

EL CONTRATO GANADERO DE REPOSICION SU NATURALEZA JURIDICA

Por

EL DR. DON JOSE ANTONIO INFANTES FLORIDO

Presbítero

(SEGUNDA PARTE)

S U M A R I O :

Capítulo VII. E) *El contrato de reposición y la aparcería*: a) Aparcería. b) Aparcería. Su naturaleza jurídica. c) Aparcería y arrendamiento. d) Aparcería y sociedad. 1.º Triple comunidad. 2.º Sociedad particular. CONCLUSIONES. Capítulo VIII. PROBLEMAS VARIOS: A) *Mujer casada*. 1.º El ganado. 2.º Finca rústica. B) *Marido*. C) *Menores no emancipados*. D) *Mandatarios*. E) *Concurtido y quebrado*. F) *Usufructuario*. G) *Cosa común*. H) *Titulares con propiedad revocable*. I) *Personas eclesiásticas*. J) *Sobre el aviso*. K) *¿Responde también del daño que causen los animales confiados?* El daño. L) *Sobre el derecho de disponer del ganado*. M) *¿Quién debe conservar el ganado?* N) *¿Debe el dueño mantener en la posesión al reponente?* 1.º Actos propios. 2.º Actos de un tercero. a) De hecho. b) De derecho. O) *Garantía por gravámenes y vicios ocultos*. a) Gravamen oculto. b) Vicios de los animales.

CAPÍTULO VII

E) EL CONTRATO DE REPOSICIÓN Y LA APARCERÍA.

Nadie discutirá si puede incluirse el contrato de "reposición a medias" bajo el epígrafe de aparcería pecuaria, pero a alguien le puede parecer extraño buscar relaciones entre la aparcería y la "reposición" con precio en metálico. Sin embargo, es de interés ahondar un poco en los caracteres de ambos hasta ver la posible intimidad que guardan entre sí.

Dejamos fuera el contrato de reposición a medias, primero, porque, descubriendo un parentesco más o menos próximo entre la aparcería y la reposición con precio en metálico, lógicamente se confirmará, *a fortiori*, que la reposición a medias es un tipo indudable de aparcería; segundo, porque no es otra cosa que una variedad del contrato de reposición por precio, figura central de esta forma de contrato.

a) *Aparcería.*

Al tratar de la aparcería conviene recordar la frecuente incertidumbre en la terminología, la variedad y confusión de modalidades consuetudinarias que presenta la falta de un tipo legal de este contrato que albergue todas las posibles combinaciones que pueden surgir, y otros muchos inconvenientes que proceden ya del campo jurídico, ya del económico.

Nuestro Código, como sabemos, reduce el complejo tratado de la aparcería, tanto agraria como pecuaria, al artículo 1.579, tan conocido por los juristas como criticado. Dentro de su contenido presenta la aparcería pecuaria bajo el tipo de "ganados de cría", la cual ni es única ni la más representativa.

La Ley de 15 de marzo de 1935, en su artículo 43, determina que, "por el contrato de aparcería, el titular o titulares de una finca rústica ceden temporalmente... el uso o disfrute de aquélla o de alguno de sus aprovechamientos, conviniendo en repartirse los productos por partes alicuotas equitativamente, en relación a sus respectivas aportaciones". No se puede olvidar este carácter del reparto entre sí de los frutos o productos obtenidos por la colaboración de ambos. Claro está que unas veces el cedente señala para sí una intervención directa y efectiva en la explotación agropecuaria y otras veces se abstiene en absoluto de cualquier intromisión. A pesar de esto, siempre seguirá siendo aparcería, ya que dice el Tribunal Supremo que el concepto jurídico de aparcería no quiebra porque el cedente se abstenga de intervenir en la explotación ni aporte otra cosa que la tierra, siempre que su participación en los productos consista en una parte alicuota de los obtenidos, esto es, que revista el carácter aleatorio propio de tales contratos (Sent. de 19 de febrero de 1946). Doctrina ésta común a la aparcería pecuaria.

Es el mismo elemento que considera ESCRICHE (1) como esencial para calificar a un contrato de aparcería. La parte que el cedente reciba —dice— no ha de ser “una parte alicuota que consiste en cierta medida determinada, como diez fanegas o arrobas, sino por una parte alicuota, como la mitad, la tercera o la cuarta parte”. Escogeremos, lógicamente, como tipo de comparación, a la aparcería pecuaria.

En ésta, como sabemos, hay cesión de un ganado para que el aparcerero lo guarde, lo alimente y cuide, como expresa detalladamente el Código francés, artículo 1.800, y el Código antiguo italiano, artículo 1.665, ya derogado. Asimismo, repitiendo palabra por palabra, vemos que sucede en el contrato de reposición. Ahora bien, añaden tales Códigos, “en las condiciones que entre ellos (las partes) se convengan”.

Con esto último, lejos de conseguir una especificación, llevan, por el contrario, a una destrucción de la pretendida unidad que desearan de antemano. No han sido capaces de lograr una definición genérica a la cual se ajustasen todos los tipos que han brotado en la libertad de contratación según las necesidades económicas de cada momento.

Por tanto, los contratos parciarios constituyen una pluralidad de tipos heterogéneos en los que aparece como nota común la cuota (parte alicuota) que a cada una de las partes corresponde en los frutos, o productos, o aumento de valor obtenidos. Se reducen los elementos necesarios de la aparcería a estos generales: cesión de algún bien para la explotación (ganado en nuestro caso) a cambio de repartirse entre sí el producto obtenido, bajo la asignación de una parte alicuota para cada uno.

Hay que advertir que en la aparcería no es de rigor que haya productos o frutos, consecuencia de una explotación económica cualquiera; es suficiente que exista, como resultado de la actividad de una de las partes, un aumento de valor de los bienes entregados. Así, es un tipo de aparcería el contrato conocido con el nombre de “aparcería de ganados susceptible de granjería” (2), según la memoria de LA FUENTE PERTEGAZ.

Consiste este contrato en lo siguiente: “El dueño de reses susceptibles de tráfico, previa estimación de las mismas, las entrega

(1) *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, 1874, tomo I, pág. 567.

(2) CASTÁN: *Notarias*. Madrid, 1941, tomo III, pág. 291.

a otra persona, quien se obliga a su alimentación, pastoreo, cuidado necesario, con asistencia veterinaria y provisión farmacéutica, y después a venderlas en el tiempo y lugar convenidos, para con el precio obtenido reintegrarse primeramente el dueño de las reses del valor en que fueron estimadas al iniciarse el contrato y el sobrante repartirlo entre ambos socios en la proporción estipulada, que suele ser por mitad cada uno.”

Así, pues, aquí no se habla de aprovechamiento alguno ni reparto de crías; sólo se pretende lograr una diferencia de valor, que no será otra cosa muchas veces sino consecuencia del aumento de peso, según el cuidado y alimentación del ganado, uniéndosele también las fluctuaciones de precio en el mercado. Es decir, que siempre que se trate de un reparto futuro, aunque sólo sea de un valor determinado según la oferta y la demanda posterior, estamos tocando los límites de la aparcería, entendida en un concepto amplio. Ya podemos imaginarnos la importancia que tiene lo expuesto para el contrato de reposición.

Nos interesa añadir que actualmente ha recogido el Código civil italiano vigente, como concepto de acrecimiento en los negocios parciarios, el mayor valor. Así el artículo 2.170 de dicho cuerpo legal dice: “El acrecimiento consiste tanto en las partes sobrevenidas cuanto en el mayor valor intrínseco que el ganado tenga al terminar el contrato.” A este aumento de valor del ganado el Código lo llama “mayor valor intrínseco” (es decir, los terneros que se convierten en bueyes, los corderos que se hacen ovejas), expresión que puede resultar poco exacta, pero que, sin embargo, vale para expresar lo que quiere decir, o sea que se debe mirar al ganado en sí, independientemente del valor que pueda tener en el mercado (3).

Este acrecimiento especial o aumento de valor del ganado, precisamente porque es el resultado de cosa y energía que se hace substancia con el propio ganado, impone ciertas características al elemento parciario, o sea a la participación real según las cuotas que tiene cada parte. De aquí que, como observa CARRARA (4), ese acrecimiento o mayor valor, aun siendo una sola cosa con el ganado, puede considerarse como parte distinta bajo

(3) G. CARRARA: *I Contratti Agrari*. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino, 1952, págs. 616-617.

(4) *Ob. cit.*, pág. 617.

ficción para el momento en que pueda ser separada y ciertamente como cosa futura, porque el crecimiento no podrá nunca ser separado realmente de la cosa de la que forma parte. Por eso, sigue el citado profesor CARRARA, “se podría considerar el crecimiento como cosa futura, convirtiéndolo de hecho físico en valor económico, con referencia a la época en la cual el animal será vendido”, y, por tanto, separando el crecimiento (como mayor valor intrínseco) del precio obtenido en la venta.

No cabe duda que supone dificultades el repartir un aumento de valor que acompaña y sigue de modo inseparable a la cosa o cosas supervaloradas. Dice CARRARA (5): “Es cierto que el animal entregado en aparcería (lo mismo que dado a reposición) es de propiedad del cedente y la estimación previa a la entrega no transmite la propiedad al aparcerero, pero es también cierto, sin embargo, que la estimación establece un dato cierto, y éste es el valor (intrínseco) del animal al iniciarse el contrato.” Por eso es preferible, según CARRARA (6), aplicar la regla contenida en el artículo 939 del Código civil italiano, esto es, de la propiedad común, en proporción al valor de la cosa (unida de modo inseparable) correspondiente a cada uno. Ese crecimiento, que sobreviene común entre *soccidante* y *soccidario*, resulta de los siguientes coeficientes: 1.º, el valor inicial (según estimación); 2.º, el valor sobrevenido según la estimación que debe hacerse también; 3.º, la proporción de repartimiento, es decir, la cuota parte de cada uno.

Como vemos, se ha constituido un estado de comunidad a favor de las partes, en la proporción previamente establecida. Lógicamente que tiene que llegar la división, siendo el modo de obtener ésta distinto según la naturaleza de la cosa sobre que recae, pues no es lo mismo cuando lo aumentado son cabezas de ganado, leche, que las arrobas de peso, etc., y además depende del sistema utilizado para practicar esa división, o sea *in natura* o en dinero, previa venta. Para el caso de aumento de peso la manera indicada es la división del capital que representa, una vez valorado o estimado.

En el contrato de reposición, preguntamos: ¿Sucede algo parecido? ¿No parece que repugna hablar de aparcería donde el cedente del ganado se compromete a pagar un precio en metálico

(5) Ob. cit., pág. 609.

(6) Ob. cit., pág. 617.

al reponente (presunto aparcerero) a cambio del aumento de peso obtenido? ¿Hay reparto de aumento de valor y en qué parte alícuota? Sin embargo, vamos a intentar ver al contrato de reposición como una posible aparcería. Para ello tenemos que atacar de frente al precio en metálico y descubrir que es una aplicación más o menos perfecta de la participación alícuota que corresponde a cada parte.

Tenemos en contra la doctrina sostenida por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Sevilla, en la sentencia de 28 de junio de 1954, calificando la naturaleza jurídica y alcance del contrato de reposición de ganado. Dicha sentencia estima que "el contrato de reposición del ganado de cerda aportado a los autos en modo alguno puede calificarse... de aparcería..., pues tales contratos de aparcería están fundamentados sobre la base de un reparto proporcional de beneficios, en relación con las aportaciones de los contratantes, y en su vida jurídica contiene instituciones perfectamente definidas... y en el contrato que se examina (de reposición) no existen esas características y el aspecto lucrativo adquiere condición de precio, cual es en definitiva el... devolverlo a razón de un tanto determinado por arroba puesta, o sea el engorde obtenido".

Por tanto, para la Sala de lo Civil, el contrato de reposición, perfectamente definido por los usos y costumbres ganaderos, está equivocadamente designado como tal aparcería, porque falta esa distribución de beneficios proporcionales a las aportaciones. De aquí que añade: "Si bien a este particular contrato ganadero... vulgarmente, pero con notoria impropiedad, se le denomina aparcería, concepto que en su aspecto técnico no debe ser acogido."

Sin embargo, se puede sostener que, de hecho, en el contrato de reposición existe una distribución de beneficios, jugando el mismo papel que en el contrato de aparcería, si bien convertida la parte que corresponde al reponente en una cantidad en metálico; esto, indudablemente, desorienta. Intentaremos aclararlo a continuación.

Cuando el ganado, al finalizar el contrato, es recibido por su titular, por el aumento de peso obtenido se encuentra valorado en una cuantía superior a la estimada al comienzo de dicho contrato, de este modo: multiplicando las arrobas aumentadas por el precio que tiene la arroba de cerdo vivo en el mercado, cuyo precio es más elevado que el precio de reposición; por tanto, resulta una

cantidad superior a la que él ha pagado al reponente, y esto, como es sabido, porque hay dos precios: uno el de "reposición" y otro el de la arroba de cerdo en el tráfico comercial. El primero permanece en el mercado en una cuantía inferior al segundo; puede ocurrir que el precio de la arroba de cerdo baje hasta el importe del precio de reposición, debido a muchos accidentes, pero esto no es lo normal. Lo que sucede en épocas normales es que el precio de la arroba de cerdo se mantenga superior al de reposición y aun que suba más de lo previsto. Existe la posible oscilación, que en España constituye un doble carácter aleatorio de este contrato; esto no es frecuente y se conjura este peligro en los contratos de reposición de los ganaderos portugueses.

Recordemos cómo se pacta el contrato de reposición en Portugal, región de Alemtejo; el propietario o cedente del ganado abonará las arrobas aumentadas, multiplicándolas por el precio de venta del ganado de cerda en el mercado, pero rebajando a ese precio un 15 ó un 20 por 100. Con esto consiguen los ganaderos portugueses librarse de la fluctuación del precio de venta y al mismo tiempo aseguran que se mantenga siempre el margen entre el precio de reposición y el de compraventa.

En nuestro contrato el precio que pactan los contratantes es el de reposición, el cual, como sabemos, se mantiene invariable. Pues bien; podemos decir que el valor aumentado, es decir, las arrobas puestas, se ha dividido en dos partes iguales. Un ejemplo nos aclarará este punto tan importante. Fijémonos en los precios que han venido rigiendo hasta hace poco en este contrato y en la venta de cerdos. Durante algunos años se han venido haciendo operaciones en las que el precio por arroba de "reposición" subía a 120 ó 150 pesetas, y el precio de venta del cerdo en ferias y en compras privadas era de 200 pesetas la arroba. Es decir, que el dueño o cedente del ganado recibe (50 pesetas) en beneficio una cuarta parte del aumento de valor de cada unidad de peso, o sea de cada arroba aumentada. Luego se multiplica por el número de arrobas totales que pone el ganado con motivo de la "reposición". Resultará, como es lógico, que le corresponde una parte alícuota, la cuarta parte del total valor aumentado, mientras que el reponente recibe las tres cuartas partes. Es decir, hay reparto de partes alícuotas.

Entonces se pregunta: ¿Por qué fijar un precio en metálico por cada arroba? No sería otra cosa que señalar el medio apto

para capitalizar el valor material que le corresponde en el aumento obtenido. El importe total del dinero que recibe el reponente será la capitalización de su cuota parte a que tenía derecho en las arrobas aumentadas. Este aumento de valor ha sido obtenido gracias al pienso proporcionado, a la actividad y cuidados del reponente, con lo que su participación ha de ser mayor; en cambio, el dueño del ganado sólo pone éste.

Sin embargo, siempre quedará esta duda: aun admitiendo que el precio de reposición sea una parte y la diferencia entre dicho precio y el de venta en el mercado sea la otra parte del valor que aumentara el ganado y que se ha repartido entre los contratantes; admitiendo que, al finalizar el contrato, de hecho cada uno ha recibido una parte alícuota, bien sea la tercera, la cuarta o la quinta parte del valor total; sin embargo, al iniciarse el contrato, ¿sabían ambos contratantes qué parte alícuota tenían en el negocio? O sea, creemos que son inciertas las cuotas; no sólo hay que esperar la liquidación de la sociedad para que se determine la cuantía que se ha de repartir, sino que ha de saberse el precio de venta que tienen los cerdos en el mercado, ya que la diferencia señalará la parte alícuota que tienen el reponente y el dueño del ganado. Sólo si tuviera fijeza el precio de venta del ganado se sabría la parte alícuota concertada. Como se ve, esto es un gran inconveniente para calificar al contrato de reposición como tipo de aparcería. ¿Bastará que de hecho resulte siempre un reparto del aumento de valor según cuotas conocidas a posteriori?

b) *Aparcería. Su naturaleza jurídica.*

Admitido que el contrato de reposición, en sus dos modalidades, sea una forma de aparcería de ganado, resultará: 1.º, que el reponente es el aparcerero que aporta, no sólo su trabajo personal, sino también el fruto, la finca, cuidados oportunos, etc., todo lo necesario para esta explotación pecuaria; 2.º, que la otra parte proporciona el ganado en condiciones suficientes para el fin perseguido, quedando ajena, hasta cierto punto, al negocio. Pero en realidad hemos conseguido poca cosa acerca de lo que pretendíamos, porque, entre otras razones, se duda sobre la naturaleza jurídica misma del contrato de aparcería. A través de tantos estudios queda en pie esta pregunta: ¿Es arrendamiento o sociedad civil? El contrato de reposición, como es de esperar, ha de seguir

las mismas vicisitudes, en lo que respecta a su naturaleza jurídica, que el contrato de aparcería.

Para algunos esta cuestión carece totalmente de eficacia práctica, "ya que legalmente se ha resuelto en el sentido de considerarla (la aparcería) arrendamiento al incardinar su regulación dentro de la ley que oficialmente es titulada *sobre arrendamientos rústicos*" (7). La razón de carecer de eficacia práctica no es otra sino el artículo 47 de dicha Ley, que concede la acción de desahucio a la aparcería, derecho tan discutido antes, según demuestran las diversas sentencias del Tribunal Supremo sobre el particular; la discusión versaba sobre el supuesto de que, si se consideraba la aparcería como sociedad, se le negaba, lógicamente, el desahucio, concediéndosele en el supuesto de tratarse de un arrendamiento. Todo el problema nace del artículo 1.579 del Código civil, redactado en términos que hoy se hacen insostenibles.

Pero del hecho de que ya no tenga discusión un problema particular de la aparcería agraria no impide que otros muchos aún queden sin resolver, dependiendo de la solución jurídica que se dé acerca de su naturaleza. Sobre todo, prácticamente, son de gran interés las situaciones complejas que el contrato de reposición adopta muchas veces. Por ello, cualquiera que sea el concepto jurídico que se formule, es necesario averiguar su naturaleza jurídica, a ser posible.

Tenemos que advertir que no todos los tipos de aparcería merecen la misma clasificación; unos están más cerca que otros del arrendamiento y hay casos en que nada tienen que ver con este contrato. Lo más exacto es decir que habrá tantas variedades de naturaleza jurídica como formas de contrato se presentan bajo el nombre de aparcería.

La *colonia parziaria* y la *soccida* italianas han sido consideradas por algunos como formas encuadradas ya en el Derecho romano como categoría de contratos innominados, basándose para ello en el *Digesto* (8). POTNIER estudió una pluralidad de aparcerías pecuarias tomadas de las costumbres francesas, configurando a unos tipos bajo la forma del contrato de sociedad y a otros bajo la del arrendamiento de cosa (9).

(7) A. GARCÍA ROYO: *Tratado de Arrendamientos rústicos*. Sorla, 2.ª ed., 1950, pág. 344, V. I.
 (8) J. CARRARA: *I Contratti Agrari*. Unione Tipografico-Editrice Torinensi. Torino, 1952, págs. 370-71.
 (9) J. CARRARA: *Ob. cit.*, pág. 373.

Una orientación puede darnos el trabajo de F. DEL VALLE (10), quien hace una clasificación de estas opiniones. Después de enumerar, citando los defensores más destacados, las tres soluciones que suelen darse: arrendamiento, sociedad y contrato mixto, opta por considerar la aparcería como contrato autónomo, con personalidad propia. Del mismo modo CASO.

