiano), no respondiendo de la negligencia del acreedor en la excusión de los bienes señalados (art. 1.833 del Código civil español) Le alcanza este beneficio aunque se hubiese dictado sentencia contra ambos (art. 1.834 del Código civil español) y cesa por renuncia expresa, por haberse obligado solidariamente, por quiebra o concurso del deudor o por no poder éste ser citado dentro del reino (artículos 1.831 del Código civil español y 1.907 del Código civil italiano). Al fiador no le afecta la transacción hecha por el acreedor y el deudor como a éste tampoco le afecta la que hiciesen el fiador y el acreedor (art. 1.835 del Código civil español).

B. *Entre deudor y fiador.*—Nacen del pago de la deuda por el fiador, quien puede reclamar, aunque la fianza se haya dado ignorándolo el deudor, la cantidad de la deuda, los intereses legales, los gastos ocasionados al fiador y los daños y perjuicios cuando procedan (artículos 1.838 del Código civil español y 1.915 del Código civil italiano), quedando subrogado en los derechos que el acreedor tenía contra el deudor, pero no puede reclamar más que lo pagado si transigió (artículos 1.839 del Código civil español y 1.916 del Código civil italiano).

Limitan el derecho del fiador a reclamar, el hecho de pagar sin ponerlo en conocimiento del deudor o antes del vencimiento de la deuda si es a plazo; en este caso no puede reclamar la deuda hasta que el plazo venza (art. 1.841 del Código civil español), y en el primero hay que distinguir si pagó o no el deudor por su parte; si hubo pago carecerá el fiador de acción contra el deudor, pudiendo dirigirse contra el acreedor, y si no hubiese pagado podrá el deudor oponer al fiador todas las excepciones que contra el acreedor le correspondieran en el momento del pago (artículos 1.840 y 1.842 del Código civil español y 1.918 del Código civil italiano).

Aun antes del pago se concede al fiador en determinados casos acción contra el deudor principal para obtener la relevación de la fianza o un

garantía que le ponga al cubierto de los procedimientos del acreedor o del peligro de insolvencia del deudor (artículos 1.843 del Código civil español y 1.919 del Código civil italiano).

IV. *Cofianza*.—Determinada por la existencia simultánea de varios fiadores para garantía de una misma deuda; los cofiadores gozan además del beneficio de excusión, del de división, salvo pacto de solidaridad, cesando este beneficio por iguales causas que el de excusión (artículos 1.837 del Código civil español y 1.912 del Código civil italiano). Si el pago hubiese sido hecho por uno o varios cofiadores en virtud de demanda judicial o en caso de concurso o quiebra del deudor principal, pueden aquellos reclamar a los demás cofiadores la parte proporcional que les corresponda satisfacer, recayendo sobre todos la parte del cofiador que resultase insolvente (artículos 1.844 del Código civil español y 1.820 del Código civil italiano), pero podrán los cofiadores oponer al que pagó, las excepciones que correspondieran frente al acreedor, al deudor, y no fueran personales de éste (art. 1.845 del Código civil español).

V. *Subfianza*.—Coexistencia de varios fiadores sucesivos en una misma deuda, cada uno de los cuales garantiza el cumplimiento de la obligación del que le precede; giran del beneficio de excusión del deudor principal y del fiador o fiadores precedentes (artículos 1.836 del Código civil español y 1.914 del Código civil italiano). Si garantizaba la obligación de un fiador, responderá a los cofiadores con éste, en los mismos términos que aquél (art. 1.846 del Código civil español).

VI. *Solidaridad del fiador con el deudor principal*.—En este caso dice el Código civil español (art. 1.822, § 2.º) que se observará lo dispuesto en la sección cuarta, cap. III, tít. I, del libro IV, o sean las reglas sobre obligaciones solidarias. No obstante esta declaración, el fiador que se obliga solidariamente con el deudor principal, no se convierte en deudor solidario, ni pierde la fianza su naturaleza propia (Sentencia de 29 de Diciembre de 1898), pudiendo reclamar, el fiador con solidaridad que efectuase el pago, la totalidad de la deuda al deudor, cosa que no podría hacer si fuese simplemente un deudor solidario (art. 1.145, § 1.º del Código civil español).

