

Por folletos y revistas

«La obligación legal de contratar», por MARIO STOLFI, Doctor en Derecho.—*Revista de Derecho Civil*, Milán. Meses Marzo y Abril 1932, páginas 105 a la 182.

INTRODUCCIÓN

El principio general de la libertad de contratar. Sus manifestaciones.

En el sistema contractual es principio informador el de la libertad del contrato. Son sus manifestaciones, de una parte, la facultad concedida a todos de contratar o no en las condiciones y formas que les parezca, y de otra, la posibilidad de modificar por mutuo consentimiento un contrato ya perfeccionado, e incluso revocarlo.

Principales limitaciones a la facultad de contratar.

A) La coacción para contratar :

Tal principio de libertad no es absoluto. Está limitado cuando la voluntad del hombre (contrato o testamento) o de la Ley obligan al sujeto de derecho a hacer declaración de voluntad contractual.

B) Reglamento obligatorio de futuras relaciones contractuales :

Se limita también tal privilegio, cuando ambas partes, o por lo menos una de ellas, están obligadas por contrato (Reglamento preventivo contractual) o por Ley (Reglamento preventivo legal) a dar un contenido determinado a los futuros contratos. Como ejemplos pueden citarse los de tarifa para los contratos individuales

eventuales de trabajo, los colectivos, también de trabajo, estipulados por los Sindicatos reconocidos por la Ley.

En efecto, la Ley puede regir una relación en el caso del silencio de las partes o declarar la ineffectividad de las cláusulas que violen una norma de derecho objetivo, y privar, por lo tanto, de efectividad a la voluntad individual, pero sin sustituirla contra la misma voluntad.

Lo mismo puede decirse de las demás fuentes del Reglamento colectivo de trabajo. Así, por disposición expresa de la Ley, tienen valor de contrato de trabajo:

1.º Las normas generales sobre condiciones de trabajo que pueden emanar de los órganos centrales corporativos.

2.º Las sentencias de los Tribunales de Trabajo sobre las relaciones colectivas de trabajo y los bandos arbitrales correspondientes.

3.º Las normas establecidas por el Consejo Nacional de las Corporaciones para la disciplina de las relaciones, aun diversas de las de trabajo, surgidas entre las varias categorías de la producción representadas por Sindicatos legalmente reconocidos.

Se ha examinado la cuestión de si los Sindicatos vienen obligados por la Ley a estipular los contratos colectivos de trabajo. Resuelto afirmativamente, sería un ejemplo de la obligación legal de contratar. Parece que así debe ser, pues al constituir personas jurídicas públicas tienen la obligación de cumplir los fines que se les han asignado, entre los cuales está la formación del Reglamento colectivo frente al Estado, el cual puede revocar el reconocimiento, si no se le presenta para su aprobación.

Algunos escritores van más lejos. De que los Sindicatos tengan la obligación, respectivamente, de ejecutar el contrato colectivo, deducen que la sentencia del Magistrado del Trabajo, que regula las relaciones del trabajo, se debe considerar como un acto de ejecución forzosa. Esta opinión no persuade, porque no se pueden fijar las fuentes de la obligación. No son la declaración XI de la carta del trabajo, porque sus normas representan una tendencia; pero no son una Ley que pueda originar un estado jurídico. Tampoco puede afirmarse con Raselli que la obligación de ejecutar el contrato colectivo grava a los Sindicatos, no sólo frente al Estado, sino también respecto a las Asociaciones contrapuestas, que tienen de-

recho de pretender su observancia, en cuanto se necesite una tutela para sus intereses, pues un simple interés no basta a hacer surgir una obligación legal de contraer por parte de dichos Sindicatos, sin expresa disposición legislativa. El legislador salvaguarda estos intereses permitiéndoles acudir a la Magistratura del Trabajo, la cual formará el Reglamento colectivo en lugar de los Sindicatos, y sus sentencias no tienen carácter jurisdiccional, porque obligan también a los extraños al juicio.

C) La modificación o revocación legal de una relación contractual preexistente.

No hay que ver en esta limitación una coacción para contraer, ni contratos modificativos o resolutivos, según Nipperdey, porque la modificación o revocación *ex lege* se producen sin que coopere el obligado y sin que se estipule un nuevo contrato.

Pueden servir como ejemplo de la doctrina:

1.^o El rescate *ex lege* que se concede en la ejecución inmobiliaria por débito de impuestos.