Pero no olvidemos que en la mayor parte de los supuestos se estudia la cuestión según está tratada en el derecho positivo, en el cual se coloca formando parte del contenido legislativo del arrendamiento; así lo reguló el Código francés, al que siguieron el italiano derogado y el español.

Basta una ojeada para darnos cuenta del carácter heterogéneo que tiene el título "contratos de aparcería", incluyéndose bajo el mismo contratos que por su estructura o por su función son diferentes entre sí. Estos tipos heterogéneos tienen como nota común la "cuota" que a cada una de las partes corresponde en los frutos, productos o aumento de valor que se haya obtenido al fin del contrato.

Podemos preguntar: ¿Podría buscarse de alguna manera una base jurídica que diera unidad a las aparcerías? CROME (11), que pretendió establecer la categoría de los contratos parciarios, estima que la cláusula parciaria es una característica uniforme con la cual se revisten dichos contratos, de tal manera que se convierte en elemento bastante para designar jurídicamente una categoría especial, comprensiva de todos esos contratos. Esa investidura de uniformidad que supone la cláusula parciaria no influye, al decir de CROME, sobre la esencia de los mismos contratos, ya que cada uno conserva su propio tipo variable desde su origen; por tanto, arrendamiento, préstamo, trabajo, sociedad, etc.

Por otro lado, BREGLIA (12), con el mismo intento de darle unidad a los contratos de aparcerías, busca otra base distinta de la ofrecida por CROME, considerando que el elemento parciario que llevan todos esos contratos no es un apéndice añadido al contrato primitivo sin afectar a su naturaleza jurídica, sino, por el contrario, lo estima como un elemento esencial, de tal manera que

(10) "Notas sobre la naturaleza jurídica de la aparcería". *Rev. Crit. de D. Inmob.*, 1941, septiembre, núm. 160, págs. 542-57.

(11) J. CARRARA: *Ob. cit.*, pág. 378.

(12) J. CARRARA: *Ob. cit.*, pág. 380.

al unirse al contrato originario lo domina, transformándolo hasta imprimirle un carácter especial, el típico carácter del contrato parciario, o sea su típica prestación consistente en la cuota parte, aun cuando sea una cantidad fija.

Ambas teorías son criticadas por CARRARA como indecisa la primera y sin consistencia la segunda, pues en esta última BREGLIA deja sin demostrar la eficacia del elemento común, la cláusula parciaria, para crear la unidad estructural de esos contratos diferentes.

Según el mismo profesor CARRARA, hay quien ha estimado que el mencionado elemento parciario impone siempre una estructura contractual asociativa. Es decir, que ese elemento sería, de modo inequívoco, en el negocio en que apareciere, un índice expreso del carácter asociativo. Si esto fuera así resultaría que este carácter asociativo, común a todos los contratos parciarios, constituiría la base unitaria de todos ellos.

Como sostenedores de esta teoría están BARASSI y ROSSI (13). Este último se apoya, además del argumento histórico deducido de la tradición romanística, en razones como: *a*) la imposibilidad de aplicarse en los contratos parciarios el juego de la condición resolutoria tácita y la *exceptio inadimpleti contractus*, propio de los negocios jurídicos bilaterales, debido a la ligazón estrecha y subordinada que existe entre el obligado a la prestación de la cuota parte y el obligado a prestar el goce o uso de los bienes dados en aparcería, o prestación de trabajo; *b*) la comunidad de fin para ambas partes en el negocio parciario, buscan un mismo resultado económico, unidos por una misma causa. CARRARA (14) estima inexacto el primer argumento, pues la interdependencia económica de las prestaciones, a que se refiere ROSSI, no es incompatible con los negocios jurídicos conmutativos. El segundo argumento (comunidad de fin y de causa, caracteres propios de las formas asociativas) no es de valor absoluto en todos los contratos parciarios, ya que en algunos de éstos sucede que la totalidad de los frutos o productos obtenidos pertenece a una sola de las partes, surgiendo un derecho (no real) sobre una cuota parte de dichos frutos o productos a favor de la otra parte contratante.

(13) J. CARRARA: Ob. cit., pág. 381.

(14) Ob. cit., págs. 382-83.

c) *Aparcería y arrendamiento.*

Si se califica de arrendamiento, los elementos del contrato, según DERNBURG (15), son: "El que concede la aparcería es el locator, el aparcerero es el arrendatario". Los restantes se deducen fácilmente si tenemos en cuenta que él decididamente afirma que "se trata de un arrendamiento de la finca por precio más o menos cierto" (16). Es decir, el precio sería la mitad, o la parte alícuota correspondiente, a cambio del disfrute de la finca o rebaño. Pero esta clasificación no tiene valor absoluto. Así, ABELLO (17) afirmaba sin duda alguna que "mucho mejor es considerar la colonia o *mezzadria* como un contrato de arrendamiento de carácter especial". Esto es, precisamente, porque no puede abstraerlo del elemento asociativo, concurriendo en diverso grado y medida, para él, ambos elementos de sociedad y arrendamiento de cosa. Para ABELLO este carácter asociativo es elemento que se va desarrollando y se acentúa con el transcurso del tiempo, de modo que terminará por caracterizar él solo a la aparcería, incluyéndola definitivamente en los contratos asociativos (18).

Hemos de advertir, aunque sea de paso, que del concepto histórico deducido por ABELLO no puede entenderse que la aparcería sea una forma de contrato desgajada del arrendamiento y que por sus ventajas sociales haya ido constituyendo un contrato típico, susceptible de evolución y mejora con el tiempo. Sería desconocer la vivencia económicojurídica y la antigüedad de la aparcería. CASTÁN cita a este respecto a PLANIOL, COSTA y UREÑA (19).

Por lo que respecta a la aparcería pecuaria, mantiene frente a toda oposición su marcado carácter asociativo. ABELLO dice: "Es verdad que en el pasado, aunque no han faltado costumbres y autores que consideraron a la *soccida* como especie o forma del arrendamiento, se mantuvo con prevalencia que se trataba de sociedad" (20).

Si hoy se le pone algún inconveniente a esta solución es debido al lugar que ocupa la aparcería en la ley positiva, así como al hecho de que el arrendatario, en algunos casos, disfrute él ex-

(15) Citado por VALLE FUENTE, ob. cit., pág. 546.

(16) Ob. cit., pág. 310, loc. cit.

(17) *Diritto Ci. Italiano. Trattato della Locazione*, 1916, VII, pág. 421.

(18) Ob. cit., pág. 423.

(19) Ob. cit., pág. 279.

(20) Ob. cit., pág. 588.

clusivamente de ciertos productos del ganado aparte de su participación en las ganancias.

Existen, indudablemente, semejanzas entre la aparcería y el arrendamiento, pero a veces la semejanza es tan lejana que la pretensión de fijar los caracteres de un verdadero arrendamiento es sencillamente ilusoria. Para que haya arrendamiento es necesario, como sabemos, un precio, bien en metálico, bien en especie. En la aparcería, se dice, dicho precio lo constituye la parte alícuota que corresponde al cedente de la finca o ganado. Pero, preguntamos: ¿Ese precio que paga el aparcerero o tomador le pertenece antes a él? ¿Se encuentra con anterioridad en su patrimonio? Si contestamos afirmativamente supone tanto como decir que el total de frutos, o productos, o aumento de valor pertenece al arrendatario o aparcerero.

Pero en las aparcerías, tanto agrícolas como pecuarias, generalmente, ¿no existe más bien una comunidad de esos frutos, productos o aumento de valor hasta que se proceda a la separación de las partes alícuotas de cada uno mediante el oportuno reparto? La nota de riesgo, en el que participan ambas partes, común a las aparcerías y al contrato de reposición, aparece como elemento sobresaliente y esencial, cosa que falta en el arrendamiento.

Refiriéndonos concretamente al contrato de "reposición", si lo consideramos como aparcería encontramos las siguientes dificultades: en nuestro contrato no hay un uso propio del ganado ajeno, sino que, al contrario, hay por parte del "tomador" (reponente) una obligación de cuidarlo, nutrirlo y custodiarlo; el precio que se paga lo entrega el dueño del ganado, no a cambio de uso o explotación.

No olvidemos que el precio en el arrendamiento se señala en una cuantía que está en relación con el tiempo y, en cambio, en los negocios parciarios depende ese supuesto precio de los frutos, o productos, o aumento de valor obtenidos. En el contrato de reposición, además, puede suceder que la parte alícuota, supuesto precio como en la aparcería, sea incierta e indeterminada, aunque determinable, e incluso que llegue a faltar, como sería el caso en que no "reponga" el ganado.

Al mismo tiempo tengamos presente que los contratos de aparcería y de "reposición" llevan consigo un interés común a las partes; les acompaña a ambos la responsabilidad por riesgos debidos a casos fortuitos, que se reparten entre sí dichas partes; prohíben

cláusulas determinadas, porque, de admitirlas, constituirían aparcerías leoninas. Características, como se ve, que le apartan, igualmente, del arrendamiento. Por tanto, la estructura de las aparcerías agrícolas en general, de las aparcerías pecuarias en todos los casos y del contrato de reposición con "precio en metálico" (si se considera como aparcería) no puede ser la del arrendamiento.

Hay quien considera cierta forma de aparcería pecuaria, la *soccida*, como contrato de arrendamiento de obra, estimando que la causa del contrato es el trabajo u obra que ha de prestar el *soccidario* para atender al cuidado y guarda del ganado. El hecho de que la contraprestación consista en una cuota parte de los productos o aumento de valor no constituiría inconveniente alguno, en el sentir de esta teoría, pues el precio del arrendamiento de obra no es necesario que se establezca en una cantidad en metálico.

Respecto del contrato de "reposición", parece que ésta sería una fórmula adecuada a su naturaleza jurídica. Porque el "reponente", al recibir el precio en metálico por cada arroba aumentada, es como si lo recibiese por la obra que ha ejecutado. Sólo habría que añadirle que se trataría de un contrato complejo de ejecución de obra, suministro de pienso y arrendamiento de local. Prácticamente, en muchos casos se podía desenvolver el contrato de "reposición" bajo esa estructura compleja; no encontramos dificultad en admitirlo. Pero como siguen en pie un interés común, causa igualmente común, un elemento aleatorio y, por tanto, posible pérdida y ganancia, es por lo que creemos no puede afirmarse de modo definitivo y en todo caso que el contrato de "reposición" con precio sea un contrato complejo cuya prestación principal sea la ejecución de obra.

Como dice CARRARA (21), refiriéndose a la doctrina que considera la *soccida* como contrato de arrendamiento de obra, no basta que uno de los contratantes obligue a prestar la ejecución de una obra determinada para que, sin más, se califique el contrato de arrendamiento de obra, pues hay formas de contrato de sociedad en los que una de las partes, el socio industrial, se compromete a aportar su propia obra, su actividad, y, sin embargo, no ha concertado un contrato de arrendamiento de obra; no busca,

(21) Ob. cit., pág. 377.

al asociarse, un precio determinado, sino que pretende obtener y obtiene a su favor un derecho de propiedad sobre la cuota que en las ganancias le corresponden, según el propio contrato que celebrara.

d) *Aparcería y sociedad.*

Las características de las aparcerías, sobre todo las pecuarias, imponen la estructura asociativa con toda evidencia. De aquí que nos interese examinar si el contrato de reposición, considerado como aparcería, es una forma de sociedad, o, al menos, caso de no ser tal aparcería, si la semejanza que guarda con ésta es debido a que dicho contrato de reposición es un tipo de sociedad particular.

Es muy antiguo el origen de la tendencia a considerar las aparcerías como formas de sociedad. De la aparcería agraria ya decía GAYO (22): "Alioquin colonus partiarius quasi societatis iure, et damnum et lucrum cum domino fundi partitur". Lo cual bien puede decirse que se aplica perfectamente a la aparcería pecuaria. En esta última, mejor aún. JOSSE RAND, citado por VALLE FUENTE (23), dice la relación que encuentra entre la aparcería y la sociedad, llevándole a distinguir los mismos elementos asociativos para ambos contratos: "Como en la sociedad existen dos elementos: uno (el propietario) que contribuye con el capital y otro (el aparcerero) que contribuye con su trabajo, las ganancias que se obtengan de esta labor común y de la colaboración se dividen por partes alícuotas entre ambos. Existen dos socios con distinto carácter: uno que pone el capital (socio capitalista) y otro (el aparcerero) que pone en común trabajo y experiencia, que podría ser denominado socio industrial". DE COLIN y CAPITANT ya sabemos cómo se inclinan más a considerarle sociedad que arrendamiento, llegando a designar algunas de las especialidades de aparcería expresamente con el término de sociedad (24).

Aparte de estas y otras opiniones en favor de los contratos parciario-asociativos, sucede que nos encontramos con tipos de aparcerías pecuarias en los que nadie podrá dudar se trata del

(22) *Digesto* 25, tit. II, lib. XIX.

(23) *Ob. cit.*, pág. 549.

(24) *Curso elemental de Derecho civil*, Tr. De Buen. B, I. H. E. y Ext., 1925, tomo IV, págs. 305-306.

contrato de sociedad. Como ejemplo se puede citar el *cheptel a moitié* del Código civil francés (artículo 1.818), que lo conceptúa como tal: "... est une société dans laquelle chacun des contractans fournit la moitié des bestiaux, qui demeurent communs pour le profit ou pour le perte". Y de igual modo creemos que se debe estimar el *cheptel* simple, del mismo cuerpo legal (arts. 1.804-1.817).

COLIN y CAPITANT, cuando exponen esta modalidad, reconocen su carácter marcadamente asociativo y no hablan de puro contrato de arrendamiento: "... las crías y la lana —dicen— se reparten por mitad, lo cual viene a constituir una especie de sociedad entre el arrendatario y el propietario del rebaño" (25). Más adelante, con motivo de la responsabilidad de las partes acerca de las pérdidas, dice que en principio son de cuenta del arrendador, a quien sólo queda el derecho de reclamar las pieles de los animales perdidos (artículo 1.809 del Código civil francés) (26). Sin embargo, como tal contrato, además, crea "una sociedad entre el arrendador del ganado y su arrendatario, éste viene a participar en cierta medida de los riesgos de los animales" (27).

La aparcería pecuaria italiana fué históricamente una sociedad. La propia etimología de la palabra *socida* o *soccida* dice tanto como una forma de sociedad; representaría en su significado literal, según ABELLO (28), deducido de los estatutos y costumbres de las ciudades italianas, "como una especie de comandita de ganado" (29). Sin embargo, el Código italiano antiguo, siguiendo al napoleónico, la consideró como arrendamiento. Termina ABELLO queriendo ver actualmente un contrato que participa del arrendamiento y de la sociedad, sin que este elemento asociativo se sobreponga a aquél.

Esto es debido, a nuestro juicio, a que ABELLO no prescinde de la colocación de la *soccida* en el derecho positivo.

Según CARRARA (30), un resumen de la historia jurídica de los contratos de *colonia parziaria* y *soccida* —extensivo a las demás aparcerías— sería éste: la sucesiva afirmación del carácter societario de esos contratos, desvirtuada por afirmaciones que impedían su completo encuadramiento dentro del contrato de sociedad.

(25) Ob. cit., pág. 305.

(26) Ob. cit., pág. 305.

(27) Ob. cit., pág. 306.

(28) Ob. cit., pág. 579.

(29) Ob. cit., pág. 579.

(30) Ob. cit., págs. 397 y sigs.

El vigente Código italiano, al reglamentar en su articulado los conocidos contratos de *mezzadria*, *colonia parziaria* y *soccida*, expresamente habla de contrato asociativo, en los artículos 2.141, 2.164 y 2.170, respectivamente. El carácter asociativo, pues, de estas formas de aparcerías se consigue en el Derecho italiano por medio de la fórmula adoptada por el Código vigente y por el contenido de dichos contratos, considerado en relación con el fin, causa y efecto. CARRARA considera esta decisión legislativa como justa y correcta, eco exacto de la doctrina más autorizada. Opina que es un error saltar bruscamente de los contratos conmutativos al contrato de sociedad; debe tenerse en cuenta que existe una zona intermedia donde se desenvuelven numerosos contratos que, sin ser netamente contratos de sociedad, tienen, sin embargo, constitución asociativa; la vida económica necesita, en su complejidad y libre movimiento, formas contractuales que se adapten a los múltiples y variados tipos de negocios (31).

Estos contratos reglamentados como especial forma jurídica de asociación agropecuaria son contratos parciarios, pero con forma asociativa, a diferencia de otros negocios, igualmente parciarios, que no poseen esa estructura, sino, por el contrario, estructura conmutativa, es decir, que el elemento parciario es independiente de la estructura asociativa del contrato; dicho elemento es presupuesto necesario de esta forma asociativa, de tal manera que ésta no puede darse sin la "parciariedad", mientras que la parciariedad puede existir sin forma asociativa (32). La estructura positiva de estos contratos ha de distinguirse, sin embargo, del contrato de sociedad, según el citado profesor CARRARA (33).

El contrato de "reposición", si admitimos que es una forma de aparcería, por este solo hecho tendrá estructura asociativa; pero constituyendo un verdadero tipo de contrato de sociedad, ya que en nuestro Código no tenemos base positiva para hacer distinciones entre aparcerías de forma asociativa y el contrato de sociedad. Ahora bien, aun negando que se den en el contrato de reposición las partes alícuotas determinadas y ciertas al constituirse dicho negocio de aparcería, pensamos si podrá considerarse como tipo de sociedad particular. Vemos, por un lado, que hay

(31) J. CARRARA: Ob. cit., pág. 402.

(32) J. CARRARA: Ob. cit., pág. 406.

(33) Ob. cit., pág. 402.

una triple comunidad: de fin, de causa (obligaciones recíprocas) y de efectos; por otro lado tenemos el concepto de sociedad particular en nuestro Código civil.

1.º *Triple comunidad:* a) Comunidad de fin: ambos contratantes colaboran en común, con actividades y capital, para conseguir la explotación de la finca y el ganado; para adquirir el aumento de valor, sometido al elemento aleatorio, en proporciones distintas, no fijas, es cierto, y, además, una de las partes recibiendo el valor en metálico.

b) Comunidad de causa: la causa de las obligaciones de los contratantes es la misma para cada una de las partes; la razón de las obligaciones de cada uno consiste, no en la recompensa de la propia prestación que espera de la otra parte contratante (como sucede en los contratos commutativos), sino en la participación en el resultado útil que ambas han producido por su colaboración.

c) Comunidad de efectos: es evidente respecto de las pérdidas por caso fortuito, pues uno pierde el peso primitivo (su valor) y el otro el aumentado hasta entonces; en cuanto a las ganancias, observamos que el reponente recibe el aumento de valor obtenido, capitalizándolo de acuerdo con el precio aceptado previamente, y el dueño del ganado la diferencia que haya entre ese precio y el que tenga el ganado en el mercado, que ordinariamente es mayor, como ya sabemos. ¿Puede decirse que el peso aumentado por el ganado es común hasta que se capitaliza?

2.º *Sociedad particular.*—El contrato de sociedad no requiere esencialmente que traten las partes de obtener sólo una ganancia a repartir entre ellas. Recordemos el artículo 1.678 de nuestro Código civil, que admite como formas de sociedad las llamadas sociedades particulares, que tienen por objeto el uso o los frutos que produzcan cosas determinadas; una empresa determinada, el ejercicio de una profesión o arte. El objeto puede limitarse hasta el extremo de sólo buscar en la asociación la propiedad de cosas determinadas. No se requiere, como sabemos, que los bienes aportados se hagan comunes al asociarse, formando un patrimonio común; el artículo 1.687 habla de aportaciones que consisten en cosas ciertas y determinadas, no fungibles, con el fin de que sean comunes sólo el uso y los frutos y productos.

En este posible contrato de sociedad, llamado de "reposición", se darían dos clases de socios: uno capitalista, que aporta el ga-

nado objeto de reposición, y otro que se encarga de cuidarlo mediante el complejo de prestaciones a su cargo, y sería el socio industrial. Hay que tener en cuenta que no es exclusivamente industrial, ya que aporta cosa determinada, como son los frutos que le pertenecen.