VII. *Extinción de la fianza*.—Se opera: Por extinción de la deuda principal y por las mismas causas que las demás obligaciones (artículos 1.847 del Código civil español y 1.925 del Código civil italiano).

En el caso de dación en pago se extingue la fianza aunque el acreedor pierda la cosa por evicción (artículos 1.849 del Código civil español y 1.929 del Código civil italiano); también la extinguen totalmente la prórroga concedida al deudor (artículos 1.851 del Código civil español que difiere de los 1.930 y 1.931 del Código civil italiano) y cuando por algún hecho del acreedor no puedan los fiadores subrogarse en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo (artículos 1.852 del Código civil español y 1.928 del Código civil italiano). La confusión por herencia, que se verif que en la persona del deudor o del fiador no libera al subfiador (artículos 1.848 del Código civil español y 1.926 del Código civil italiano) y la liberación hecha a uno de los cofiadores aprovecha a todos hasta donde alcanza la parte del fiador a quien se ha otorgado (art. 1.850 del Código civil español).

Anticresis.—Por este contrato el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al capital de su crédito (art. 1.881 del Código civil español que difiere del 1.891 del Código civil italiano, que éste exige la transmisión de la posesión del inmueble

§ 98.—*Transacción y Compromiso*

Brugi, *Ist.*, § 65 (l. g.); Pacifici, *Ist.*, V, pág. 512; Chironi, *Ist.*, II, § 349; Zachariae, *Man.*, II, §§ 398-402; Aubry y Rau, *Cours.*, VI, §§ 418-422; Planiol, *Traité.*, II, números 2.284, 2.305; Windscheid, *Pand.*, II, 2, 413-417.

I. *Transacción* (I).—El supuesto de la transacción no es otro que la incerteza de una indeterminada relación jurídica; su objeto, el dar fin a esta incerteza. Cuando en torno a una situación jurídica reina incerteza entre las partes, ya sea porque ob-

al acreedor). Se origina en su virtud un derecho real y por tanto inscribible (art. 2.º, núm. 2.º de la ley Hipotecaria)—según opinan la mayoría de los tratadistas españoles—, que guarda analogías con los derechos de prenda e hipoteca, diferenciándose del primero en que recae sobre inmuebles y del segundo en que otorga al acreedor el derecho a percibir los frutos.

Forma rudimentaria de garantía produce los siguientes derechos para el acreedor, además del de percibir los frutos, que pueden compensarse con los intereses de la deuda (art. 1.885 del Código civil español): Un derecho de retención en el caso de segunda deuda en las mismas condiciones que en la prenda (artículos 1.886 y § 2.º del 1.866 del Código civil español y 1.896 del Código civil italiano) y otro para instar la venta del inmueble si la deuda no le fuera satisfecha, no adquiriendo por esta causa la propiedad del inmueble (artículos 1.884 del Código civil español y 1.894 del Código civil italiano). Por su parte queda obligado al pago de contribuciones y cargas y a hacer los gastos de conservación y reparación; el importe de estos pagos se deducirá de los frutos (art. 1.882 del Código civil español) y para librarse de estas obligaciones, puede obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca, no pudiendo éste readquirir el goce, en otro caso, más que pagando lo que debiere a su acreedor (art. 1.883).

A la anticresis son aplicables las disposiciones referentes a la prenda e hipoteca contenidas en los artículos 1.857, § 2.º, 1.860 y 1.861 (art. 1.886 del Código civil español).

(1) En orden al Derecho romano y al germánico: Risch, *Die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses*, Erlangen, 1855; Sturm, *Die Lehre vom Vergleich nach gem. u. preuss-Rechte*, Berlín, 1889; Oertmann, *Der Vergleich in gem. Civilrecht*, Berlín, 1885; Berlolini, *Della transazione sec il dir. rom.* Turín, 1900. Respecto al Derecho civil, fr. y al italiano Troplong, *Traité du mandat, du cautionn et des transactions*, 1841; Accarias, *Etude sur la transaction en dr. rom. et en dr. fr.* París, 1863; Bonfils, *Des transactions*, 1883; Guillouard, *Traité du cautionn et des transactions*, 1894; Mirabelli, *La transazione sec. le leggi it.* (en la colección de Fiore) 2.ª edic., 1915; Codovilla, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, segunda edic., Turín, 1915.

jetivamente la relación se presente dudosa o porque aun siendo cierta una de las partes la conteste y por esta contestación la relación se ofrezca incierta ya, precisa, para poner fin al litigio iniciado o para evitar los que en el futuro pudieran surgir, un acuerdo entre los interesados: merced a concesiones recíprocas se imprime firmeza y certidumbre a la relación cesando el litigio en curso o impidiendo los futuros. La transacción, pues, como exactamente la define el Código, es «un contrato por cuya virtud cada una de las partes dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, ponen fin a un litigio ya iniciado o previenen el que pueda surgir». Son elementos esenciales del mismo: *a*), una relación incierta, es decir, un derecho litigioso o estimado tal aunque realmente no lo sea, ya que basta el simple temor del litigio, o cuando éste hubiere comenzado, el mero temor de que el Juez lo falle desfavorablemente (1); *b*), intención en los contrayentes de sustituir la relación dudosa e incierta por otra cierta, incontestable; *c*), una recíproca concesión de las partes de modo que cada una de éstas dando, prometiendo o reteniendo algo sufran un sacrificio. Este último elemento es el que imprime a la transacción el carácter de contrato bilateral y el que la distingue de la renuncia, de la donación o de otros negocios que implican también abandono de una pretensión jurídica (2); una transacción sin concesiones recíprocas no es concebible (3), pero tales con-

(1) Ulpiano, fr. 1 D. 2. 15: *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit*; l. 2 c. 2. 4. *Cum te proponas... transegisse... etsi nulla fuisset quaestio hereditatis, tamen propter honorem litis transacione interposita*. Consúltese Carnelutti, *Sulla causa della transazione* (*Riv. dir. Comm.*, 1914, II, páginas 573 y siguientes, y en *Studi di dir. civ.*, páginas 491 y siguientes); Foá, *Della causa nel contratto di transazione* (*Mon. trib.*, 1912, pág. 441); Finocchiaro, *La transazione e la causa* (*Dir. Comm.*, 1916, II, páginas 987 y siguientes).

(2) La diferencia entre transigir y donar es puesta frecuentemente de relieve en los textos romanos, nótese también la importancia que se otorga al requisito de la incerteza en el cit. fr. 1 D. 2. 15: *Qui transigit... qui vero paciscitur donativis causa rem certam et indubitatum liberalitate remittit*.

(3) Véase l. 38 C. 2. 4: *Transuctio nullo dato vel retento sen promisso minime procedit*.

cesiones no han de ser forzosamente equivalentes, tanto que en caso de ser desproporcionadas no es admisible la acción de rescisión por lesión art. 1.772, párr. 1.º).