Vemos a ambas partes como socios desde el momento en que consideramos que no hay intereses contrapuestos, sino la cooperación, al unir sus esfuerzos y capital, para conseguir el aumento de valor. La transformación de los frutos por el ganado va haciendo que éste adquiriera, de modo inseparable, un nuevo valor que antes no tenía. ¿No parece como si el dueño del ganado hubiese admitido al reponente en el “uso” común del ganado, como si lo “asociase” en la posesión? Y, por otro lado, el reponente, ¿no parece que coordina ese capital vivo con la explotación de su finca, constituyéndose con esta mutua colaboración un tipo de empresa agropecuaria?

Sería uno más de los diversos tipos de sociedad como los que han sido objeto de las sentencias del Tribunal Supremo en muchas ocasiones. Así declaró este Tribunal: “Aportando una de las partes sus derechos en ciertos montes y la otra sus capitales, para repartirse los productos de la explotación del arbolado en la forma pactada, esto constituye la esencia del contrato de sociedad (sentencia 24 febrero 1890).

El contrato de reposición, tal como lo conciertan las partes, podría ser un tipo de sociedad particular que se regiría, en defecto de pacto, por el Código civil, artículos dedicados al contrato de sociedad. No es obstáculo alguno el hecho de otorgarse en documento privado. La validez y eficacia de un contrato de sociedad es indiscutible entre los otorgantes aunque no lo hayan elevado a escritura pública, según previene el artículo 1.667 del Código civil, precepto que está subordinado a la regla general del artículo 1.278 (Sent. de 4 febrero 1905). Es más: el documento privado obliga a los contratantes de la sociedad a pesar de que haya inmuebles (Sent. de 5 mayo 1922).

Los efectos del contrato de reposición serían los de un contrato de sociedad particular, según lo preceptuado por el artículo 1.678.

El mismo Tribunal Supremo ha dado base suficiente para pensar así al declarar que cuando la aparcería cabe asimilarla al contrato de sociedad ha de ser considerándola como sociedad particular comprendida en el artículo 1.678 (Sent. 17 junio 1912).

En esta posible sociedad se pone de manifiesto la mutua confianza entre las partes, lo que indica su origen rural y campesino y le asemeja a la aparcería; su fin económico y especial, caracterizado por el aumento de valor del ganado, que se atribuye a ambas partes, si bien en proporciones diferentes. Debido a que se pretende asociar elementos agropecuarios con un fin que no es la negociación, queda muy reducida la actuación de la persona moral, casi exclusivamente a los efectos respecto de terceros, como los créditos, deudas, embargos, etc. No es, como sabemos, un contrato preparatorio de otros negocios.

En la liquidación de esta sociedad el reponente obtiene, si ha habido aumento de peso, un valor en metálico, obtenido gracias a su actividad y frutos proporcionados, de una parte, y el ganado que transforma esos frutos. El dueño de este ganado obtiene, si hay aumento de peso, una mejora del ganado, un nuevo valor, que ordinariamente se traduce en un capital superior al precio que entrega al reponente, y, no siendo superior, lo recibe apto para la explotación industrial del mismo. Caso de que no haya aumento de peso ambos se quedan sin recibir el valor económico que pretendían con esa asociación, y los riesgos fortuitos, igualmente, afectan a ambas partes. Con esto parece que se explicaría el contrato de reposición como sociedad particular.

CONCLUSIONES

Vistas la exposición en líneas generales del contrato de reposición y las semejanzas que presenta con otros negocios jurídicos, podemos sacar algunas conclusiones:

1.^a Dicho contrato cumple perfectamente un fin económico de gran interés para la explotación agropecuaria e industrial de nuestra Patria. Esto lleva consigo el reconocimiento de su tipicidad, si tenemos en cuenta que la causa del contrato de reposición es esa función económicosocial señalada antes. "En el significado más reciente —dice BETTI (34)— las causas de negocios son típicas en el sentido de que, pese a no estar taxativamente indicadas en la Ley, deben, sin embargo, en general, ser admitidas por la conciencia social, como correspondientes a una exigencia práctica

(34) *Teoría general del negocio jurídico*. R. D. P. V., 26, pág. 152.

legítima, a un interés social duradero y, como tal, consideradas dignas de tutela jurídica.”

Es cierto que el contrato de reposición no se ajusta ni responde a una calificación técnico-legislativa, pero también es cierto que nace y se impone respondiendo a las necesidades de nuestra economía.

2.^a La reposición con toda claridad no es pupilaje de animales, a pesar de tener elementos comunes ambos contratos; entre otras diferencias, recordemos que el precio en el pupilaje de animales está en relación con el tiempo (plazos determinados) y con las cabezas de ganado; en el contrato de reposición la entrega del presunto precio (cantidad en metálico) está en relación con el aumento de peso, si lo hay.

3.^a El contrato de reposición y el de compraventa mantienen entre sí analogías, pero nada más. No olvidemos que disposiciones propias de la compraventa son aplicables como doctrina general o contratos de naturaleza diferente.

4.^a Es indudable que en el contrato de reposición el reponente viene obligado a custodiar el ganado, pero esto no es suficiente para constituir la típica prestación del depósito; además las partes conciertan esta custodia de manera que les sirve para delimitar la diligencia que debe prestar dicho reponente en el cumplimiento de sus obligaciones.

5.^a El contrato de reposición no es un contrato mixto, pues las prestaciones que corren a cargo del reponente no están situadas en el mismo plano; esto suponiendo que el “precio” sea verdadero precio único frente a esas prestaciones; precisamente esto es lo que se duda. Podría ser un contrato complejo, es decir, de ejecución de obra y prestaciones accesorias, siempre que se siga admitiendo del mismo modo la existencia del mencionado precio.

6.^a El contrato de reposición puede explicarse como un tipo de aparcería pecuaria, siempre que pueda admitirse tal cosa, ignorándose al inicio del contrato qué cuotas van a percibir las partes y habiendo de esperar la terminación del contrato para saberlo. Ya sabemos que al final, de hecho, ordinariamente se desenvuelve el contrato como una aparcería. Si así se admitiera se aplicarían las normas del contrato de sociedad en aquello que no hubiesen pactado los contratantes.

7.^a Por último, más exacto parece concebir el contrato de reposición en la estructura de una sociedad particular.

CAPÍTULO VIII

PROBLEMAS VARIOS

En la vida del contrato de reposición surgen problemas de interés que unas veces ofrecen relación a la capacidad de las partes, otras veces a sus obligaciones y otras a sus responsabilidades.

A) MUJER CASADA.

Si sobre la finca ostenta alguna titularidad en concepto de bienes parafernales puede lógicamente presentarse duda sobre su capacidad para otorgar el contrato de reposición. Según el artículo 1.384, "la mujer tendrá la administración de los bienes parafernales, a no ser que los hubiese entregado al marido ante notario con intención de que los administre" (párrafo 1). Supuesto, pues, que ella se ha reservado la administración de la finca o del ganado, ¿puede contratar libremente sobre tales bienes parafernales? Conviene separar los dos supuestos:

1.º *El ganado*.—Puede constituir un bien parafernial cuando la mujer lleva al matrimonio en este concepto una explotación pecuaria, separadamente o formando parte de alguna propiedad rural, o los adquiridos por la mujer a título de herencia durante el matrimonio (Sent. 22 octubre 1928). No cabe duda que el contrato de reposición, siendo un acto de administración, está autorizado por el mencionado artículo 1.384. La facultad de administrar implica la de contratar, con la limitación del artículo 1.387 y la obligación de sufragar los gastos de administración por sí, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.385, como dice la sentencia de 8 de febrero de 1898.

Es más: creemos que se obligará respecto de estos bienes sin licencia del marido, pues la jurisprudencia anterior al Código que estimaba era necesario la licencia marital, incluso para un mero acto de arrendamiento por meses de tales bienes parafernales, ha sido abandonada, prevaleciendo en la doctrina la sentencia contraria, pues el artículo 1.384 concede a la mujer casada la administración de sus bienes parafernales con la facultad de contratar sobre ellos. Aunque expresamente no lo dijera el Código, tal interpretación se refuerza por el artículo 1.387, donde se enumeran

los actos en los que se exige la licencia marital, no estando incluidos los actos de administración.

2.º *Finca rústica*.—Es muy frecuente que se aporte al matrimonio una finca de esta naturaleza o se adquiriera posteriormente en calidad de parafernales. No cabe duda que la mujer casada, como administradora podrá contratar sobre la explotación de aquella finca. Ahora bien, el contrato de reposición, que entra dentro del ámbito administrativo, recae directamente sobre los frutos, a los que se les unen otras prestaciones varias a cargo de la mujer casada. Por tanto, si tenemos en cuenta el artículo 1.385, resulta que “los frutos de los bienes parafernales forman parte de la sociedad conyugal”, de la cual es administrador el marido, según el artículo 1.412. Parece, pues, que también sobre esos frutos se extiende la facultad administrativa del marido.

Conforme a los artículos 1.384, 1.385, 1.401 y 1.412, corresponde al marido “... la administración de los productos de los bienes parafernales, por lo que debe entregárselos la mujer para que atienda a las cargas del matrimonio” (Sents. 11 octubre 1902, 2 enero y 27 octubre 1909). Es más: el artículo 1.416 prohíbe a la mujer obligar los bienes de la sociedad de gananciales. Con lo cual parece deducirse que no estaría capacitada la mujer para este contrato; le correspondería al marido, o éste autorizaría convenientemente a la mujer.

Sin embargo, a nuestro parecer, debe tenerse en cuenta la doctrina sobre este particular, de la mujer administradora de sus bienes parafernales, desarrollada por el Tribunal Supremo. Según diversas sentencias, la facultad que el artículo 1.384 le concede para administrar tiene un contenido efectivamente positivo y amplio. Así, en 15 de octubre de 1918, declaró el Tribunal Supremo que la administración de los bienes parafernales por la esposa no se puede entender reducida a percibir los frutos y entregarlos al marido, ya que esto sería tanto como convertirla de administradora en simple recaudadora. El contrato de reposición, al tener por objeto los frutos de los bienes parafernales, puede entenderse como una forma especial de aprovechamiento de la finca, no recolectando los frutos ni vendiéndolos, sino tomando ganado ajeno para asociarse con un tercero, explotando juntamente la finca parafernada. En este supuesto preguntamos: el contrato de reposición, en tales circunstancias, ¿no es un contrato constitutivo de la administración de sus bienes parafernales? Los frutos entrarían

también en la sociedad conyugal, pero bajo la forma de un precio en metálico, obtenido al fin del contrato; de este importe, no cabe duda, es administrador el marido.

Tiene la mujer la plena capacidad administrativa de sus bienes parafernales, sin la obligación de entregar al marido, cuando los cónyuges viven separados, sin hijos y sin cargas matrimoniales que levantar (Sent. 14 enero 1928). En tal caso no procede conceder al marido la administración de los rendimientos, pues no tiene derecho a distraerlos para otros fines que los señalados por la Ley (Sents. 8 noviembre 1898, 27 octubre 1909 y 12 julio 1929).

B) MARIDO.

Respecto de los bienes de la mujer, es decir, de los bienes dotales inestimados (pues en la dote estimada adquiere la propiedad) y parafernales cuya administración haya recibido ante notario, según el artículo 1.384. Sobre dichos bienes ostenta la administración el marido (artículos 1.357 y 1.384), cuyo poder tiene sólo ciertas limitaciones expresas referentes a actos de administración, como el arrendamiento (artículos 1.548, 1.363 y 1.389 del Código civil) que pase de seis años; para ello, como sabemos, se exige el consentimiento de la mujer. Recordando que el contrato de reposición implica un acto administrativo, podrá el marido aportar el aprovechamiento de la montanera o los cerdos correspondientes sin requerir autorización, como acto legítimo. No hay duda en esto, ni problema alguno.

Pero cabe preguntar sobre la validez del contrato de reposición celebrado por el marido cuando no ha recibido la administración de los bienes parafernales. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1933 tiene declarado que cuando, sin entrega solemne, el marido administra los bienes parafernales queda constituido en apoderado general de la mujer respecto de tales bienes; por tanto, goza ella del derecho a exigir que se le rinda cuentas del mandato conferido en todo momento. Es decir, que en tal caso necesita el marido autorización de la mujer para celebrar el contrato de reposición.

Pero no hay que interpretar rigurosamente esta situación de mandatario que ocupa el marido, pues, siendo representante legal y administrador de la sociedad conyugal, al contratar sobre bienes parafernales que de hecho administra con el beneplácito de la

mujer puede hacerlo sin necesidad de acreditar que lo hace como administrador con poder especial; así lo expresa la sentencia de 24 de febrero de 1908. Claro está que no obsta para el ejercicio de la acción correspondiente para impugnar los actos administrativos que hiciere el marido sin el conocimiento de la mujer.

C) MENORES NO EMANCIPADOS.

La administración de sus bienes legalmente corresponde, según el Código civil, artículo 159, al padre o, en su defecto, a la madre que los tiene bajo la patria potestad. Entre estos bienes se encuentran los que hayan adquirido o adquirieran con su trabajo o industria o mediante un título lucrativo, de los que sólo ostentan la propiedad, pues el usufructo también corresponde al padre o la madre (artículo 160). Por tanto, uno y otro legítimamente otorgarán el contrato de reposición sobre tales bienes.

Sin embargo, el mismo artículo 160 autoriza al menor no emancipado sobre dichos bienes para celebrar actos administrativos cuando con consentimiento del padre vive independiente, pues le reputa para todos los efectos como emancipado. En esta situación le favorece el artículo 317 del Código civil, que autoriza al emancipado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, si bien con las limitaciones señaladas en dicho artículo.

Respecto de los sometidos a tutela, el tutor representa legalmente al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos, claro está, que expresamente señala la Ley como susceptibles de ser ejecutados por ellos (artículo 262 del Código civil). Al mismo tiempo el artículo 264, párrafo 4.º, obliga al tutor a administrar el caudal de los menores o incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia. De lo cual se deduce que perfectamente está capacitado el tutor para celebrar el contrato de reposición como representante del menor, sin requerirse autorización del Consejo de familia, pues este acto de orden administrativo no se incluye en ninguno de los supuestos del artículo 269 del Código civil.

D) MANDATARIOS.

El contrato de reposición puede otorgarlo cualquier mandatario con poder general, ya que, según el artículo 1.713, un man-

dato expresado en estos términos comprende los actos de administración.

E) CONCURSADO Y QUEBRADO.

La declaración de concurso incapacita para la administración (artículo 1.914), la cual corresponde a los síndicos, y lo mismo produce la declaración de quiebra; todos los actos, tanto de dominio como de administración, posteriores serán nulos, es decir, anulables (artículo 878, párrafo 2.º, del Código civil). Así, pues, sólo los síndicos están capacitados para el contrato de reposición.

Si se trata de bienes secuestrados judicialmente, ya muebles, ya inmuebles (artículo 1.786), se puede presentar el problema de si el contrato de reposición habrá de celebrarse en virtud de subasta judicial. El artículo 1.786 remite a la Ley de Enjuiciamiento civil en todo lo que se halle dispuesto en este Código. El artículo 1.020 de esa Ley concede al administrador del abintestato facultad de vender en su época oportuna los frutos que se recolecten; por la misma razón el depositario de tales frutos parece que podrá acordar el contrato de reposición. Pero como, según el artículo 1.022, tienen que celebrarse en subasta pública judicial ciertos contratos, como los arrendamientos de fincas rústicas cuya renta anual excedan de 2.000 pesetas, cabe preguntar: ¿Debe entenderse lo mismo del contrato de reposición cuya cuantía excede ordinariamente de ese tope? La subasta presenta una garantía para la administración de los bienes, por lo que sería de utilidad para el contrato de reposición, hablando teóricamente; pero en la práctica, tal como este contrato se desarrolla, tropezaría a veces con serios inconvenientes. Además, puede ser que el artículo 1.022 sea de interpretación restrictiva y, por tanto, no quepa nuestro supuesto en su contenido.

F) USUFRUCTUARIO.

Cuando un usufructuario celebra el contrato de reposición no hace sino aprovechar por sí mismo los bienes usufructuados. No es necesario que se trate de frutos nacidos durante el goce de su derecho, pues, según el artículo 472, puede otorgar el contrato de reposición sobre los mismos frutos naturales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, ya que pertenecen al usufructuario.

Sobre la extinción del contrato de reposición otorgado por un usufructuario cabe pensar las consecuencias jurídicas que resulten. No cabe duda que al extinguirse el usufructo, según el artículo 480, se extinguen todos los contratos que se celebraron como tal usufructuario; como en el contrato de reposición el usufructuario aporta el aprovechamiento de la finca, cesando su titularidad debe extinguirse aquél también. Sin embargo, parece que, si no se expresó la caducidad del derecho del usufructuario, ni se tuvo en cuenta el plazo de duración del usufructo, debe exigir el reponente la indemnización oportuna por la extinción del contrato.

Si bien el usufructuario ya no tiene derecho a los frutos cuando se extingue el usufructo, también es verdad que le liga con el reponente una obligación de prestar lo que se comprometió, es decir, no se trata de mantener a nadie en la posesión que ya no tiene, pues es una relación personal, independiente de la finca o del derecho sobre los frutos, y esto sucede cuando no se tuvo en cuenta, cuando no se declaró la caducidad de su derecho.

G) COSA COMÚN.

Para la facultad de otorgar el contrato de reposición cuando se trata de un condominio sobre la finca, frutos o sobre el ganado, hay que estar al artículo 398 del Código civil, el cual exige para los actos de administración y mejor disfrute de la cosa común el acuerdo de la mayoría, a no ser que fuera gravemente perjudicial a la comunidad; en este caso el juez proveerá a instancia de parte. Esta mayoría está representada por el acuerdo de los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses, sin atender a la mayoría personal o del número de condueños.

Si el contrato de reposición lo celebrasen sin esta mayoría no obliga a la comunidad; pero lo que queda por saber es si el contrato es válido y, por tanto, el dueño del ganado puede exigir judicialmente su cumplimiento, si bien en finca distinta, o pedir la indemnización de daños y perjuicios. El profesor Cossío (35), al tocar este punto en el arrendamiento otorgado por uno o varios comuneros que no constituyen la mayoría, resuelve que, si lo arrendado es la totalidad de la cosa indivisa, el contrato es en sí váli-

(35) *Tratado de Arrendamientos Urbanos*. Rialp, Madrid, 1949, pág. 341.

do, ya que, según él, ninguna razón se opone a la validez del arrendamiento de cosa ajena; pero no siendo posible el efecto del contrato, el arrendador queda obligado al resarcimiento oportuno.

En el contrato de reposición la situación es distinta, pues se trata de un contrato que nada tiene de común con el arrendamiento de la finca o frutos; no se trata de conceder al dueño del ganado la posesión de la finca. Siendo, al parecer, más oportuno considerar semejanzas con un tipo asociativo, resulta que el dueño del ganado lo que espera es la aportación de los frutos, o incluso cierto uso de la finca que se pone en común. Por ello la pregunta sería: Una comunidad que explota la cosa común mediante un tipo de sociedad, ¿basta la mayoría a que nos referimos para entenderse constituido el contrato de reposición? Entendemos que sí. Pero, faltando esta mayoría, ¿sería válido también?

Hay que tener en cuenta la condición de la finca en este contrato. Se entiende que el ganado debe recibirse en la misma finca para ser cebado con sus frutos y mientras duren éstos. Si las partes tuvieron en cuenta, como sucede siempre, esta finca y no otra, no cabe duda que por sí mismo da lugar a incumplimiento parcial, no afectando en todo caso a la validez del contrato, excepto que otra cosa se deduzca del consentimiento de las partes. No olvidemos que el hecho de ocultar el condominio de esta finca daría motivo a la indemnización correspondiente.

Si el condominio recae sobre el ganado es el reponente quien sufre los efectos del incumplimiento, pues no puede obtener la posesión del ganado y sólo tiene a su favor la indemnización de daños y perjuicios.

H) TITULARES CON PROPIEDAD REVOCABLE.

Cuando el que transmite la titularidad de una cosa pierde su dominio porque se resolvió su derecho tiene pleno sentido el principio: "Resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis". Sin embargo, no siempre podrá aplicarse con tal rigor que resuelva cualquier titularidad en favor de tercero, sobre todo tratándose de ciertos contratos que se basan en el interés, no de un titular cualquiera, sino de todos los posibles titulares o de la cosa en sí.

Por ello afirman algunos autores, según el profesor Cossío (36),

(36) Ob. cit., pág. 342.

que, tratándose del arrendamiento, en cuanto éste tiende a la administración de una cosa, se estipula, no sólo en interés del concesionario, sino incluso en el del último propietario. El mismo Código civil hace respetar los acuerdos en el caso especial del retracto convencional; así el artículo 1.520 dice que “el vendedor que recobre la cosa vendida la recibirá libre de toda carga... impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que éste haya hecho de buena fe y según la costumbre del lugar”.

Y no ve motivo alguno el citado profesor para no hacer extensivo el contenido del artículo 1.520 a los demás casos de propiedad revocable o resoluble. Con la aplicación de tal doctrina a los demás supuestos de derecho resoluble nos queda este pequeño problema: ¿Se puede aplicar al contrato de reposición, de tal modo que permanezca intacto a pesar de resolverse del derecho del reponente sobre los frutos o fincas, o el del dueño del ganado? Encontramos el mismo fundamento, es decir, el interés del último propietario o de la cosa en sí, y además una analogía de supuestos o resoluciones jurídicas, por lo que parece debemos inclinarnos porque prospere la doctrina anteriormente expuesta.

El contrato de reposición, si lo consideramos como bilateral y no como asociativo, tiene a su favor esta doctrina, porque se basa en una mejor explotación y aprovechamiento, tanto de la finca como del ganado, y además es de carácter administrativo, de duración corta.

Ahora bien, considerado el contrato de reposición como una forma de sociedad pecuaria, se resiste a permanecer vigente cuando una de las partes, es decir, un socio, ha dejado de aportar su prestación, porque el derecho que tenía sobre la cosa se ha resuelto; como la cosa en sí, la finca o el ganado, se tuvieron en cuenta como condición especial, aunque sobrentendida en el contrato, faltando una u otro debe resolverse el contrato. Caso que continuase tendría que aceptar a un socio distinto, con lo que resulta un nuevo contrato, diferente del anterior.

Cosa distinta serán los derechos que asisten a cada socio cuando se probase que uno ocultó al otro la amenaza de resolución, y también la indemnización que corresponderá a cada caso.

I) PERSONAS ECLESIASTICAS.

El contrato de reposición puede afectar, y de hecho así sucede, a bienes eclesiásticos. Para el Codex (canon 1.497) son éstos los bienes temporales, tanto inmuebles como muebles, o los incorporeales, que pertenezcan a la Iglesia Universal o a cualquier persona moral eclesiástica. Esta consideración recae únicamente cuando los bienes pertenecen a alguna de las personas morales del canon 1.495; por tanto, no son tales bienes ni se rigen por las normas especiales del Codex los pertenecientes a los clérigos, pues éstos son personas individuales o físicas.

La administración de los bienes eclesiásticos, además de la suprema administración del Romano Pontífice (canon 1.518) y de la del Ordinario del lugar (canon 1.519), está encomendada a administradores inferiores (canon 1.521) con los requisitos exigidos por el canon 1.522. A los administradores de los bienes eclesiásticos el canon 1.523 exige cumplir su oficio con la diligencia de un buen padre de familia (cánones 1.476; 415, p. 3.º; 485; 697; 1.489).

En sí no presenta dificultad ninguna la capacidad para el contrato de reposición respecto de estas personas; al administrador autorizado es a quien compete legítimamente celebrarlo. Pero tratándose de clérigos propietarios o administradores de bienes eclesiásticos puede presentarse un obstáculo en el canon 142, por el que se prohíbe a los clérigos ejercer una negociación que no sea meramente doméstica o económica. Para canonistas y moralistas, unánimemente, es considerado el contrato de reposición en ciertos casos como negociación lucrativa y, por tanto, prohibida al clérigo.

Así, LEHNKULL (37) dice que "negocitio est, aut ei tanquam prohibita actio aequiparatur: 1.º pecora in alienis agris seu pascuis conductis saginare y saginata vendere, quum propius labor non intercedat". El hecho de cebar ganados en fincas ajenas o mediante el arriendo de pastos, con el fin de venderlo una vez cebado, constituye un acto, aunque administrativo, que cae dentro de la esfera de la negociación, considerado el acto bajo su aspecto moral; de aquí se deduce que es igualmente negociación lucrativa

(37) *Theologia Moralis*, vol. II, pág. 429, año 1887. Friburgo.

dar el ganado a reposición, pues también se utiliza el fruto de finca ajena, mediante la colaboración de esfuerzos ajenos, para obtener un lucro. Pero, ¿debe serlo también el hecho de recibir el ganado ajeno en fincas propias, con trabajo y vigilancia propias, recibiendo la compensación en metálico? Parece que tiene a su favor el reponente la consideración de su postura como simple explotación económica doméstica.

Por ello FERRERES (38) estima que no queda comprendido en el canon 142 el que compra ganado para venderlo después, una vez cebado en sus propias granjas; otra cosa sería si lo cebase dentro de predios ajenos.

La razón para TANQUEREY (39) es porque "haec enim mutatio est partim fructus naturae et partim fructus propii laboris". Ya antes decía el padre La Croix (40) que no era negociación prohibida a los clérigos el comprar ganado, cebarlo en sus propias fincas, para venderlo, porque "vendunt fructus suorum praediorum vel agrorum". De modo que, respecto a la Moral, la reposición llevada a cabo por el reponente en sus propias dehesas o fincas no pasa de administración doméstica, debido a que explota con ello sus bienes, vendiendo de una manera especial sus frutos y recibiendo al mismo tiempo una contraprestación por su propio trabajo.

Estamos de acuerdo que se acerca a la negociación, en sentido amplio, el acto de comprar ganado para cebarlo en fincas ajenas, pero parece distinto el hecho de poseer un número determinado de cabezas de ganado y, no poseyendo pienso oportuno, concertar la reposición en finca ajena para después venderlo. ¿No es también explotar un bien propio, aunque con la participación ajena?

J) SOBRE EL AVISO.

El aviso, como vimos en el capítulo correspondiente, debe darse según los medios más rápidos y oportunos, sin que el reponente esté obligado a utilizar un medio extraordinario. Según las cláusulas contractuales parece que la obligación de dar este aviso tiene sólo por objeto provocar la intervención del dueño del ga-

(38) *Compendio de Teología moral*, tomo II, pág. 67. Barcelona, 1920.

(39) *Synopsis Theologiae moralis*, tomo III, 1937, núm. 1.022, pág. 526.

(40) *Paristis*, 1874, tomo II, pág. 325.

nado para conjurar rápidamente el peligro, siendo de cuenta de éste los gastos de medicamentos y asistencia facultativa. Parece como si el único interesado en la supervivencia y en la salud del ganado fuera el dueño de éste; es más: según las partes, sólo él ha de soportar los gastos originados.

Respetando la voluntad de las partes, que pueden haberlo dispuesto así para que sirviese de compensación, una vez más, a la mayor participación del reponente en el trabajo, sin embargo creemos que esta obligación, según la índole del contrato, deberá quedar fundamentada en la siguiente forma: el aviso tiene un fin primordial, que es el asistir ambas partes al ganado, tomando de común acuerdo, sobre el caso particular, las medidas oportunas, como lo revela algún formulario privado de este contrato que así lo consigna expresamente.

Es más: sucede en la práctica que el efecto de tal aviso se reduce a recibir el reponente el consentimiento para llevar a cabo los medios profilácticos que indiquen los facultativos, aprobando el dueño del ganado cuanto hiciese el reponente. Ahora bien, ¿éste no tiene otra intervención? ¿Acaso no hay un interés común en la defensa de los animales y, en plano de igualdad, adelantarse a ese aviso tomando medidas preventivas?

En el contrato de reposición no se suele nombrar expresamente administrador al reponente, pero del comportamiento de las partes se deduce que de una manera tácita en la práctica ha recibido el reponente la dirección y administración del negocio, debido a la índole de sus prestaciones. Sin embargo, no podemos entender que tenga aplicación el artículo 1.692, por el cual el "socio nombrado administrador en el contrato social puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo de la oposición de los compañeros...". Ni con este motivo, contratos donde esta obligación no se consignase, el reponente podría actuar como administrador sin esperar instrucciones de la otra parte, aunque pusiera en su conocimiento el accidente que ha sobrevenido al ganado, cosa que sería siempre obligatoria de comunicar; después, en la rendición de cuentas para liquidar el contrato, sería aquél otro capítulo de gastos, bajas, etc.

Nosotros, por el contrario, pensamos que la administración del negocio de reposición es común, si bien delimitada por las prestaciones específicas en las que cada parte tiene que actuar individualmente; o sea, que el mismo aviso, lejos de revelar una

atribución e interés exclusivos del dueño del ganado, manifiesta que se restringe la posible administración amplia del reponente, quien por sí solo no puede tomar decisiones de importancia para el negocio. Parece como si las partes hubiesen acordado, sin necesidad de transcribirlo, que ninguno debe actuar sin consentimiento del otro, aun cuando el reponente, como socio más bien industrial y técnico, haya de actuar con cierta independencia en la generalidad de la administración, pero siempre se entiende que la conoce y da por aprobada el dueño del ganado, menos en casos importantes o extraordinarios.

Así parece de exacta aplicación a este respecto el artículo 1.694, que dice: "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 concurso de todos para la validez". ¿Queda así justificado el aviso que dará el reponente sin necesidad de ver en ello una mera dependencia, respecto del dueño del ganado, que aminore la cualidad de socio que pretendemos?

Parece que se trata de cosas ciertas y determinadas —el ganado— que se aportaron a la sociedad para que fuese común en cierto uso, siendo el riesgo, por ello, de cuenta del socio propietario (artículo 1.687). Además, el valor en peligro es mucho mayor, de ordinario, para éste que para el reponente. Ello explicaría su interés para intervenir.

Como consecuencia de estos supuestos la asistencia facultativa no debía ser de la sola incumbencia del dueño de los animales, de modo que, ante una enfermedad, epidemia o cualquier posible contagio que amenace al ganado, el reponente no debe limitarse a cursar un aviso al propietario, esperando inactivo la respuesta, si el peligro de un daño grave es inminente. Con ello se aplicaría el artículo 1.694, que exige el concurso de los socios administradores para la validez de esos actos, "sin que pueda alegarse ausencia o imposibilidad de alguno de ellos, salvo si hubiese peligro inminente de un daño grave o irreparable para la sociedad".

Las razones son: el interés en conservar el ganado debe ser común, si bien en proporciones diferentes; la demora en tomar medidas contra la enfermedad es de graves consecuencias en estos casos, llegando incluso, muchas veces, a perderse todo el ganado. Tanto el reponente como el dueño de los animales tienen en el negocio un interés común que se pone en peligro con frecuencia;

una pérdida afecta a ambos interesados. Piénsese en una epidemia cuando el ganado se halla en plena reposición. ¿Puede esperarse el reponente a que el socio propietario responda al aviso?

De aquí que algunos autores consideren como negligencia del aparcero industrial el hecho de no tomar medidas preventivas, como vacunar al ganado antes de que se inicie el contagio. Así, DA CUNHA (41) no considera como caso fortuito la muerte del ganado ocasionada por una enfermedad que pudo evitarse mediante la vacunación, siendo, por tanto, un caso de negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Dice, pues: "No será considerado como caso fortuito una epizootia que el aparcero industrial podría haber evitado por la anticipada vacunación contra el carbunco, el muermo, el mal rojo, la peste porcina, etc., o por otros medios profilácticos."

En el contrato de reposición, si bien el ganado ha de recibirse en condiciones perfectas de vacunación por cuenta del socio propietario, sin embargo confirma nuestro parecer al asignar al reponente la obligación de tomar cuantas medidas fuesen necesarias para evitar el peligro de enfermedades, aun antes de dar el aviso si la necesidad lo exigiera, si bien comunicando cuando fuera posible al dueño lo sucedido. Tendrá el reponente, no sólo obligación, sino derecho de actuar en virtud del contrato, donde, si bien no se dice que las partes son consideradas ambas como administradores que actuarán siempre conjuntamente, sí consta fundadamente por cláusulas como la referente a la necesidad del aviso y por la índole de los intereses comunes.

Hasta aquí nos hemos referido a las medidas primeras cuando surge el contagio o, también, cuando es inminente, pero de igual modo hay que concluir respecto de las atenciones sucesivas que exija la enfermedad, si se prolonga. Es decir, serán tomadas de común acuerdo, si bien el reponente sea en definitiva quien directamente se ocupe de sus cuidados o atenciones.

En lo que respecta a los gastos originados en tales circunstancias, en algunos contratos expresan las partes que serán de cuenta del dueño del ganado. El hecho de pactar esta cláusula puede tener su fundamento en que el socio que aporta los animales sigue siendo propietario de los mismos, no transmite su titularidad bajo

(41) *Treatado de Direito civil*. Coimbra, 1934, vol. VII, pág. 379.

ningún aspecto; por tanto, según el artículo 1.687 del Código civil, el riesgo de esas cosas ciertas y determinadas que se aportaron para que sólo fuese común un cierto uso corresponde a dicho propietario; como consecuencia, también los gastos que se originen para evitar ese riesgo debe soportarlos el mismo.

Pero, a nuestro parecer, en el caso de que no se consigne en el contrato de reposición esta cláusula, entendemos que ambas partes, en proporciones diferentes, deben soportar esos gastos. La razón no es otra sino la de que también el reponente lleva un interés en peligro: las arrobas aumentadas por el cebo; si quiere conservarlas, como fundamento para su posterior participación, debe contribuir a salvarlas soportando proporcionalmente los gastos de enfermedades. Claro está que si muere el animal también él pierde sus prestaciones y trabajos; que si enferma, lo primero que se pierde son arrobas de peso; pero, no obstante, cooperar en la medida que le corresponda a mantener la salud de los animales debe ser obligación común de las partes. Puede ocurrir que, si falta este pacto, alguien diga que se suple con el uso del lugar, pero esto había que probarlo ante el juez.

Sucedirá a veces que el obligado a sufragar los gastos por causa de enfermedades, si no precedió pacto, cualquiera de los dos contratantes se niegue a ello; entonces, ¿sería de aplicación el artículo 1.695, número 3, que dice: "Todo socio puede obligar a los demás a costear con él los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes"? Si bien es verdad que el ganado no es común, porque no ha habido transmisión de la propiedad, sin embargo hay un cierto uso común y el cebo que se va obteniendo es ciertamente común.

También puede ocurrir que el dueño del ganado tuviera ya conocimiento de la enfermedad iniciada en éste o del peligro que le amenazase; entonces creemos que el reponente está relevado de su obligación de avisar, actuando él en los términos que dijimos antes.

Por lo que se refiere a la otra obligación accesoria de guardar y presentar la señal del hierro de cada animal fallecido, ya sabemos que no podía sustraerse el contrato de reposición a una cláusula típica de las aparcerías de ganado, siendo una obligación de gran antigüedad en la historia del Derecho español. Por tanto, es una obligación que tradicionalmente va unida a todo tomador de ganado ajeno, consecuencia de la función de guarda o custodia

especial que caracteriza a las aparcerías y más especialmente al contrato de reposición.

La última obligación de este género es la de responder de la pérdida, extravío y robo del ganado siempre, y de la muerte fortuita sólo en proporción a lo que había aportado; pero cuando en ésta interviene su negligencia responde de toda la pérdida.

Ya dijimos en su lugar que en el contrato de reposición se había buscado el modo de asegurar la diligencia del reponente, constituyendo una obligación especial que podía llamarse de "guarda del ganado ajeno", que supera la simple obligación de custodia ordinaria. Esto, también lo decíamos, constituye una agravación de la responsabilidad, asumiendo el reponente el caso fortuito, autorizado por los artículos 1.105 y 1.575 del Código civil.

**K) ¿RESPONDE TAMBIÉN DEL DAÑO QUE CAUSEN LOS ANIMALES CONFIA-
FIADOS?**

Partimos del supuesto de la obligación que tiene el reponente de custodiar el ganado en términos especiales. Por tanto, entendemos que le compete, no sólo vigilar para que no se extravíe o sufra algún daño, sino también la de procurar que no cause perjuicios a las personas o a los bienes ajenos.

En el contrato de reposición conocemos cómo se exige al reponente, mediante pacto, una diligencia, fuera de los límites de la que corresponde a un buen padre de familia, para caso de pérdida o extravío y robo. Ahora bien, como nada se dice respecto al daño que cause el ganado a un tercero, entendemos que debe aplicarse en tales supuestos el artículo 1.902 del Código civil: "El que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Esto lleva consigo, como es de suponer, la carga de probar la omisión del reponente acerca de la diligencia exigible, el daño realmente ocasionado y la causalidad entre éste y aquella negligencia. En contra de esta acción tiene el demandado a su favor el probar que puso en todo momento su vigilancia oportuna.

Pero cabe preguntar: ¿Sólo es posible frente al reponente accionar, en caso de daño, por el artículo 1.902? ¿Podría exigírsele la responsabilidad absoluta a que da derecho el artículo 1.905 del Código civil? Ya sabemos que, según éste, es responsable del daño causado por los animales el poseedor o el que se sirva de ellos.

Se entiende fácilmente que basta cualquier posesión del animal para quedar responsable, y faltando legalmente la posesión es suficiente que una persona se sirva de él en aquellos momentos del accidente. Es lógico que se trate de ordinario de responsabilidad alternativa, y no cumulativa, en el caso de tener relación con el animal un poseedor y un usuario al mismo tiempo, salvo situaciones especiales.

La dificultad que puede presentarse es ésta: si el reponente ha tomado a su cargo la vigilancia de los animales en virtud de contrato, ya no se tratará de un poseedor, según algunos autores, no rigiendo, por tanto, el artículo 1.905; se requiere, según ellos, que el encargado de custodiar los animales utilice éstos de alguna manera. Así lo estiman PÉREZ y ALGUER (42). De aquí que, según ellos, el depositario puede ser responsable, pero sólo en cuanto se sirva del animal depositado.

Aunque el contrato de reposición no persigue como fin suyo el guardar o custodiar ganado ajeno, sí constituye esta prestación una cláusula del contrato; es más: aunque no constara expresamente en él, se cree seguiría obligando dicha prestación, pues basta la vigilancia que de una manera tácita se tome, como, por ejemplo, si uno se encarga del transporte de un animal (43), juntamente se entiende ha tomado su custodia mientras dure la obligación de transportarlo. De modo que si el reponente no es poseedor ni usa del ganado, como le obliga una vigilancia contractual, expresa o tácita, no puede ser demandado, según el artículo 1.905.

Semejante decisión no es aceptada por otros autores, como el profesor DA CUNHA GONÇALVES. Tratándose de la vigilancia aceptada por contrato, "... la responsabilidad —dice (44)— no resulta exclusivamente del hecho de que alguien utilice el animal; basta la simple obligación de guardarlo y vigilarlo, y tal obligación incumbe al depositario...". Como consecuencia, para el tratadista portugués el mesonero que recoge animales ajenos en sus caballerizas contrae al mismo tiempo la obligación de vigilarlos, asumiendo el riesgo inherente: "Es responsable por los daños que ellos causen" (45), salvo si al mismo tiempo estuviesen hospedados sus respectivos dueños.

(42) ENNECERUS: Ob. cit. Barcelona, 1950. "Obligación", tomo II, 2.º, pág. 731.

(43) ENNECERUS: Ob. cit., tomo cit., pág. 730, nota 1.

(44) Ob. cit., vol. XIII, pág. 13.

(45) Ob. cit., pág. 15.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el fundamento de esta responsabilidad en el Código portugués es la presunción de falta de diligencia, contra la cual cabe prueba en contrario, cosa distinta de nuestro Código civil, pues dice el artículo 2.394 portugués: "Será responsable... excepto probando que no hubo por su parte culpa o negligencia."