El carácter especial que ofrece el negocio que nos ocupa y la decisiva importancia que tiene en orden a las relaciones jurídicas, exigían el que la ley determinase de modo más riguroso las condiciones de capacidad en las partes y de idoneidad en el objeto y el que prescribiera la observancia de una forma externa. Precisamente porque este acto tiende a poner fin a un estado de incerteza, se requiere que la transacción se haga en forma escrita (art. 1.314, núm. 7). Es necesaria, pero insuficiente, la mera capacidad de obligarse, si transigir significa abandono de una pretensión en favor de la otra parte, esto es, realizar un acto dispositivo o de enajenación, es requisito indispensable la facultad de disponer de los objetos que se comprenden en la transacción (art. 1.765). Precisa también un consentimiento válido, es decir, que no esté viciado por dolo, violencia o error en la persona o sobre el objeto de la controversia (art. 1.773). Un error de derecho no influye para nada; dado el carácter controvertido (objetiva o subjetivamente, que esto no importa) de la relación jurídica, y dada también la finalidad de la transacción, el error de derecho en una de las partes no puede ser nunca causa o motivo de impugnación (art. 1.772, párr. 1.º). Es, pues, el error de hecho el que vicia el consentimiento, y solamente el error en la persona o sobre el objeto. Por tanto, puede ser objeto de impugnación la transacción hecha para ejecución de un título nulo cuya nulidad ignorasen las partes, a no ser que la transacción recayere sobre la nulidad misma (art. 1.774); puede serlo también la hecha sobre documentos que más tarde se reconocen falsos (art. 1.775); lo es igualmente la que recaiga en un litigio que hubiere sido fallado mediante sentencia firme (artículo 1.776); lo es, finalmente, la que afecta a un objeto determinado cuando resulte probado, en virtud de documentos descubiertos posteriormente, que una de las partes no tenía derecho alguno sobre dicho objeto (art. 1.777, párr. 1.º).

Pero también se establecen límites en cuanto al objeto. No

todos los derechos son materia idónea de transacción, porque no de todos se puede disponer libremente. De una parte, se sustraen los derechos no comerciables; de otra, los no enajenables ni renunciables o que afectan en cierto modo al orden público; no puede, pues, transigirse sobre cuestiones de estado, sobre relaciones familiares, sobre herencia de una persona viva, pero nada se opone a que se transija, por ejemplo, sobre derechos de crédito que deriven de relaciones familiares, sobre la acción civil que nace de un delito (art. 1.776).

Los efectos que la transacción produce entre las partes son los mismos que produce una sentencia firme; precisamente la ley equipara aquélla a una sentencia irrevocable y le atribuye la misma autoridad que a ésta (art. 1.772). Pero dicha equiparación no puede interpretarse como una identificación, ya que la sentencia firme produce algunos efectos que no produce la transacción; la equiparación responde a las semejanzas existentes entre una y otra, ya que ambas ponen fin siempre a una controversia que no podrá ya resurgir. Ahora bien, a semejanza de la sentencia, la transacción obliga a las partes contrayentes y otorga una excepción contra aquella parte que intente controvertir de nuevo el punto resuelto ya.

Pero la eficacia de la transacción no se extiende más que a las cuestiones que sean objeto expreso de la misma. El que las partes hayan o no manifestado con estas o las otras expresiones su intención, poco importa, con tal que resulte clara su voluntad de transigir sobre tales y tales puntos (art. 1.769). El extender la eficacia de la transacción más allá de su objeto, no respondería a la función que debe cumplir esta institución; por eso la ley prescribe que la renuncia hecha en términos generales (a todos los derechos y acciones) comprenderá tan sólo lo relativo a las controversias que hayan dado origen a la transacción (artículo 1.768).

A estos límites objetivos se añaden otros subjetivos; la transacción, como quiera que solamente obliga a las partes contratantes, a ellas solamente les afecta, sin que genere excepciones oponibles a los terceros ni aun en las mismas relaciones entre

las partes cuando éstas no actúan con carácter o calidad idénticos.

Por tanto, si se hace por uno de los interesados en la controversia, no obliga a los demás ni puede ser opuesta por ellos (artículo 1.771). Si la hace alguno con relación a un derecho propio y luego adquiere un derecho semejante de otra persona, la transacción en cuanto al primero no afecta al derecho posteriormente adquirido (art. 1.778).

Cada uno de los contrayentes debe prestar aquello a que se obligó, y si se estipuló una pena a quien no cumple la obligación, se deberá también dicha pena como compensación debida por los perjuicios causados por la mora y el moroso deberá además cumplir la prestación principal (art. 1.767). Pero como la transacción es un contrato bilateral le es aplicable la condición resolutoria tácita (art. 1.165); así, que si una parte no cumple la otra puede pedir la resolución.