Del mismo modo, ENNECERUS sostiene que el que toma a su cargo por contrato la vigilancia de un animal, en lugar del "tenedor" de éste, "por ejemplo: el depositario, arrendatario... responde de igual modo que el tenedor del mismo" (46). Pero es necesario tener en cuenta la diferencia entre el Derecho alemán y el español en este punto, pues, de una parte, no son equivalentes los conceptos de "tenedor" a que se refiere la legislación alemana y el poseedor o usuario de nuestro Código civil; de otra parte, la responsabilidad a que se refiere el Derecho alemán puede desplazarse "probando que en su vigilancia ha desplegado —el obligado a ella— la diligencia exigible en el tráfico" (47).

En el contrato de reposición, bien sea considerado como contrato complejo, bien como tipo asociativo o parciario, esa obligación de custodia aceptada por el reponente frente al dueño del ganado, expresa o tácita en el contrato, no impide exigir, a nuestro parecer, la responsabilidad por los daños a que nos referimos, siguiendo el artículo 1.905, pues queda viable la defensa del damnificado, apoyándose igualmente en dicho artículo. Creemos que su derecho queda con todo vigor, pues aún falta por estudiar si el reponente puede ser considerado como poseedor o como usuario del ganado.

Si el contrato de reposición logra para sí que constituya un tipo de sociedad tendremos que el reponente no será poseedor independiente de los animales, pero sí es cierto que habrá sido llamado, en virtud del contrato, conjuntamente al uso de ellos, es decir, que esto supone ha de ser poseedor al mismo tiempo con el cedente del ganado. Y esta posesión participada, debido a los fines del contrato, la creemos suficiente para quedar responsable por el artículo 1.905. Por tanto, si la obligación de custodia es contractual, expresa o tácita, no supone obstáculo alguno para

(46) Ob. cit., tomo cit., pág. 730.

(47) Ob. y tomo cit., pág. 730.

exigirse la responsabilidad de los daños frente al poseedor de los animales.

Todavía será más fácil ejercitar esa acción nacida del artículo 1.905 si demostramos que el reponente usa de alguna manera de los animales recibidos; entonces con toda seguridad cabe plenamente dicho artículo, obteniendo con eficacia la indemnización por los daños que a un tercero causen los animales. De modo que nuestro propósito es encontrar un concepto adecuado de uso o utilidad respecto del ganado que se entrega a "reposición".

El reponente recibe los animales y los mantiene en su poder, no sólo para guardarlos, sino también para cuidarlos, con el objeto de obtener un aumento de peso y, por consiguiente, un lucro. De aquí que la solución exija previamente un concepto muy amplio de servicio o uso de un animal. Poseyendo un concepto así, claro y adecuado, no habría que hacer muchas distinciones, como sucede en la práctica, pudiéndose fácilmente determinar en todo momento si cualquier persona, aun siendo poseedora en virtud de contrato o no, quedaría responsable en los términos absolutos del artículo 1.905 del Código civil.

De tal modo depende la solución de dicho concepto previo, que si nuestro legislador ha pretendido entender, restringida y estrictamente, que alguien se sirve de un animal sólo cuando lo utiliza según el trabajo o fin para el que está destinado, resultaría que un depositario o guarda, por ejemplo, el hostelero o el pupilero en el contrato de pupilaje de animales, no podrían ser responsables en virtud del artículo 1.905, pues ninguno "tiene derecho a usar del animal" (48). Al contrario ocurriría si partiese o permitiera la interpretación de un concepto más amplio.

Esto es lo que han hecho la doctrina y jurisprudencia francesa. "Alguien se sirve de un animal —dice MAZEAUD (49)— cada vez que lo utiliza para ejercer su profesión." Esta es la definición adoptada hoy por la Cour de Cassation: "Es guarda de un animal, es decir, responsable en los términos del artículo 1.385, aquel que por sí mismo o por sus representantes hace de él el uso que lleva consigo el ejercicio de su profesión". En todos los casos, pues, en que una persona distinta del propietario o poseedor legítimo usa

(48) Cour de Douai, 31 marzo 1903. MAZEAUD: *Responsabilité civile*. París, 1930, tomo II, núm. 1.089.

(49) *Ob cit.*, tomo cit., núm. 1.090.

del animal, entendido dicho uso en sentido amplio, se le transmite la obligación de guarda, o sea esa vigilancia sobre las cosas de las que debe responderse. Es una consecuencia del fundamento sobre que asienta el Código francés esta responsabilidad, tanto por los daños causados, por las cosas inanimadas, como los causados por los animales; dicho fundamento común no es otro sino la obligación de vigilar o guardar (50) aquellas cosas de las que se debe responder (51). Esta obligación radica en el propietario y cuando responde un extraño es porque ha pasado sobre él la obligación de vigilancia al servirse del animal o cosa ajena, pero entendido siempre este "servirse" en sentido muy amplio.

Nuestro Código, en el artículo 1.905, habla de servirse del animal sin especificación alguna; parece, lógicamente, que lo entiende en sentido económico de utilidad. Pero, no obstante esto, no se opone en modo alguno a que en ciertos supuestos se amplíe en sentido semejante al que ha logrado llegar por interpretaciones judiciales y doctrinales el Derecho francés, modelo del nuestro; aún más: hay veces que será una solución necesaria.

Aplicando lo expuesto al contrato de reposición tenemos:

a') Si configuramos a este contrato como tipo de sociedad o, al menos, basado en su analogía, como a todo negocio parciario se le aplican las normas de ella, resulta que el tercero damnificado se dirigirá, en virtud del artículo 1.905, contra la sociedad, como es lógico, y ésta debe ser la que responda, porque ella es, no sólo poseedora del ganado, sino precisamente la que lo utiliza, en su sentido estricto y riguroso. Ahora bien, el reponente, socio encargado de la vigilancia, responderá al dueño o propietario en virtud del artículo 1.686 del Código civil.

b') Si no hay más que analogías entre el contrato de reposición y la sociedad, y abandonamos las normas sociales que pudieran aplicarse, entonces el reponente puede ser también demandado en virtud del artículo 1.905, en concepto de usuario, entendido este uso ampliamente. Es decir, que él se sirve del ganado, no cabe duda, con el fin de cebarlo, cuidarlo, etc., al igual que se dice que alguien se sirve de un animal cuando lo utiliza

(50) ANDRÉ BESSON: *La notion de garde dans la responsabilité du fait des chasser*. Paris, Dalloz, 1927, pág. 29.

(51) Esta guarda se considera bajo dos aspectos: guarda jurídica, o sea obligación de guardar, de impedir que cause daño, y es a la que se refiere el Código civil francés, y otra es la guarda material, o sea la detentación o poder de hecho de la cosa (*).

(*) H. y L. MAZEAUD: *Ob. cit.*, tomo cit., núm. 1.087.

para ejercer sobre él una actividad profesional más o menos técnica. Esto será así contando con la posible interpretación amplia de nuestro artículo 1.905 del Código civil.

c') Por último, todavía se puede sostener en el contrato de reposición un uso de tipo económico a favor del reponente; después de mantener el ganado bajo su poder, indica ya un servicio económico, utilitario de aquél. Con lo cual el reponente queda sólo ante el tercero sufriendo la acción del artículo 1.905 hasta liquidar cuantas expensas se originasen por los daños del ganado.

Ahora bien, el cedente o el dueño de dicho ganado puede verse también constreñido junto al reponente. Así:

a') En el supuesto de aparecer el contrato de reposición como forma de sociedad, según vimos antes, ya que, en definitiva, son pérdidas comunes cuando le pruebe el reponente que puso toda la diligencia exigida en el desempeño de su obligación de custodia.

b') Del mismo modo en los demás supuestos el reponente es compelido a soportar la indemnización de daños, basándose la acción que la reclama en el uso que hace el reponente, pues del mismo modo se sirve el dueño del propio ganado. Podría objetarse que éste no tiene el poder de hecho; sin embargo, como sigue siendo poseedor, queda obligado a la misma responsabilidad.

En los contratos de aparcerías ordinariamente se resuelve, como norma general, que sea el aparcero tomador del ganado quien responda del daño que cause a tercero. La razón aducida por AUBRY ET RAU es la siguiente: "En razón de esta guarda y del uso que tiene de estos animales... se hace responsable, en los términos del artículo 1.385, del daño causado por ellos" (52). Pero hay que tener en cuenta que no todos los tipos de aparcería pecuaria son los mismos; generalmente, el aparcero que recibe ganado de otro disfruta de él, aprovechando con exclusión del dueño, muchas veces, los productos de aquél. Como vemos, es muy diferente de lo que sucede en el contrato de reposición, pues el reponente se limita a custodiar, alimentar y cuidar del ganado ajeno.

Igualmente, sostiene DA CUNHA (53) que, "habiendo contrato de aparcería, responderá el aparcero tomador" de los daños causados por los animales objeto del contrato a un tercero. Sin em-

(52) *Droit civil*. Paris, 1907, tomo V, págs. 686-687, nota 1. Dijon: 10-XII-1896.

(53) *Ob. cit.*, vol. XIII, pág. 12.

bargo, ya conocemos el fundamento de que parte el tratadista portugués a este respecto.

Si la víctima del daño opta por ejercitar la acción nacida según el artículo 1.905 del Código civil, el obligado a responder del ganado (sociedad, reponente o éste junto con el dueño) no puede alegar otra excepción que la fuerza mayor, no el caso fortuito o la culpa del que hubiese sufrido el daño. Este, pues, no tiene que probar la falta de diligencia en el obligado a custodiar el ganado, sino basta probar el daño, que éste ha sido causado por un animal o animales y que uno u otros está o están en posesión o al servicio del demandado.

Con esto se ve que el artículo 1.905 deroga el principio general de responsabilidad por culpa. Acaso el legislador presume la negligencia, pero es una presunción que se mantiene aun en el caso en que constase que no hubo tal culpa, sino, al contrario, se prestó la diligencia exigida en el caso concreto. ¿Es una presunción absoluta de culpa?

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de octubre de 1909, dice que el artículo 1.905 no admite más interpretación que la literal, bastando que un animal cause perjuicio para que nazca la responsabilidad del dueño, aun no imputándosele ninguna clase de culpa o negligencia, y sin que a ello obste la causa que se siga por el mismo hecho. Ciertamente no se tiene en cuenta en ningún caso la negligencia, por lo cual la responsabilidad exigida no tendría excepciones a este respecto; sin embargo, tiene el demandado a su favor el derecho de alegar la fuerza mayor y la culpa de la víctima.

De aquí que MANRESA (54) observe que no funda nuestro Código dicha responsabilidad "en una presunción absoluta ni aun relativa de culpa por parte del dueño o usuario del animal causante del daño, puesto que la impone aun en el caso de que no pueda evitarlo por no estar en su poder dicho animal, por habersele escapado o extraviado, y por eso no admite en esta clase de daños, como lo hace respecto de los que proceden de persona distinta del responsable, la prueba de la diligencia propia de un buen padre de familia...; pero no llega a los rigores de la primera de las teorías que hemos expuesto, toda vez que el artículo 1.905 re-

(54) *Comentarios*, 1931, tomo XII, pág. 573.

conoce como causas bastantes para la cesación de dicha responsabilidad la fuerza mayor y la culpa del damnificado”.

Como se ve, es un criterio distinto del seguido por el Código alemán, pues si bien éste declara escuetamente responsable al tenedor de un animal de los daños causados por él, aun sin culpa, sin embargo, afirma ENNECERUS (55), según la Novela de 30 de mayo de 1908, se exceptúan los casos de animales domésticos destinados a “servir a la profesión, al negocio..., etc., de su tenedor y éste ha observado en la vigilancia del animal la diligencia exigible en el tráfico”. Además del caso en que un extraño tome sobre sí, en virtud de contrato, la vigilancia de dicho animal, pues puede liberarse probando “que en su vigilancia ha desplegado la diligencia exigible...”, esto a pesar de ser considerado responsable en los mismo términos que el tenedor como consecuencia del contrato.

La Cour de Cassation francesa, ante el problema de adoptar para el artículo 1.385 la regla general de prueba de culpa, según el artículo 1.382, decidió desde 1885 que se presumía la falta sin haber prueba en contrario, excepto en dos casos: caso fortuito y culpa de la parte lesionada, limitándose con ello a adoptar la opinión de AUBRY ET RAU (56). Como esto suponía una presunción de culpa, presunción irrefragable, pues persistía aun en el caso que se probase que no hubo falta, contrariando además el artículo 1.352 del Código civil francés, se reformó ese modo de hablar por las Cámaras reunidas, estimando que los artículos 1.384, ap. 1.º, y 1.385 no declaran una “presunción de falta (culpa)”, sino “una presunción de responsabilidad” (57). El obligado a la guarda puede probar, lógicamente, no que fué diligente, sino que no es responsable por darse el caso fortuito o la culpa de la víctima. Así se consigue encauzar técnicamente la fuerza jurídica para exigir responsabilidades por daños que no deben sufrirse cuando la causa ha sido un animal cuyo uso pone en peligro los bienes ajenos; peligro que no justifica el derecho a usar del animal o ganado. En nuestro Derecho es más apropiado el modo de excusar esa responsabilidad, en cuanto que la reduce a la fuerza mayor y a la culpa de la víctima.

(55) Ob. cit., Oblig. II, págs. 703 y 704.

(56) MAZRAUD: Ob. cit., núm. 1.132.

(57) MAZRAUD: Ob. cit., núm. 1.113.

El daño.

Acerca del daño hay que tener en cuenta la necesaria relación de causa a efecto, que debe darse entre aquél y el animal. Además se requiere una intervención activa del mismo, pues si el animal se comporta pasivamente, siendo ocasión o mera causa material del daño, no surgirá, lógicamente, la responsabilidad. En este caso estiman los señores MAZEAUD (58) que el propietario o el que se sirve del animal habrá de probar la posición pasiva de éste.

El daño puede ser de cualquier especie, bien causado actuando directamente sobre los bienes ajenos o las personas, bien motivado con sus influencias dañosas; por ello se suele admitir entre los autores que habrá lugar a esta clase de responsabilidad por el hecho de comunicar el ganado una enfermedad contagiosa, considerándose que en este caso es el "hecho del animal el que ha causado el perjuicio" (59).

L) SOBRE EL DERECHO DE DISPONER DEL GANADO.

No cabe duda que el reponente recibe los cerdos para un uso entendido ampliamente; incluso puede admitirse la coposesión con el dueño, si se considera como sociedad el contrato de reposición. Pero, ¿podrá disponer de ellos por algún concepto? Creemos que él por sí solo, por el mero contrato, no está autorizado para una sucesiva reposición a cargo de tercero; esto supondría, o constituir nueva sociedad, lo que no puede hacerse sin autorización del otro socio, o sería sustituir a una parte obligada por el contrato a su prestación, lo que tampoco puede hacer por varias razones, entre otras por su carácter personal, porque se han tenido en cuenta sus condiciones personales para contratar con él.

Tampoco le autoriza el contrato para la venta de pieza alguna, ni aun con el ánimo de sustituirla por otra. Es distinto el disponer de su derecho a percibir el importe metálico a la disolución del contrato. En los demás casos será una disposición de bienes ajenos, cuyos efectos variarán según las condiciones en que se realice la misma. Si lo hace con ánimo de enriquecerse el reponente, tene-

(58) Ob. cit., núm. 1.177, 2.

(59) MAZEAUD: Ob. cit., núm. 1.118.

mos un caso típico de apropiación indebida, que lleva además consigo el abuso de confianza.

Esta circunstancia, novena de las agravantes, aparece como inherente a la apropiación indebida y a la estafa (60). Según el artículo 516, número 2, del Código penal, el hurto se castigará con las penas inmediatamente superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores, “si interviniere abuso de confianza”. Pero respecto a su contenido hay que tener en cuenta la elasticidad con que suele expresarse, pues el término “confianza” no tiene un concepto delimitado.

La jurisprudencia, nota ANTÓN ONECA (61), ha aceptado generalmente, sobre todo en la actualidad, la esfera más amplia, como si la intención del legislador hubiera sido comprender el “abuso de relaciones domésticas, de oficio, de prestación de trabajo..., etcétera”. Cualquiera que sea su amplitud, basado en la mente del legislador, apreciamos con toda exactitud en la indebida enajenación del reponente el abuso de confianza. Porque el cedente depositó en él una confianza que tiene derecho a exigir; las circunstancias en que se desarrolla el contrato de reposición, la entrega de un valor, a veces de gran importancia, sin garantía especial alguna en favor del cedente del ganado, hace que se imponga al reponente deberes de fidelidad que ha de cumplir.

Sin embargo, para el citado autor el fundamento del abuso de confianza sería no tanto el incumplimiento de un deber especial de fidelidad como la ocasión fácil para cometer el delito, por encontrarse el sujeto pasivo desprevenido y no contar con fácil defensa frente a quien espera la ocasión propicia para lesionar su derecho (62). No obstante, hay que tener en cuenta cómo el Tribunal Supremo ha exigido en varias sentencias, no sólo la infracción de un deber general de fidelidad, sino deberes especiales, como, por ejemplo, se ve en las sentencias de 6 de diciembre de 1918 y 12 de diciembre de 1923, entre otras.

Para que el reponente cometa el delito de apropiación indebida se requiere que lo hiciese con dolo y tuviera intención de enriquecerse. Diversas sentencias del Tribunal Supremo afirman esa exigencia del *animus lucri* (63). La sanción punitiva de este delito

(60) Sentencias: 22 febrero 1890, 15 octubre 1897, 28 marzo 1914 y 14 febrero 1945.

(61) J. ANTÓN ONECA: *Derecho penal*. Madrid, 1948, tomo I, pág. 372.

(62) ONECA: Ob. cit., pág. 372.

(63) Sentencias: 27 diciembre 1888, 22 marzo 1929 y 14 febrero 1945.

se contiene en el artículo 535 del Código penal, al disponer que serán castigados con las penas señaladas en el 528 y, en su caso, con las del 530, "los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren... cualquiera otra cosa mueble que hubiesen recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlo recibido". Hay que añadir a esa pena, como es de suponer, los daños y perjuicios causados al dueño o cedente del ganado, en nuestro caso, que deben ser resarcidos convenientemente.

Este es el mismo caso que tiene lugar cuando el aparcerero dispone, sin consentimiento del cedente, de alguno de los animales, prohibido expresamente por algunos Códigos, como el francés, artículo 1.812, para ambas partes contratantes sin el permiso mutuo; será culpable el aparcerero del abuso de confianza, según reconoce unánimemente la doctrina francesa (64) y algún autor portugués (65).

Un problema de importancia presentado en la práctica de este contrato de reposición es la postura del tercer adquirente respecto del propietario desposeído. Como esto supone entrar en contacto con el artículo 464 del Código civil, la solución de estos casos concretos cuenta con las mismas dificultades que se presentan en todos los casos en que hay interés en interpretar el sentido del mencionado artículo. No contamos con un criterio cierto e indiscutible; por ello hay que deducirlo de la doctrina elaborada alrededor del artículo 464 del Código civil.

Ségún este artículo, ¿podrá el propietario de los cerdos enajenados indebidamente por el reponente reivindicarlos del tercer poseedor? Este es el problema que en la reposición se ha planteado más de una vez.

"La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe —dice el artículo 464— equivale al título. Sin embargo, el que hubiese sido privado de ella ilegalmente podrá reivindicarla de quien la posea". Estos dos párrafos constituyen el núcleo de una seria y larga discusión, todavía empeñada, sobre la existencia en nuestra legislación de un principio de irreivindicabilidad de los bienes muebles. Además se presenta, al menos aparentemente,

(64) BAUDRY-LAC: Ob. cit., pág. 1247. AUBRY ET RAU: Ob. cit., pág. 689, nota 6 bis.

(65) DA CUNHA: Ob. cit., pág. 380.

una contradicción con el artículo 1.955 a los efectos de la prescripción adquisitiva.

Como es sabido, hay quien estima que en el artículo 464 el legislador establece el principio de irreivindicabilidad en la adquisición de los bienes muebles, basado en que ese título de que habla el artículo en favor del adquirente es un título de propiedad. Ahora bien, no se trata de irreivindicabilidad absoluta, ya que en seguida añade: "Sin embargo...". NAVARRO AMANDI encuentra el fundamento de tal principio en el Código francés, artículo 2.279, que impone el principio germánico de irreivindicabilidad (66). Igualmente, ALAS sostiene la aplicación germánica a la doctrina del 464 (67).