II. *Compromiso* (1).—La convención por cuya virtud las partes entre las cuales surge o pueda surgir una controversia se conciertan para confiar su decisión al juicio de uno o más árbitros se llama compromiso. La naturaleza jurídica de éste es: contrato cuyo objeto es dirimir una controversia sustituyendo los órganos jurisdiccionales del Estado por un Juez privado, que puede ser un árbitro singular o un colegio arbitral con tal que éste se integre de un número impar de miembros (Código de procedimiento civil, art. 8.º). Porque el Estado, a quien corresponde exclusivamente como atributo de soberanía el organizar la defensa del derecho y el ejercer mediante órganos propios la función jurisdiccional, consiente a los particulares el que éstos sustituyan un Juez público por otro privado, se explica si se atiende a las ventajas que ofrece una institución tendente a re-

(1) Además del tratada citado antes, de Codovilla, véase Amar, *Dei giudici arbitrari*, Turín, 1899; Lessona, *Arbitramento* (en *Enc. giur.*); Galante, *Sentenze arbitrari* (en *Dig. it.*); *Natura ed efficacia della sentenze degli arbitri* en *Studi per Fadda*. VI, páginas 109 y siguientes); Cagli, *Arbitri e arbitrato* (en *Dir. prat. di dir. priv.*); Cognetti De Martiis, *Il Compromesso*, Turín 1908; Fedozzi, *L'arbitrato nel dir. proc. civ.*, Palermo, 1908; Cavasola, *L'elemento formale nel compromesso*, Pisa, 1905.

solver de modo más rápido y con formas más sencillas un litigio; por respeto a la libre voluntad de las partes, se permite que éstas elijan para dirimir un Juez privado, sin que esto implique, sin embargo, abdicación por el Estado de un atributo de su soberanía ni invasión de los particulares en la esfera de atribuciones propia de aquél. Hasta dónde lleguen tales ventajas es cuestión distinta; la práctica diaria muestra cómo el recurrir al arbitraje es frecuentemente origen de controversias complejas y largas (1).

Hay cierta afinidad entre la transacción y el compromiso en cuanto que ambos negocios tienen de común el objeto que es poner fin a una controversia. Pero el objeto específico es profundamente diverso, porque mientras con la transacción se trunca un pleito o se impide que éste surja, mediante el compromiso no se evita el litigio, sino que tan sólo se sustituye la jurisdicción ordinaria por una jurisdicción especial y excepcional. Es, pues, excesiva la identificación de que hacen objeto a ambas instituciones algunos autores, que llegan a llamar al compromiso transacción impropia; cierto que algunas reglas de la transacción son comunes al compromiso, como aquellas que se refieren a la capacidad de las personas y a las limitaciones objetivas, pero la identidad no es absoluta. Aún menos estrecha es la afinidad existente entre el compromiso y la institución procesal de la conciliación, a pesar de que el legislador haya agrupado ambas instituciones en un título preliminar único del Código de procedimiento civil, estimándolas como dos medios preventivos de la contestación judicial. El que se refiera o no la resolución del conflicto a la jurisdicción ordinaria importa poco, ya que la resolución arbitral supone un verdadero y propio juicio e implica que el Estado atribuye al árbitro una propia y verdadera potestad jurisdiccional. Más analogía ofrecen la conciliación y la transacción, puesto

(1) Uno de nuestros más grandes procesalistas, Mortara (*Comm. C. pr. civ.*, III, páginas 36 y siguientes), se ha mostrado constantemente adverso al juicio arbitral, cuyos muchos inconvenientes e inutilidad práctica ha evidenciado; confirma esta opinión la escasa aplicación que este juicio recibe en Italia.

que ambas miran a prevenir el litigio, aunque por modos y con procedimientos diversos; mientras en el de transigir hay siempre una concesión recíproca, la conciliación puede traducirse en la renuncia íntegra que una parte haga de sus pretensiones o en el reconocimiento pleno de la pretensión contraria sin sacrificio alguno o deber de compensación en ésta.