Consecuencia de esto sería que el tercero que adquiere del reponente no podría ser desposeído por el propietario, quien se vería reducido a exigir contra aquél las acciones personales correspondientes, además de las penales. Y ello debido a que el propietario se desposeyó voluntariamente de sus animales, causando con esto una aparente titularidad que en el tráfico es necesario mantener para evitar perjuicios de terceros adquirentes.

Por el contrario, como también es suficientemente conocido, se sostiene por otro grupo de la doctrina española (68) que el título aludido en el 464 es un título de posesión en orden a la usurpación, según el 1.955. Como dice TRAVIESAS (69), el 464 sienta una presunción *juris tantum* de que el poseedor de buena fe es propietario, que se convertirá en *juris te de jure* cuando hayan transcurrido los tres años de la prescripción ordinaria. La dificultad que encuentra es la conciliación con el artículo 1.955, párrafo 1.º SÁNCHEZ VELASCO, por el contrario, cree que no hay antinomía alguna; "lo que pasa es que el principio del artículo 464 limita el ámbito de aplicación del artículo 1.955" (70).

Pero, aun admitiendo que no hay duda, como dice CASTÁN (71), que el Código establece la regla general de irreivindicabilidad, ya que de otro modo no tendría explicación la frase "sin embargo", todavía sigue en pie el problema, pues si sólo se daría la reivin-

(66) *Comentario del Código civil reformado*, 1881, tomo II, pág. 188.

(67) *La publicidad y los bienes muebles*, págs. 131 y sigs.

(68) MUSCIUS SCARVOLA: *Código civil*, tomo VIII, págs. 561 y sigs. MANRESA: Ob. cit., 4.ª edición, tomo IV, págs. 337 y sigs.

(69) "Extinción y reivindicación...", *Rev. Der. Priv.*, 1920, págs. 205 y sigs.

(70) H. SÁNCHEZ VELASCO: "Los artículos 464 y 1.955", *R. Crítica Der. Inmobiliario*, 1942, pág. 320.

(71) Ob. cit., pág. 51.

dicación en casos especiales —pérdida y privación ilegal—, ¿cuándo nos encontraremos con una privación que provoque la acción reivindicatoria? DE BUEN (72) estima que lo que en el Código francés es una excepción, casos de pérdida y robo, se amplía extraordinariamente en el Código español, en términos tales que destruye el principio de irreivindicabilidad anteriormente expuesto, según los moldes del Código napoleónico.

De aquí, pues, que preguntemos: La enajenación hecha por el reponente, ¿es privación ilegal a los efectos de la excepción al principio sentado por el 464? Si siguiéramos una interpretación extensiva no cabe duda que privación ilegal sería cualquier acto delictivo contra la propiedad ajena, incluso éste del reponente, acompañado de abuso de confianza. El proyecto del Código francés, observa BAUDRY (73), concedía al aparcerero cedente el derecho de reivindicar los animales de aquellos a quienes el aparcerero arrendatario los hubiese enajenado; “pero esta disposición —dice— fué suprimida por estar en contradicción con el artículo 2.279”.

Por tanto, no entró dentro de las excepciones en que prevalece la reivindicación. Le queda siempre, como es lógico, al propietario las acciones para exigir la indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.382 francés), además de las penas correspondientes. BAUDRY también cree que puede ser pronunciada contra el aparcerero enajenante la resolución del contrato, basado en el artículo 1.816 francés, porque ha faltado a sus obligaciones (74).

La solución de nuestro problema para el Derecho francés no tendría dificultad ninguna, pues el tercer adquirente de buena fe se hace propietario, según el artículo 2.279, aunque el vendedor haya cometido abuso de confianza (75), desde su entrada en la posesión del bien mueble. La privación ilegal tiene un concepto reducido a los efectos de la reivindicación.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho no contamos con un concepto de privación ilegal en la jurisprudencia. Sin embargo, dentro del Código, dice HERNÁNDEZ GIL (76), no puede afirmarse que “toda disposición por otro es ilegal y equivale a privar de

(72) *Anotaciones Colin*, tomo II, págs. 1000 y sigs. *Derecho civil común*, 3.ª edición, tomo I, pág. 234.

(73) *Ob. cit.*, pág. 1247.

(74) *Ob. cit.*, pág. 1248.

(75) BAUDRY-LAC: *Ob. cit.*, pág. 1247.

(76 y 77) “El giro de la doctrina...”, *Rev. de Derecho penal*, año 1944, pág. 510.

la cosa al propietario”, o sea que no son posibles las adquisiciones a *non domino* (77).

Ciertamente, como hace el autor, se pueden citar numerosos supuestos en el articulado del Código, como el 1.160, 976, 1.765 y 1.897, por ejemplo, donde se regulan y se reconoce su validez a las disposiciones de cosas por quienes carecen del poder de disposición o no les pertenecen tales bienes enajenados, dejando a salvo las acciones personales. Para HERNÁNDEZ GIL dentro del Código es posible encontrar elementos suficientes para formular una definición más precisa y viable de “privación ilegal”, en términos en que hasta la actualidad no se ha pronunciado la doctrina (78).

Ese posible concepto de “privación ilegal” lo deduce del artículo 1.962, relacionado con el 464, a través del 1.955. “Privación ilegal —dice—, según una interpretación auténtica, equivale a sustracción, y que privación ilegal o sustracción, según una interpretación auténtica también, equivalen a robo o hurto” (79). Ahora bien, siguiendo al citado autor, el legislador pudo cometer un error de redacción en dicho artículo 1.962. A favor del error, anota, “figura un contenido identificable con el del artículo 1.956”, referente, como se sabe, a la imprescriptibilidad de las cosas robadas o hurtadas en favor de los que las robaron o hurtaron. “A favor de que hurto y robo sea la interpretación auténtica de privación ilegal, figura, junto a una cita expresa de la norma, un contenido, gramatical y legislativamente confundible, pero científicamente perfecto” (80).

Caso de admitirse el error de redacción, llevada al extremo de sus consecuencias, no tendría otro resultado que el de no permitir afirmar “lisa y llanamente” que el artículo 1.962 no define la privación ilegal como hurto o robo, pero de ningún modo que privación ilegal sea cualquier privación contraria a la Ley. “Y feliz error aquel que hace decir al legislador, inconscientemente, lo que no acertó a expresar en su momento” (81). En fin, el autor independiza el concepto de privación ilegal de uso ordinario en la técnica civil y el contenido en los primeros párrafos del artículo 464. “Que allí donde se produzca una privación ilegal surja por necesidad una acción reivindicatoria insostenible es lo

(78) HERNÁNDEZ GIL: Ob. cit., pág. 511.

(79) HERNÁNDEZ GIL: Ob. cit., pág. 512.

(80) Ob. cit., pág. 513.

(81) Ob. cit., pág. 514.

que queremos negar, porque ni lo dice ni lo puede decir el Código civil" (82).

Con lo que hemos expuesto contamos con criterios suficientes para enjuiciar y resolver la situación del tercero adquirente de buena fe, en virtud de la enajenación indebida hecha por el reponente. No cabe duda que la acción llevada a cabo por éste es privación ilegal, es una disposición delictiva de bienes ajenos. Ahora bien, no siempre el Código ha sancionado las enajenaciones de bienes hechas por quienes no les pertenecen con una acción reivindicatoria; recordemos, por ejemplo, los supuestos conocidos de los artículos 1.765 y 1.897, entre otros. Si se logra deducir del Código civil que el legislador en el 464 entiende por privación ilegal el hurto y el robo, resultará que en todos los demás casos en que haya habido un despojo voluntario por parte del propietario en favor de un comodatario, arrendatario, depositario, etcétera, las enajenaciones de éstos sobre los bienes recibidos serán válidas y tales bienes irreivindicables para los terceros de buena fe, según el artículo 464.

El reponente, pues, al ejecutar una enajenación indebida quedaría incluido en el mismo supuesto de irreivindicabilidad, haya cometido abuso de confianza o no. Quedarán siempre a favor del propietario desposeído las acciones personales civiles y criminales correspondientes.

En el Derecho portugués existe un artículo, dedicado a la enajenación indebida del ganado llevada a cabo por el aparcerero industrial o guardador, concediendo al propietario el derecho de reivindicar los animales siempre de cualquier poseedor, excepto un caso: cuando el ganado fué rematado en *praça*. Es un criterio distinto al que puede deducirse de nuestro Código y al que mantiene la legislación y doctrina francesas.

Para el Código portugués el abuso de confianza entra en los supuestos de reivindicación. Dicho artículo es el 1.317, entre los dedicados a regular la aparcería pecuaria, que dice textualmente: "El propietario cuyo ganado fuera indebidamente enajenado por el aparcerero industrial tiene derecho a reivindicarlo, excepto cuando el ganado es rematado en *praça*, quedando en esta hipótesis a salvo su derecho a indemnización de daños y perjuicios contra el aparcerero industrial que no le haya avisado a tiempo."

(82) Ob. cit., pág. 516.

Son, pues, dos supuestos: la enajenación indebida hecha por el aparcerero y la ejecución o remate; en este último caso es necesario el aviso al propietario, pues de no darlo podrá éste ejercitar una acción de daños y perjuicios contra el aparcerero. Esta excepción hecha por el artículo 1.317, observa DA CUNHA (83), es aplicable sólo a la venta forzosa “por orden de la autoridad judicial, fiscal o sanitaria”, no a cualquier otra venta pública por iniciativa del aparcerero industrial (por ejemplo, el *leilao* en una feria).

En el contrato de reposición no es extraño una acción directa de la autoridad administrativa, especialmente por motivos sanitarios. Los efectos de tal acción son distintos, según los supuestos que se consideren; siempre constituyen, indudablemente, una obligación, a cargo del reponente, de avisar al propietario. Bajo otro aspecto es un caso de fuerza mayor que libera a ambas partes de sus respectivas obligaciones; considerada como enajenación, nunca constituirá un supuesto de enajenación indebida. Al contrario sucede algunas veces en la venta por intervención judicial, pues cabe pensar que el reponente hubiese constituido el ganado en prenda a consecuencia de un préstamo; llevada posteriormente a la ejecución, por el acreedor que reclama judicialmente su crédito, tendríamos al ganado en peligro inminente de venta.

Aparte de este aspecto de la prenda tiene otro, y es el de constituir abuso de confianza. Porque el que da una cosa en prenda es como si la enajenara, pues el artículo 1.858 dice que “es de esencia... que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda...”. Además, el artículo 1.857, párrafos 2.º y 3.º, exige la propiedad y libre disposición de los bienes por el que los da en prenda. La pignoración, por tanto, entra perfectamente en el supuesto de apropiación indebida con abuso de confianza, al menos en su última fase o de enajenación.

Ahora bien, se puede pensar en una venta lícita aun en el supuesto de no contar con el propietario. Y es que la apropiación indebida supone una acción dolosa, por lo que puede ocurrir que la venta se hiciera en interés del ganado, es decir, de ambos contratantes, como sucedería, por ejemplo, con la intención de evitar la propagación de una epizootia o enfermedad contagiosa.

(83) Ob. cit., pág. 383.

Este supuesto lo recogen y admiten la jurisprudencia francesa (84) y tratadistas como BAUDRY (85) en el contrato de aparcería pecuaria. Si en varias de las modalidades jurídicas de este contrato tiene tal facultad, aparentemente más fundadamente, por estar investido el aparcerero industrial del derecho de propiedad sobre parte del ganado (las crías) y juntamente le asiste la facultad de disponer de cualquier animal, aun del capital, con el consentimiento del propietario (artículo 1.812 del Código civil francés), no sucede lo mismo en la reposición de ganados respecto del reponente y en donde ni por cláusulas ni por disposiciones legales consta derecho parecido a su favor. Sin embargo, debido al peligro que corren los intereses comunes, podemos pensar:

- a') Si consideramos a este contrato como tipo de sociedad, o por analogías con ella se le aplican sus normas, resulta que, siendo el reponente administrador autorizado para el buen éxito del contrato a adoptar cuantas medidas redunden en ese éxito, tiene legítimo derecho para que, en caso de no poder acudir al propietario o socio cedente, se venda el ganado, liquidando con aquél el importe correspondiente.
- b') Si no lo consideramos de otra manera sino como contrato complejo, siempre tendrá derecho a exigir del propietario del ganado, una vez comunicado el peligro, si da tiempo, que se venda para salvar ambos intereses; caso de no haber tiempo, entra en sus facultades el derecho de enajenar todo o parte del ganado, como si se tratara de aquellas medidas urgentes y preliminares que ya vimos en otra ocasión, para defender al ganado, le correspondían.

Cabe pensar que el reponente recurrió al propietario solicitando la venta por dicho motivo y que se hubiese negado a dar su consentimiento para la venta. ¿Podrá recurrir al juez el reponente? La doctrina francesa, respecto de la aparcería pecuaria, estima que cuando alguna parte sin motivo legítimo se niega a dar su consentimiento para la venta de algún animal cualquiera, sea beneficio, sea capital, la otra parte puede solicitar y obtener la autorización judicial para la venta, teniendo derecho además

(84) *Cassation*, 20 agosto 1880.
(85) *Ob. cit.*, pág. 1248.

a la indemnización de los daños y perjuicios cuando hubiese lugar (86). Claro está que el consentimiento ya lo impone como necesario el aludido artículo francés 1.812, aunque sin decir en qué ocasiones ni circunstancias.

En el contrato de reposición de ganados, si llega la situación por cualquier circunstancia, como es la más frecuente el peligro de una epizootia o enfermedad que va a diezmar el ganado, de tal modo que una medida para salvar los intereses de ambos es una venta para el sacrificio, no puede hablarse de suplir judicialmente el consentimiento del cedente o propietario a que estuviese obligado por el contrato. Pero sí puede el reponente exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados a su parte en el negocio y salvar toda responsabilidad desde ese momento.

M) ¿QUIÉN DEBE CONSERVAR EL GANADO?

Entregada la cosa para un uso, si bien especial, en común, ¿puede hablarse propiamente de una obligación de conservar el ganado en perfectas condiciones a cargo del dueño o cedente? Sabemos que al cederlo o aportarlo queda obligado el reponente a su cuidado, obligación que se extiende desde procurar el alimento hasta vigilar posibles enfermedades. Y cuando éstas surjan debe avisar al dueño para que, según vimos, intervenga en asunto de tanta importancia.

Las razones de su intervención lógicamente saltan a la vista: es el dueño, no se desprendió de su dominio; sólo es común un cierto uso, que se concreta en un interés común, valorado en pesetas, en proporciones diferentes. Por ello, parece, según esto, que él es el obligado a conservar la cosa en condiciones de que siga prestando su uso y que de él serán los gastos que se originen para su conservación. Y esto parecen confirmarlo las partes cuando expresan en el contrato que los gastos provocados por las enfermedades o epizootias serán de cuenta exclusiva del dueño de los animales.

Para enjuiciar esta situación vamos a recordar que donde no hay un uso o aprovechamiento directo y material del ganado, sino especial, difícilmente puede exigirse una conservación como en el arrendamiento de cosa; además hay que añadir que ya de por sí

(86) AUBRY ET RAU: Ob. cit., pág. 689. BAUDRY-LAC: Ob. cit., págs. 1248-1249.

el modo propio de conservar el ganado es su cuidado y éste entra, como efecto del contrato, a cargo del reponente. No queda otro peligro que amenace su conservación sino la muerte fortuita y la pérdida del cebo por enfermedades. La pregunta será, por tanto: ¿A qué está obligado el dueño de los animales?

Como al darse el ganado a "reposición" sólo se pretende su cebo, como no puede ponerse frente a frente el dominio de una parte y el uso o posesión de otra, y como llega un momento en que el ganado que se entregó para que fuese común cierto uso resulta que lleva a unir a ambas partes en un interés indivisible (el cebo, las arrobos puestas), parece que necesariamente inter venga en la obligación de conservar el ganado el propio reponente. No hay duda de la existencia de un interés común, un valor que corresponde a ambas partes, aunque en proporciones desiguales, y, por tanto, se pregunta: ¿No es también común el riesgo? ¿No parece que lógicamente sean a cargo de ambos los gastos necesarios para evitar el daño de la epizootia o enfermedad?

La solución la acuerdan las partes de modo diferente, estableciendo que el dueño está obligado a hacer frente a los gastos que ocasionen las enfermedades, aunque el reponente colabore en el aspecto práctico de su actividad, asistiendo al ganado a las órdenes del veterinario.

Sin embargo, al liberarle de participar en estos gastos parece que con ello se ha dispensado al reponente de una obligación que también le incumbía, aunque respecto de las arrobos puestas y en proporción menor que el dueño. Puede suceder que en el contrato, redactado a veces en líneas simplicísimas, no diga expresamente nada sobre esta responsabilidad. ¿Qué debe resolverse? A nuestro parecer, vive en la costumbre antiquísima el hecho de responder el dueño solo, con la simultánea liberación del reponente, que creemos ya es usual en estos contratos, por lo que sería suficiente alegar y probar este uso.

¿Por qué en estos contratos se ha dispensado al reponente de esta obligación? Pensamos que han sido varias las razones: primero, el hecho de no desprenderse el dueño de la propiedad; segundo, por parecer que se trata de gastos extraordinarios, y, tercero, porque el reponente, al morir el ganado o enfermar, ya pierde, como suele de ordinario, todo o parte del peso aumentado. ¿No sería gravarle nuevamente sus intereses? Por último, supone un dato más que le acerca a las normas del contrato de sociedad.

Así el artículo 1.691 del Código civil, párrafo 2.º, dice: "Sólo el socio de industria puede ser eximido de toda responsabilidad en las pérdidas."

N) ¿DEBE EL DUEÑO MANTENER EN LA POSESIÓN AL REPONENTE?

Siendo necesario que permanezca el ganado bajo la custodia del reponente, a fin de utilizarlo en la forma que ya hemos visto, que origina la posesión a tales efectos sólo, ¿puede decirse que el dueño esté obligado a mantenerlo en la posesión mencionada.

Aceptada esa posesión, no cabe duda que debe ser garantizada para caso de evicción, teniendo que acudir al contrato de compraventa para tomar las disposiciones jurídicas a este efecto.

Si se considera como forma de sociedad el contrato de reposición, aparece perfectamente aplicable el artículo 1.681, párrafo 2.º. Dice que, siendo cada socio deudor a la sociedad de lo que ha prometido, "queda también sujeto a la evicción en cuanto a las cosas ciertas y determinadas que haya aportado a la sociedad..."; remitiendo, en cuanto a los casos y al modo de exigirlo, a lo establecido para el vendedor respecto del comprador.

Algún Código, como el portugués, es más explícito respecto de situación semejante como la presentada en el contrato de aparcería pecuaria. Así dispone su artículo 1.307: "El aparcero propietario está obligado a asegurar la posesión y el uso de los animales... al aparcero industrial y a sustituir por otros, en caso de evicción, los animales eviccionados; además responderá de los daños y perjuicios a que diere lugar por la inejecución del contrato". Como vemos, no será un supuesto extraño, éste de la evicción, respecto de nuestro contrato.

Ahora bien, propiamente el supuesto de la evicción, tal como lo regula nuestro Código civil para la compraventa, artículos 1.475 y siguientes, no puede darse en el contrato de reposición, ya que esto supondría que el reponente sería privado del ganado por sentencia firme. No creemos que pueda ser demandado en los términos del artículo 1.482 como el comprador, pues el reponente no aparece ostentando el título de dueño.

Podrá ser privado de todo o parte del ganado, pero no en virtud de sentencia dada contra él, sino contra el dueño o cedente del ganado. En la hipótesis de ser privado el reponente de la posesión de los animales porque es atacado o resuelto el derecho del

dueño o cedente, entendemos que se resolverá el contrato de reposición. Ahora bien, al reponente le asistirá un derecho frente al que resulte ser dueño para que éste le indemnice por enriquecimiento sin causa. Cabe preguntar que en qué ha de consistir la indemnización, porque es diferente el resultado caso de que hubiera habido o no cebo o aumento de peso. En caso afirmativo, parece que una solución oportuna sería exigir el reponente el importe global en metálico que resulte según el precio normal a tanto por arroba. Pero en caso negativo, es decir, si falta el aumento de peso, ¿tendrá derecho a que se le indemnice en una cantidad proporcional al tiempo que los tuvo en su poder alimentándolos?