La capacidad requerida para comprometer es la exigida para transigir; precisa, pues, que cada uno pueda libremente disponer de la cosa o del derecho sobre que recae la controversia, y por esto se requiere, en orden a las personas que carecen de tal libertad de disposición, la intervención de sus representantes y la aprobación del compromiso por los medios establecidos para la transacción.

En cuanto a los límites objetivos, puede adoptarse la misma fórmula empleada para la transacción; a ésta se refiere precisamente el Código de procedimiento civil (art. 8.º), para determinar los límites objetivos del compromiso, y declara que no se pueden comprometer las cuestiones de estado, de separación de cónyuges y las demás que no pueden ser objeto de transacción. Todas estas materias quedan sustraídas al juicio arbitral; los árbitros carecen de facultades jurisdiccionales en orden a las mismas, reservadas como están por el legislador exclusivamente a un Juez público. Por tanto, si ocurre que una de estas cuestiones se suscita en el juicio arbitral o surge cualquiera otro incidente relativo a un hecho que puede originar una acción criminal, los árbitros deberán remitir a las partes a presencia de la autoridad judicial y suspender toda decisión hasta que dicha autoridad dicte sentencia firme (Código de procedimiento civil, art. 19).

Finalmente, para que la nueva relación procesal que se establece entre las partes y entre éstas y los árbitros tenga absoluta certeza, la ley exige (como para la transacción) documento escrito, ya en lo referente al compromiso propiamente dicho, ya en lo concerniente a la aceptación de los árbitros (artículos 11 y 13); tal forma, que puede ser documento público o privado, es aquí impuesta con conminatoria de nulidad, al menos por lo que se refiere al compromiso, el cual deberá contener el nombre de las

partes, el de los árbitros y la determinación precisa de la controversia que se sometè a decisión arbitral.

Del compromiso y de su aceptación por los árbitros surge una doble relación con las obligaciones consiguientes. Una que liga a las partes y que es meramente convencional y privada; en virtud de esta relación, cada uno de los contrayentes se obliga, con relación al otro u otros, a supeditar la controversia a la jurisdicción arbitral, de donde deriva la excepción recíproca de incompetencia del fuero ordinario cuando una de las partes, violando la convención, intentase apelar al Magistrado para que resolviera el litigio; la otra relación se establece entre las partes y los árbitros y es de naturaleza privada y procesal al propio tiempo; los árbitros al aceptar contraen la obligación de resolver el litigio y vienen obligados para con las partes como mandatarios, pues mandato les fué conferido por los contrayentes.

Distinta del compromiso es la *clausula compromisoria*. Mientras aquél es una convención que se estipula por causa de una controversia ya surgida que faculta sin más a los árbitros para dirimirla (salvo el requisito de la aceptación), la cláusula es una convención preliminar (frecuentemente un pacto agregado a un contrato) (1), mediante la cual las partes, en previsión de futuras diferencias, se obligan a someter a la decisión arbitral todas o algunas de aquéllas (Código de procedimiento civil, art. 12). Lo que tiene de peculiar la cláusula es que en ella las controversias, como eventuales y futuras, son indeterminadas; constituye propiamente un acto preparatorio del compromiso; pero esto no obstante la relación jurídica, de la que pueden surgir las diferencias, debe ser determinada, sin que valga una cláusula muy general que tienda a sustraer a los Tribunales ordinarios todas las

(1) La cláusula arbitral se halla a veces contenida en los testamentos, pero se discute su validez. En general se cree que es ineficaz, ya que el testador no puede vincular la voluntad de los herederos obligándoles en caso de controversia a renunciar a la garantía de la jurisdicción ordinaria (Mortara, *Comm. C. pr. civ.*, III, pág. 104, n. 89). Algunos la estiman eficaz, como, por ejemplo, Cugusi, *La clausola arbitrale nel testamento* (Telang, 1905, páginas 422, 514 y siguientes); Cogliolo, *La clausola arbitrale nel testamenti* (*Scritti di dir. priv.*, II, páginas 275 y siguientes).

controversias que pudieran surgir entre dos personas como consecuencia de una relación jurídica existente entre las mismas.

Todo lo relativo al modo de designar los árbitros el procedimiento de juzgar, el valor del laudo que emiten, los vínculos que tal laudo produce, son cuestiones que corresponden al derecho procesal (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—I. *Transacción*.—Copia nuestro Código civil la definición del italiano en su art. 1.809, diciendo, como éste textualmente, que la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado.

No hay precepto especial que regule la capacidad para otorgar este contrato; pero el Código señala las incapacidades que confirman el principio de que transigir es enajenar, por más que la transacción es tenida generalmente como acto meramente declarativo. Las incapacidades alcanzan: a los padres respecto de los bienes y derecho de los hijos bajo su potestad, sin obtener aprobación judicial, cuando el valor de aquéllos exceda de 2.000 pesetas (art. 1.810, § 2.º). El tutor, respecto de los derechos de la persona bajo su guarda sin autorización del Consejo de familia pedida por escrito. El Consejo puede oír el dictamen de los Letrados (artículo 1.860, § 1.º); el marido y la mujer respecto de bienes y derechos dotales, sino en los casos y con las formalidades para enajenarlos u obligarlos (art. 1.811); las corporaciones que tengan personalidad jurídica sin los requisitos y en la forma exigida para enajenar bienes (art. 1.812); el menor emancipado sin la asistencia del padre, madre o tutor (art. 1.713). El objeto de la transacción está limitado por el precepto del art. 1.814, que prohíbe transigir sobre el estado civil, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros, siendo admisible la transacción sobre la acción civil procedente del delito (art. 1.813). Pero en ningún caso podrá extenderse a otros objetos que a los expresados determinadamente en ella o que por inducción de las palabras resulten comprendidos, entendiéndose la renuncia general de derechos como la de los referentes a la disputa en la que recayó transacción (art. 1.815).

Tiene la transacción la autoridad de cosa juzgada entre las partes, pero la vía de apremio no procede sino en la transacción judicial (artículo 1.816).

Es nula la transacción en que intervenga error, dolo o violencia o falsedad de documentos, pero no podrá una parte oponer el error de hecho a la otra, siempre que ésta se haya apartado, por la transacción de un pleito comenzado (art. 1.817). No determina la nulidad ni la rescisión la aparición de nuevos documentos si no ha habido mala fe, y puede rescindirse si alguna de las partes ignorase la existencia de una sentencia firme recaída en el asunto de que se apartó por transacción. No produce igual efecto la sentencia revocable que no es causa para atacar la transacción (artículos 1.818 y 1.819).

II. *Compromiso*.—Las normas del Código civil sobre compromisos se reducen a declarar que las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas (art. 1.820), y que es aplicable a los compromisos las reglas respecto a transacción, rigiendo en las demás la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.821).

Esta ley admite dos modalidades (artículos 190 y 827, ley de Enjuiciamiento civil), según los compromisarios sean Letrados y fallen según derecho (árbitros), o legos, y fallen según su leal saber y entender (amigables componedores). Su número ha de ser impar, no mayor de cinco, uno al menos nombrado de acuerdo por las partes (art. 975, ley de Enjuiciamiento civil). El compromiso ha de constar en escritura pública (artículo 793, ley de Enjuiciamiento civil) que debe reunir determinados requisitos, tanto si es de arbitraje (art. 793, ley de Enjuiciamiento civil) como de amigable compromiso (art. 828, ley de Enjuiciamiento civil), y a continuación debe contener la aceptación de los árbitros o amigables componedores (art. 794, ley de Enjuiciamiento civil), desde cuyo momento quedan éstos obligados a cumplir un deber que voluntariamente aceptaron (art. 796, ley de Enjuiciamiento civil).

Cesa el compromiso por voluntad unánime de los que lo contrajeron y por transcurso del tiempo fijado en la escritura, o su prórroga sin dictar sentencia (art. 800, ley de Enjuiciamiento civil).