La solución afirmativa a este último supuesto tendría un fuerte apoyo si consideramos que, resuelto el contrato de reposición, frente al nuevo y verdadero dueño, el reponente se ha comportado como un depositario; por tanto, según el artículo 1.779 del Código civil, el depositante (dueño en este caso, vencedor en la evicción) está obligado a reembolsar al depositario los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa, o sea el ganado.

Del mismo modo esta situación puede relacionarse con el artículo 453 del Código civil, que exige abonar los gastos necesarios "a todo poseedor". Podría, quizá, preguntarse si el reponente ha realizado sólo gastos necesarios.

Junto a esta acción frente al que vence en la evicción tiene el reponente otra acción para dirigirse contra quien hizo de dueño o cedente en el contrato de reposición, para indemnizarse de los daños y perjuicios, si demuestra que hubo mala fe de su parte, no comunicando debidamente las causas que podían resolver su derecho, sabiéndolo.

Por lo que se refiere al caso de ser privado el reponente de parte del ganado, evicción parcial, hay que decidir que si la parte es de importancia se supondrá que el reponente no hubiera aceptado el contrato en semejantes condiciones, teniendo, por tanto, derecho a resolverlo, con la indemnización que corresponda.

Ñ) PERTURBACIONES DE LA POSESIÓN.

Si bien el reponente no tenga el goce o uso en sentido estricto del ganado, como ya dijimos, pero como al mismo tiempo el fin característico del contrato parece exigir algo más que una mera detentación, se desprende que deberá tener derecho a una pose-

sión pacífica; posesión que ha recibido, bien por desplazamiento, bien por llamamiento a una conjunta posesión, para obtener un resultado económico de interés para ambas partes.

Por tanto, hay que pensar en la actitud del reponente frente al dueño del ganado y frente al tercero, como posibles perturbadores de la posesión necesaria para el contrato; al mismo tiempo hay que estudiar las medidas utilizables en su caso para que cese la perturbación. Nos servirá de norma a la que ajustarnos, salvando las diferencias, la doctrina acerca de las perturbaciones de la posesión en el arrendamiento. Y así como el arrendador garantiza el goce pacífico de la cosa arrendada, absteniéndose de actos propios que lo perturben, ya de hecho, ya de derecho, de un modo semejante sucederá en el contrato de reposición. El estudio de esta materia lo haremos exponiendo antes la situación del reponente frente al dueño y a continuación ese mismo problema, pero respecto de terceros.

1.º *Actos propios.*

El principio general podemos formularlo en estos términos: el dueño o cedente queda obligado, respecto de los animales, a abstenerse de todo acto ilegítimo o inoportuno que obstruya la "reposición", objeto del contrato. Ahora bien, el dueño o cedente mientras dura la reposición no queda al margen del contrato; no se limita a esperar los resultados del mismo, inhibiéndose de toda intervención mientras no se le avise del peligro de alguna enfermedad o daño, sino que su actitud es de colaboración, si bien, por las circunstancias en que se desarrolla el contrato, sea el reponente quien lleve la dirección práctica de todo el negocio. Por ello hemos de recordar lo que ya dijimos a este respecto.

Si el contrato de reposición lo consideramos como forma de sociedad la posesión sobre el ganado corresponde a ésta, y el reponente, en su nombre, ostenta la posesión directa y material. Pero, como ya dijimos, este tipo parciario no tiene repercusión en negocio alguno con terceros, por lo que en definitiva se reducirá en la práctica a una coposición, pues tan sólo forman la relación social dos miembros. Si, por el contrario, no se acepta su aspecto de figura asociativa, seguimos ante el supuesto de una posesión a favor del reponente que hay que respetar, por los mismos medios que veremos a continuación.

Pudiera pensarse que serán muy pocos los casos de perturbaciones de hecho cuando se trata de cerdos en "reposición", dada la confianza que se deposita en el reponente, la libertad de que él goza en el ejercicio del contrato y por tratarse de animales ya preparados que se destinan sólo al sacrificio. En la práctica pueden presentarse, no obstante, numerosos y graves inconvenientes en este aspecto, por lo que debe tenerse en cuenta su importancia.

Es cierto que serán más frecuentes esos actos inquietantes en animales dados a "reposición" cuando pertenecen a la especie mular, vacuna o caballar, respecto de los cuales caben más intervenciones por parte del dueño; piénsese en el desplazamiento con motivo de ferias, exposiciones que se presentan, castración, reproducción, etc.

Frente a la actitud perturbadora del dueño del ganado tiene el reponente la acción contractual por la que exige el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Juntamente le asiste el derecho a ser indemnizado de cuantos daños y perjuicios se ocasionen con tal actitud. Por último, le queda la resolución del contrato. Dichas acciones, como es de suponer, las ejercerá el reponente o en nombre propio o en nombre de la sociedad, según los casos y la decisión acerca de la naturaleza jurídica de la "reposición".

Con este motivo se plantea el problema de si el reponente, como poseedor, puede oponerse a esas perturbaciones del dueño mediante interdictos. Esta dificultad ya se ha presentado respecto del arrendatario frente al arrendador, y sobre su solución "no existe unanimidad —dice el profesor Cossío (87)— entre la jurisprudencia de los diferentes tribunales, aunque parece que la más reciente tendencia se dirige a la admisión del interdicto del arrendatario contra el arrendador".

Creemos que el reponente estará legitimado para usar de los interdictos contra el propio dueño o cedente del ganado. Esto lo deducimos de la siguiente argumentación. Partimos de la base de estar autorizado el reponente, sin duda alguna, para ejercitar los interdictos contra terceros perturbadores. Y esto porque el artículo 446 del Código civil concede este derecho a todo poseedor, sin distinción alguna. Además, porque ya la Ley de Enjuiciamiento civil concedió el ejercer el interdicto de recobrar a todo po-

(87) Ob. cit., págs. 478-479.

seedor, aunque fuese simple detentador. Por último, la sentencia de 3 de abril de 1884 declaró que, según el artículo 724 de esta Ley, el interdicto de recobrar compete tanto al poseedor civil como a los detentadores, es decir, a los que tienen la mera ocupación actual y corporal de ella, con derecho o sin él, pues es distinta la significación de los términos "posesión" y "tenencia". El artículo 1.651 del Código civil equipara respecto de los interdictos a la posesión y detentación. Por tanto, ni el Código ni la Ley de Enjuiciamiento hacen distinción alguna de la persona que produce la perturbación.

De lo anteriormente expuesto se deduce que el reponente está autorizado para ejercer los interdictos contra un tercero, sin duda alguna, como veremos más adelante con cierto detalle, y contra el propio dueño o cedente del ganado, en los artículos anteriormente mencionados no se hace distinción. De ahí que JIMENO GAMARRA (88) estime que no debe ofrecer duda la facultad de ejercer los interdictos contra el propio dueño, en el arrendamiento, de la cosa arrendada, precisamente basado en los artículos 446 del Código civil y 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que no distinguen entre la persona que perturba y el dueño de la cosa arrendada.

Hay que tener en cuenta que los actos del propietario no son igualmente perturbadores de la posesión como los del tercero, pues constituyen un verdadero incumplimiento del contrato, ya que por éste viene obligado a ceder la posesión y mantener en ella al poseedor (arrendatario, reponente, etc.). ¿Puede esto impedir el ejercicio de los interdictos contra el dueño? Se estima que no (89), por la compatibilidad de las obligaciones contractuales y extracontractuales entre sí.

2.º Actos de un tercero.

Ya sabemos que un poseedor puede ser inquietado en el uso pacífico de la cosa poseída mediante cualquier acto, arbitrario o no, o mediante una acción judicial o extrajudicial por la que se aduce un derecho, ambos ejecutados por un tercero extraño al

(88) "La posesión de las cosas arrendadas y su defensa interdictal", *Rev. I. de Legis. y Jurispr.*, 1946, pág. 671.

(89) RODRÍGUEZ SOLANO: "El interdicto de recobrar y las relaciones arrendaticias", *Rev. Der. Priv.*, 1944, págs. 927 y sigs.

contrato. Igualmente conocemos ya la defensa que le asiste al poseedor perturbado, según el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil, o sea oponer al tercero los interdictos posesorios. Así, también, aplicando estos principios a la posesión que reconocemos en el reponente, deducíamos que también él quedaba legitimado para el ejercicio de esas defensas interdictales.

Ahora bien, puede presentárenos un pequeño problema, y es el preguntarnos: ¿Posee el reponente en nombre propio o en representación del dueño del ganado? Porque pudiera muy bien ser esta circunstancia una dificultad. Fijándonos en la forma en que los civilistas plantean y resuelven este mismo problema con ocasión del arrendamiento conseguimos una orientación bastante segura para conocer la situación del reponente.

Según el profesor Cossío (90), "los civilistas más modernos estiman... que entre los poseedores en nombre ajeno a que alude el artículo 431 no deben incluirse el arrendatario..." y demás tenedores análogos, es decir, el comodatario, usufructuario y demás tenedores, entre los que hay que incluir al reponente, "sino sólo —continúa— los llamados servidores de la posesión, como son los administradores, mandatarios, encargados, etc., que ejercen la posesión de otros sin ser ellos mismos poseedores".

Al mismo tiempo consideran tales autores que son poseedores tanto el tenedor como el dueño. DE DIEGO (91) ya lo advertía acerca del arrendamiento, estimando que el arrendatario, siendo poseedor, no impide, según él, que no pueda serlo también el dueño, pues aunque la posesión no puede pertenecer a dos personas a la vez esto quiere decir por un mismo título y sobre la misma cosa, pero que es posible una compatibilidad cuando los sujetos ostentan títulos distintos. Esto ocurre en los casos de posesiones que corresponden al dueño por su derecho de dominio, al usufructuario por el usufructo y al arrendatario por el arrendamiento. Basados en estas orientaciones podemos resolver que igualmente en el contrato de reposición se da la ya conocida posesión, bien en favor de la sociedad, si así se admite, o bien en favor del reponente; pero en ambas situaciones no existen servidores de la posesión de otro, sino poseedores, bien independientes, bien al mismo tiempo.

Es más: según JIMENO GAMARRA (92), "para el Tribunal Supre-

(90) Ob. cit., pág. 480.
(91) Ob. cit., pág. 438, tomo III.
(92) Ob. cit., pág. 670.

mo, aunque el arrendatario posea en nombre del dueño, posee también en nombre propio. Poseerá en nombre propio la posesión natural, que basta para poder ejercitar los interdictos, y en nombre del dueño la posesión civil, que también está protegida por los interdictos, aunque además produzca otros efectos". Doctrina, como se ve, extensiva al caso que examinamos. Con lo cual se determina que el reponente no es servidor de la posesión de otro y está legitimado para utilizar los interdictos.

Las perturbaciones provenientes de un tercero pueden ser de hecho o de derecho. Las estudiaremos separadamente.

a) *De hecho*.—Se entiende por perturbaciones de hecho todo acto directo o indirecto sobre la cosa poseída sin alegar derecho sobre ella. Ya sabemos quién puede hacer frente y exigir el cese de estas perturbaciones. Ahora bien, ¿es responsable el dueño del ganado? El dueño del ganado no falta al cumplimiento de su obligación porque el tercero realice actos perturbadores, por lo cual no puede enfrentarse contra él ni pedirle indemnización de daños y perjuicios. Esto es claro.

Siendo el reponente perturbado en su posesión, al dirigirse contra el tercero le reclamará la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Y se pregunta: ¿El importe de tal indemnización lo percibe sólo el reponente? Si se considera al contrato de reposición como sociedad, lógicamente a ella corresponde percibirlo. Pero si se desestima esa teoría, entonces hay que pensar que los actos perturbadores afectan no tanto al uso o goce pacífico de una cosa como a la consecución de un interés común; por tanto, el daño alcanza también al dueño o cedente del ganado. En ambos casos vendrían las partes a percibir un tanto proporcionado al daño que particularmente haya recibido.

Aparte de esta facultad defensiva que le corresponde al reponente, no olvidemos que también él tiene la custodia de los animales, y ésta de un modo especial; por tanto, entendemos que, no sólo tiene derecho a defender esa posesión frente a las perturbaciones de terceros, sino que al mismo tiempo le urge una obligación de conseguir que cesen, si bien por otro título.

Ante la pasividad del reponente, ¿puede intervenir el dueño del ganado? No cabe duda que sí. Es más: incluso en el caso que esté dispuesto o haya empezado a actuar el reponente. Así, en situaciones semejantes, como son los arrendamientos de cosa, se ha estimado que el arrendador puede enfrentarse con el tercero que

realiza tales actos inquietadores (93). La razón principal es que el arrendador sigue poseyendo la cosa aunque esté arrendada.

En el contrato de reposición, aparte de que el dueño siga siendo poseedor, con lo que ya está autorizado, según el Código, para oponer los interdictos, hay que resaltar, sin embargo, el interés directo que él tiene en el fin del contrato; le une a éste algo más que el ser dueño de la cosa (ganado) que aportó o cedió. El mismo reponente vimos que está obligado a poner en conocimiento, no sólo enfermedades, sino cuanto sea nocivo al ganado, precisamente para que también él se persone y defienda con su colaboración los intereses comunes en el contrato. No podemos pensar que su intervención sea solamente para asegurar la conservación de la cosa.

Acerca de las perturbaciones de hecho hemos de tener en cuenta, por analogía, lo establecido en el artículo 1.560 del Código civil, según el cual no existe perturbación de hecho cuando el tercero, ya sea la Administración, ya un particular, obra en virtud de un derecho que le corresponde.

En el contrato de reposición son frecuentes los supuestos en que se imponen medidas sanitarias o se dan disposiciones administrativas que afectan al ganado, viéndose en peligro los derechos nacidos del contrato y presentando algunos problemas en la práctica. En tales casos el reponente no tendrá acción ni contra el dueño del ganado, ni contra la autoridad administrativa, ni, en su caso, contra el tercero, porque no hay perturbación propiamente dicha.

b) *De derecho.*—Se producen perturbaciones de derecho cuando el tercero provoca o intenta provocar la interrupción del goce de la cosa, mediante actos judiciales o extrajudiciales, alegando un derecho sobre la cosa (PACIFICI MAZZONI) (94). Para LAURENT lo que caracteriza la perturbación de derecho es que el tercero pretenda o afirme que la cosa arrendada no pertenece al arrendador (95).

Creemos también que en el contrato de reposición caben muchas veces perturbaciones de derecho, como sucedería si un tercero alega un contrato de reposición otorgado sobre el mismo ganado, o bien exigiendo la ejecución de una prenda sin despla-

(93) Cossío: Ob. cit., pág. 485.

(94) CASTÁN: Ob. cit., tomo III, pág. 141.

(95) Cossío: Ob. cit., pág. 483.

zamiento que recayese sobre dichos animales, o pidiendo la entrega del ganado como consecuencia de la compraventa celebrada con el dueño, o, por último, la acción de los acreedores, quienes mediante el embargo atentan contra el contrato de reposición, si bien indirectamente. En todas estas hipótesis el derecho del reponente aparece perturbado y se requiere solucionar las dificultades presentadas.

Cuando se trata del caso en que un tercero alega un derecho totalmente opuesto al del reponente, como es el supuesto de otro contrato de reposición, entendemos que se deberá estar a la fecha en que ambos se otorgaron, a la entrega del ganado, etc. Si fuese vencido en juicio, lógicamente exigirá del dueño la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Pero puede suceder que el tercero sólo pretenda el cumplimiento de un crédito contra el dueño del ganado, mediante la ejecución de la prenda agrícola que se había constituido sobre éste en favor tan sólo de su crédito particular. Hay que tener en cuenta que los efectos han de ser distintos, según que la prenda se haya constituido antes de iniciarse el contrato de reposición o durante la vigencia de éste, siempre que en ambos casos la ejecución del crédito pignoraticio sobrevenga antes de finalizar la reposición.

El dueño del ganado sabemos que puede constituir la prenda sin desplazamiento, ya que el Código dice que podrán concertarla "los ganaderos respecto de sus ganados..." (artículo 1.864 bis, 2.º), y el Real Decreto de Prenda agrícola, de 22 de septiembre de 1917, artículo 1.º, se expresa en los mismos términos respecto de los agricultores y ganaderos sobre sus ganados. Al mismo tiempo no existe inconveniente ninguno en dar los animales a reposición una vez pignorados, pues el artículo 1.871 bis, párrafo 3.º, dice que "el deudor que conserve en su poder las cosas pignoradas podrá dedicarlas a su uso natural sin menoscabo de su valor".

Por tanto, llegado el momento del cebo, como fin natural de la explotación de esta clase de ganado, se encuentra el dueño o cedente autorizado por este artículo. Como en el contrato de reposición el ganado cambia de lugar y de persona encargada de su custodia, añade a continuación de ese párrafo, el artículo citado, que "para trasladar dichos bienes fuera del lugar o de los locales que se hubieran determinado en el contrato se pondrá en conocimiento del acreedor con indicación precisa" de los mismos. Igual-

mente se expresa a este respecto el citado Real Decreto, artículo 7.º, párrafo 2.º

El problema que puede presentarse es el siguiente: que el crédito venza, como dijimos, estando aún vigente el contrato de reposición y el deudor no pueda cumplir su deuda. Entonces el acreedor pignoraticio está asistido del derecho que le concede el artículo 1.872 del Código civil, al cual le remiten los artículos 1.873 bis, párrafo 1.º, del mismo cuerpo legal, y el artículo 12 del Decreto de 1917, según el cual “el acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito podrá proceder por ante notario a la enajenación de la prenda”. Con tal motivo el reponente verá el ganado dispuesto para la inmediata subasta, donde será enajenado. ¿Cuál es su situación —se pregunta— frente al acreedor pignoraticio y al dueño del ganado o cedente? Hay que distinguir dos supuestos: *a'*) antes del contrato de reposición, y *b'*) una vez otorgado dicho contrato.

a') Hay que tener en cuenta si al recibir el ganado en reposición le fué comunicado debidamente por el dueño la existencia de la prenda agrícola o, por el contrario, calló culpablemente dicho gravamen.

1.º Si el dueño o cedente declaró que existía la prenda sobre el ganado al contratar la reposición se entiende que el reponente la había aceptado cuando no opuso inconveniente, no teniendo derecho al llegar la ejecución a pedir cantidad alguna en concepto de indemnización.

2.º Si el dueño guardó silencio parece que estamos en presencia de un gravamen oculto que se ha descubierto con posterioridad al contrato. Ahora bien, si la prenda se inscribe en el Registro de la Propiedad, en el libro llamado “De hipoteca mobiliaria”, según lo impone el artículo 1.869 bis, párrafo 1.º, del Código civil, ¿puede decirse que hay gravamen oculto? ¿No es precisamente la inscripción modo de publicidad establecido jurídicamente?

Es más: el mismo artículo 1.869 bis, párrafo 3.º, del Código civil dice que “los contratos... no inscritos en el Registro... no producirán efecto contra tercero”, con lo que parece resolver afirmativamente la dificultad que proponíamos. Sin embargo, en la compraventa de inmuebles un gravamen inscrito en el Registro de la Propiedad, cuando no es aparente sobre la cosa, no siempre lo han considerado como investido de publicidad a los efectos

de verse libre el vendedor de responder de la garantía correspondiente.

Y el mismo Código civil, en el artículo 1.872 bis, párrafo 3.º, cuando trata de la venta subrepticia hecha por el deudor de los bienes semovientes o muebles pignorados, concede derecho al acreedor pignoraticio para reclamar que la prenda se intervenga judicialmente y se proceda luego a su venta en pública subasta; del precio obtenido se resarcirá en primer lugar “el comprador, si lo fuese de buena fe”, y el resto se destinará al pago del acreedor prendario. Como vemos, estando inscrita la prenda no afecta al tercero, considerándose de buena fe, es decir, que no conocía ese gravamen a pesar de hallarse inscrito, y se considera, por tanto, como si fuese un gravamen oculto.

En la práctica imperará el considerarlo como gravamen oculto, pues debe tenerse en cuenta el difícil control de los bienes muebles, su aptitud para ser pasados de uno a otro poseedor sin publicidad alguna, la incomodidad de acudir a un Registro para bienes sobre los que no se acostumbra a hacer inscripciones, etc.

Pues bien; el reponente se encuentra con que el ganado tiene que venderse en pública subasta y, consiguientemente, extinguido el contrato. La situación varía según la consideración jurídica que del contrato de reposición se haga. Por ello analizaremos varias hipótesis. En todas, hay que advertir, permanece intacto el derecho del reponente a su participación, pues aunque el ganado que se pignoró responde del crédito pignoraticio ha de serlo sólo en cuanto al valor del ganado en la cuantía que el dueño puede disponer.

Como consecuencia tendremos:

1.º Si el contrato de reposición lo consideramos como negocio parciario sabemos que el Decreto de Prenda de 1917, artículo 3.º, al enumerar los datos que deben consignarse en la escritura pública, señala en el número 10: “La clase de contrato, cuando el prestatario tenga el carácter de colono, que ha celebrado con el propietario de la finca, no pudiendo, al tratarse de aparcerías, sino pignorar la parte proporcional de frutos que le corresponda.”

Por tanto, el acreedor pignoraticio no cuenta con todo el valor de los frutos en la aparcería agrícola ni con todo el ganado en la pecuaria, sino con la parte proporcional que en el negocio le corresponda. Además, según el artículo 1.579 del Código civil,

deben aplicarse a la aparcería las normas del contrato de sociedad, y tendremos que el artículo 1.699 del Código civil, párrafo 2.º, sólo concede a los acreedores de cada socio pedir el embargo de la parte de éste en el fondo social.

Como en el contrato de reposición no hay frutos ni crías de ganado, sino tan sólo aumento de valor, resulta que el acreedor pignoraticio, al constituir la prenda antes de entregarse los animales para su reposición, no cuenta legalmente sino con el valor o número de arrobas originario, quedando a favor del reponente en toda su magnitud el derecho al importe en metálico señalado por el número de arrobas que en la actualidad tuviese el ganado aumentadas; el exceso de valor que aún quedase será del dueño o cedente, que, no obstante, estará afecto al derecho del acreedor pignoraticio, pues "cuando el valor de las cosas pignoradas no alcanzase a cubrir el importe de las obligaciones, intereses y gastos de todo género" el acreedor pignoraticio sigue conservando "su derecho contra el deudor por la diferencia", como dispone el artículo 1.873 bis, párrafo 1.º, del Código civil.

Además, el reponente, recibida la totalidad de su derecho, puede exigir la indemnización de daños y perjuicios al dueño o cedente, porque ocultó un gravamen que ha sido causa de la extinción del contrato, con el peligro de depreciación del valor al acudir a la subasta pública. Al hacerse imposible la continuación del contrato hasta el plazo previsto y acordado, a consecuencia del motivo ya citado antes, resultará que, por ser éste voluntario en su causa y oculto, debe considerarse como incumplimiento de la obligación por parte del dueño.

2.º Si al contrato de reposición se le aplican las normas de la sociedad, no pensando que es aparcería, sino por estimarla una forma de sociedad particular, en este caso concreto, considerando a dicha prenda como gravamen oculto, se observará lo mandado en el artículo 1.681 del Código civil. En él se impone al socio la obligación de responder de la evicción respecto de las cosas ciertas y determinadas que aportó; estando incluida en ese artículo, como sabemos, por analogía, la obligación de responder en garantía de los vicios o gravámenes ocultos que obstruyan el uso de las cosas para el fin del contrato, en el momento en que se descubra ese gravamen entra en ejecución ese derecho de garantía.

Aplicando el artículo 1.486 del Código civil, por analogía a esta situación, el reponente gozará de la facultad de exigir la in-

demnización de daños y perjuicios, en cuanto el dueño o cedente conocía tal gravamen de la prenda y no lo manifestó. El reponente siempre verá a salvo su derecho, como sabemos, pues el artículo 1.699 del Código civil dice que los “acreedores particulares de cada socio pueden pedir el embargo y remate de la parte de éste en el fondo social”.

Si, por el contrario, no se estima que sea *aparcería* ni *sociedad particular*, pensaríamos en un contrato de ejecución de obra por tiempo determinado; al descubrirse el gravamen por la ejecución de la prenda el reponente tiene un crédito a su favor por conservación y mejora del ganado. Se podrá defender con el derecho de retención, no cabe duda, cuando es el dueño quien la reclama sin haber pagado previamente, como dispone el artículo 1.600 del Código civil. Y frente al acreedor *pignoraticio*, ¿qué cabe oponer? Cuando sea ejecutada la prenda, ¿tiene una *tercería de mejor derecho*? ¿O tiene sólo un crédito preferente, con arreglo al artículo 1.922, número 1.º, que, aunque al concurrir con el crédito *pignoraticio*, sea *pospuesto* a éste, según el artículo 1.926, párrafo 1.º, del Código civil? Cualquiera que sea la solución le corresponderá además, estimando mala fe en el dueño del ganado, la indemnización de daños y perjuicios.

b') El segundo supuesto es considerar que la prenda sin desplazamiento se constituyó estando vigente el contrato de reposición. En este caso, como el artículo 3.º del Decreto de 1917 exige que la prenda conste en escritura pública y en el número 5 dispone que se indique en ella el nombre y circunstancias de la persona en cuyo poder se encuentren los bienes *pignorados*, si no fuese el mismo *pignorante*, es necesario que conozca la prenda a los efectos jurídicos correspondientes esa persona, “la cual deberá comparecer en el documento por sí o representada, o, en otro caso, notificársele el contrato celebrado con expresión de todas las circunstancias”.

Pues bien; suponiendo que se ha cumplido este requisito, al conocer el reponente que se pretende imponer ese gravamen, si el crédito vence antes de terminar el contrato de reposición, ¿puede oponerse? Analicemos las distintas hipótesis:

1.ª Si consideramos el contrato de reposición como *negocio parciario* o *sociedad particular*, que a estos efectos será lo mismo, como se ha establecido previamente un plazo, ¿no se constituye un derecho que amenaza la duración de aquél? ¿No parece que

se opone una causa de extinción voluntaria y dependiendo sólo de una de las partes?

No cabe duda que el dueño o cedente está facultado para gravar sus bienes particulares, tanto más cuanto que el derecho del reponente no queda afectado. Pero como el contrato queda bajo la amenaza seria de extinción parece que constituiría una forma de incumplimiento de su obligación. A ello se opondría en primer lugar el artículo 1.680, que manda que la sociedad "dura por el tiempo convenido", y en segundo lugar el artículo 1.700, en el que se enumeran las causas de extinción de las obligaciones; así: "La sociedad se extingue: 1.º, cuando expira el término por que fué constituida". Por tanto, como se ha acordado plazo, éste debe mantenerse obligatoriamente por las partes, según las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos (artículos 1.091, 1.127, 1.256 y 1.278, todos del Código civil).

El reponente exigirá, por tanto, que se cumpla fielmente lo acordado. En caso contrario tendrá a su favor el artículo 1.124, pudiendo exigir la resolución con el resarcimiento de daños y perjuicios. Esto último se halla confirmado por el artículo 1.101, también del Código civil.

2.º Si se considera el contrato de reposición como tipo de otro contrato diferente del de sociedad, por ejemplo: como forma de ejecución de obra, tendremos que el dueño del ganado, al pretender constituir una prenda sin desplazamiento sobre el ganado, no entorpece el derecho del reponente en la actualidad; sólo constituye un gravamen que el futuro puede suspender la ejecución de la obra, con las consecuencias perjudiciales para los intereses del reponente. Ahora bien, el dueño puede hacerlo, pero de alguna manera hay que salvar el derecho cuando llegue la ejecución de la prenda. Para ello nos inspiramos en el contenido del artículo 1.594 del Código civil, que es de aplicación general para todo tipo de obra por "ajuste o precio alzado". En él se dice que el "dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella. Así, pues, está claro en cuanto a la indemnización, pero quizá no tanto en lo que se refiere a la facultad para suspender la obra por cualquier causa por parte del dueño, ya que esto supone una excepción del artículo 1.256 del Código civil.

Otro supuesto de perturbación de derecho puede ser la venta

del ganado durante la reposición. El dueño, como sabemos, conserva la propiedad del mismo y, por tanto, su facultad de enajenarlo libremente, pues puede hacerlo dando a conocer al comprador la existencia del contrato de reposición y exigirle que la entrega de la cosa se aplaze hasta terminar aquél, o también exigirle que respete dicho contrato, o, por el contrario, sin hacer dichas salvedades.

1.º Si la entrega se aplaza hasta cumplirse el plazo de reposición no se presenta problema alguno para el derecho del reponente. Pero caso de que quiera mantenerse el contrato de reposición, a pesar de la venta del ganado, surgiría una subrogación del dueño o cedente para dejar en su puesto al comprador. En tal situación, ¿puede el reponente pedir la resolución del contrato?

2.º En caso de que la venta se haga de acuerdo con el artículo 1.461 debe seguir inmediatamente la entrega de la cosa. Si dicha venta no se dió a conocer al reponente porque los contratantes consideraron suficiente el acuerdo entre ellos, a tenor del artículo 1.463, resultará que el comprador exigirá al reponente el ganado, como dueño que es ya del mismo. En esta situación, el reponente, al verse perturbado por el tercero con perturbación de derecho, deberá ponerlo en conocimiento del dueño primitivo a los efectos de prestar la garantía que le corresponde; caso de dictarse contra el reponente la sentencia oportuna habrá desposesión, parecido al caso de evicción.

No se trata en el contrato de reposición de ganado de transmitir un uso o disfrute del mismo, sino que se constituye una relación bilateral, con duración previamente establecida, obligándose a pagar una cifra en metálico por arroba de peso aumentada; con lo cual, mediante la venta, se produce una disolución inmediata del contrato, se logra un incumplimiento del mismo. Por ello, aparte de que se pueda discutir si tiene el reponente un derecho de retención frente a tercero, no cabe duda que contra el dueño o cedente puede accionar demandando el incumplimiento de la obligación convenida, exigiendo se cumpla o se indemnice.

Caso de que se le comuniqué al reponente que se va a proceder a la venta del ganado entendemos que puede actuar con la acción *non adimpleti contractus*, basándose en el artículo 1.124, reteniendo bajo su custodia los animales mientras no se le abone e indemnice cuantos daños y perjuicios se le irroguen.

O) GARANTÍA POR GRAVÁMENES Y VICIOS OCULTOS.

Es otra obligación a cargo del dueño o cedente que, aunque no figure en la redacción escrita del contrato de reposición, sin embargo se impone como consecuencia natural de la relación jurídica que ambas partes han establecido. No es fácil encontrar en los usos ganaderos las normas exactas por las que se rijan los casos de vicios de los animales en el contrato de reposición. Pero, como es evidente que surgen en la realidad, es necesario que busquemos los medios adecuados según las semejanzas con otras instituciones purídicas. Distinguiremos dos apartados:

a) *Gravamen oculto*.—El Código civil trata, como sabemos, en la compraventa, de la obligación que tiene el vendedor de garantizar al comprador de los gravámenes ocultos que afecten a la cosa comprada, artículo 1.483, así como de los vicios ocultos, artículos 1.484 y siguientes, y para el caso de los animales, especialmente el artículo 1.491 y siguientes. Esta doctrina del saneamiento, según el Código, es aplicable al contrato de arrendamiento, artículo 1.553. Del mismo modo podremos acudir a ella en otros casos semejantes.

Los principios establecidos por el Código a este respecto van a servirnos, pues, de base para admitir una garantía en parecidos términos en el contrato de reposición. Ya vimos la posibilidad de que se encuentre el reponente con un gravamen oculto cuando se trata de la prenda agrícola, en los términos que expusimos antes y a donde nos remitimos.

Es verdad que en la compraventa el fundamento de tal garantía es la disminución o limitación que del dominio transmitido recibe el comprador, y en el arrendamiento es una consecuencia del deber que tiene el arrendador de asegurar el goce íntegro de la cosa arrendada; pero también es verdad que en el contrato de reposición no hay transmisión de dominio que pueda luego perderse o limitarse, ni goce propiamente dicho durante un plazo determinado, sino que se transmite la posesión o al menos la detentación con fines comunes de mejoramiento del ganado, repartiéndose entre ambos el beneficio obtenido. El gravamen que se impone y se descubre durante la vigencia del contrato, como vimos, produce la disolución del contrato si se ejecuta la prenda, poniendo además en peligro el importe o valor que corresponde al reponente al retarse el ganado. ¿Son suficientes estos efectos para que

surja la obligación de una especie de saneamiento a favor del reponente? Creemos que sí.

El Código civil, artículo 1.483, exige que el gravamen sea oculto, es decir, que no sea conocido por el comprador, según el Tribunal Supremo, sentencias de 7 de diciembre de 1931 y 13 de enero de 1910. En cuanto a la prenda agrícola vimos en su lugar la necesidad de ser inscrita, presentando el problema de si, a pesar de la inscripción, todavía pudiera ser considerada como oculta. Para algunos se considerará que el gravamen es oculto si no consta inscrito en el Registro, pues tratándose de la venta de un inmueble “el comprador pudo conocer perfectamente el estado del inmueble, y si sufre perjuicio debe imputárselo a sí mismo” (96). Sin embargo, LACAL (97) reduce el ámbito de la fe pública registral a las relaciones con tercero, no aplicables al comprador y vendedor entre sí. Para nosotros, dada la especialidad de la prenda agrícola o hipoteca mobiliaria, parece que, aunque sea el comprador o reponente verdadero tercer hipotecario, sin embargo pueda considerarse como gravamen oculto.

En cuanto a los efectos de esta garantía que examinamos no puede tener aplicación exacta la regla establecida en el Código civil, porque, en caso de gravamen oculto en la compraventa, sabemos que se concede al comprador la elección entre rescindir el contrato o solicitar la indemnización correspondiente, artículo 1.483 del Código civil. En el contrato de reposición, al ser descubierto el gravamen, que venza cuando está vigente el contrato, tiene el reponente causa legítima para resolver el contrato, pero como él no tiene que pagar precio no cabe pensar en reducción del mismo, como dispone el artículo 1.846 del Código civil. Al ser ocultado el gravamen hay que pensar en mala fe, con la inmediata obligación de indemnizar al reponente. Pero no olvidemos que esta indemnización es distinta de la que resulta del aumento de peso que en aquel tiempo tenga el ganado. En lo que se refiere al plazo para ejercitar la acción se ha de tener en cuenta la duración de dicho contrato.

b) *Vicios de los animales*.—A diferencia de la garantía estudiada anteriormente, del gravamen oculto, cuando se trata del supuesto de un vicio en los animales esta garantía no sólo se pre-

(96) CASTÁN. Ob. cit., tomo III, pág. 48. Madrid, 1941.

(97) “Interpretación del artículo 1.483 del Código civil”, *Rev. Der. Priv.*, 1929, pág. 93.

senta como una posibilidad, sino que, de hecho, repetidas veces hemos visto a un reponente que ha cargado con los resultados desastrosos de una reposición cuyo ganado padecía un defecto, con todos los caracteres de vicio oculto.

Ciertamente que esta doctrina sólo tiene su exposición y desarrollo legal para el contrato de compraventa y por extensión expresa del Código se aplica al arrendamiento. Esto no quiere decir que en otras situaciones jurídicas no pueda aplicarse; es más: creemos que entra de lleno cuando el interés económico lo exige y no se oponga a ello la mente del legislador.

Así, PLANIOL ha sostenido que la teoría de los vicios ocultos no debía quedar restringida al contrato de venta; critica además la solución dada por dos sentencias de la Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 1911, porque rehusó apuntar esta teoría bajo el pretexto de que se trataba de arrendamiento de obra (98). Esta garantía, para él, se presenta bajo un aspecto económico, al no considerar otro fundamento que los servicios prestados por la cosa (99).

Sin embargo, el contenido de esta garantía presenta, lógicamente, ciertas diferencias al querer aplicarla a contratos distintos de los previstos por el Código, y quizá esas diferencias se acentúen cuando se trata del contrato de reposición. Efectivamente, parece que en la generalidad de los casos debe quedar reducido al vicio de una enfermedad padecida por el ganado, y en cuanto al plazo para la acción se entenderá, no desde el momento de su entrega, sino desde que se descubre la existencia del vicio.

En cuanto a la clase de vicio, al no pretenderse un uso de los animales, debe tratarse de aquel que constituya un obstáculo a la reposición o cebo directa o indirectamente. Si bien, tratándose de cerdos, ordinariamente se da una enfermedad oculta, no olvidemos que el contrato de reposición también tiene por objeto otras clases de ganado, las cuales fácilmente presentan defectos cuya tenencia dificulta la reposición o constituye un peligro. Consiguientemente, no se exige que el vicio consista en defectos que hagan la cosa totalmente impropia para todo servicio, sino que basta que el ganado no aumente el peso normal en circunstancias ordinarias de reposición, disminuyendo su valor en una cantidad de cierta

(98) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 129, nota.

(99) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., pág. 129.

importancia, y esto debido precisamente a una causa física por parte del ganado que puede ser, o por no reunir las cualidades determinadas, o bien porque positivamente padece una enfermedad oculta que impide el desarrollo apropiado al cebo.

Pero, si se siguen las normas señaladas para la compraventa de animales, no puede expresarse en términos generales el epígrafe de tales vicios, pues, a tenor del artículo 1.496, párrafo 2.º, del Código civil, se requiere que el vicio o defecto esté determinado por la Ley o por los usos legales. Todavía no poseemos ley especial sobre este particular, habiendo de regirse por los usos locales. En aquellas legislaciones que la poseen enumeran como vicios redhibitorios de los animales una serie de enfermedades distintas, según sean o no para matanza.

ENNECERUS (100) parte del principio de que en la compraventa de ganado el vendedor responde sólo de determinado vicio, el vicio principal, y aun éste sólo si se manifiesta dentro de determinado plazo. Tales defectos principales y sus plazos de garantía están determinados por el Decreto del Emperador (27 de marzo de 1899). Concretamente, para cerdos destinados a matanza recoge las siguientes enfermedades: Tuberculosis, triquinosis y landrilla, cuyos plazos son de catorce días.

Para el contrato de reposición no creemos necesaria una ley especial, ni siquiera en su defecto a los usos locales, pues hay que entender que tales disposiciones son de aplicación exclusiva a la compraventa. El reponente gozará de la acción de saneamiento siempre que el ganado lleve cualquier defecto que él no conoció y que tal defecto sea grave en el sentido de que haga al menos desventajosa la reposición, como dice el artículo 1.484 del Código civil. De aquí resulta que pudiera darse el caso de una enfermedad recogida en la Ley o en los usos locales, como vicio redhibitorio para la compraventa, y que, por no impedir el cebo o reposición, no se consideraría como defecto oculto alegable por el reponente.

No es necesario que el vicio sea preexistente al contrato, pues el dueño del ganado prestará dicha garantía todo el tiempo que dure la reposición. Tampoco se exige que fuera conocido por el dueño del ganado, pues la acción de saneamiento tiene como base el conjunto de condiciones y cualidades normales que la cosa ha

(100) Ob. cit., pág. 81.

de reunir para el fin a que se la destina. Por ello esta garantía, en el contrato de reposición, se extenderá a los vicios nuevos también que afecten a los resultados del contrato.

Hay que tener en cuenta mantener a la acción de saneamiento dentro de sus propios límites, distinguiéndola de la nulidad por dolo, cuyo fundamento es la mala fe; ni tampoco con la nulidad por error, con la que es frecuente confundirla (101). Ahora bien, en la práctica sucederá que no es tan fácil decir cuándo sería saneamiento por vicio oculto y cuándo nulidad. Por ejemplo, si en el contrato de reposición, por su propia naturaleza, se exige que el ganado sea apto para este fin, llegado el caso de presentar un vicio o defecto que estaba oculto y que lo hiciera inútil para prestarlo, ¿no estamos ante un caso de nulidad del contrato?

(101) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., págs. 127-128.