2.^o El derecho concedido por la Ley al comprador de una cosa afectada de vicios ocultos de ejercitar a su elección la acción redhibitoria o la *canti minoris*.

3.^o El derecho de prelación *ex lege*, con eficacia real, que produce sus efectos con la declaración unilateral del derechohabiente sin la cooperación del obligado. Tal es el concedido al Estado en la venta que se haga privadamente de objetos de arte o antiguos.

4.^o El derecho concedido al enfiteuta de redimir el canon, cuando quiera, sin requerir el consentimiento del concedente.

¿Tiene naturaleza pública o privada la obligación legal de contraer?

Según Nipperdey tiene las dos: Es pública, en cuanto al fin, porque el ordenamiento jurídico limita la libertad de las partes al decidir si pueden o no concluir un contrato en vista de un interés general; es privada respecto al objeto, que pertenece fundamentalmente al derecho privado.

El autor no sigue esta opinión, sino la de Jellineck, según el cual el contrato es una figura jurídica general, que pertenece preferente, pero no exclusivamente, al derecho privado. Efectivamente, hay contrato en el derecho internacional cuando un Estado se contrapone a otra personalidad estatal no sometida a su imperio;

lo hay en el derecho público interno, cuando la intervención del Estado de otros entes autárquicos encuentran un obstáculo en el estado de libertad de los sujetos de derecho; ejemplo: concesión de servicio público, etc. También se consideran por respetables autores como de derecho público las relaciones entre una Empresa que ejerce un servicio público y los usuarios, cuando la Empresa goza de un monopolio de derecho, el cual se considera históricamente como un atributo esencial o natural de la soberanía. Por estas razones, es preferible atribuirle uno u otro carácter, según que tenga por objeto la concesión de un contrato de derecho privado o de derecho público.

Diversas fuentes de la coacción para contraer:

1.^o *Obligación convencional para contraer.*

Hay una coacción convencional para contraer cuando la obligación deriva de un contrato concluido voluntariamente por el obligado, al cual la doctrina ha dado el nombre de contrato preliminar o *pactum de contrahendo*.

Siguiendo a Barassi, se considera como ejemplo el del adquirente de un fundo, que se obliga a respetar los contratos que el vendedor hubiere hecho con los arrendatarios; lo mismo sucede con el pacto de prelación cuando se ha prometido preferir a alguno en la eventual venta o arrendamiento de alguna cosa, quedando ésta sujeta a condición suspensiva, potestativa, por parte del obligado, si quiere enajenar o arrendar la cosa, aunque algunos no admiten la condición, porque ésta supone un negocio perfecto, y se retrotrae al momento en que se verificó el acuerdo; pero se puede contestar que se confunden la promesa unilateral condicionada y la venta con condición.

Los juristas germanos no consideran este pacto como un contrato preliminar, porque con el ejercicio de la prelación, el titular *ipso iure* se subroga para con el tercero adquirente en todos los derechos y obligaciones que resultan del contrato de enajenación, sin que sea necesario perfeccionar un nuevo contrato.

2.^o *¿Qué sucederá en el caso de oferta al público?*

No puede hablarse de coacción para contraer cuando las ofertas son simples invitaciones, o cuando las ofertas son contractuales; pero no hay disposición que impida la revocación, siendo responsable de ella el oferente solo cuando haya renunciado a ella o cuando

la otra parte ha comenzado de buena fe a ejecutarla y ha sufrido daños, pero sin quedar obligado a la conclusión del contrato.

Puede tener, sin embargo, alguna relación con la obligación de contratar, pudiendo servir de ejemplo las Empresas de transportes, que, al hacer circular los carruajes por un recorrido determinado, tienen la obligación de contratar, que se le impone por la ley, en cuanto el público acepta la oferta.

3.^º *Obligación testamentaria para contraer.*

Puede imponerse al heredero o legatario por un acto de última voluntad la obligación, ya recordada por los jurisconsultos romanos, de concluir un determinado contrato. En tal hipótesis hay un caso de legado *per damnationem* o *sinendi modo*, al cual recurre el testador cuando no puede o no quiere servirse del legado *per vindicationem* o *per praeceptionem*, que transfiere directamente la propiedad del causante al beneficiario. Se considera también, como ejemplo, aunque bastante controvertido, si el deudor puede en el testamento conceder una hipoteca destinada a tener eficacia en seguida que se abra la sucesión; pero nadie duda que el testador puede imponer al heredero la obligación de concederla.

4.^º *Obligación legal para contraer.*

Puede ser impuesta por la ley, entendiéndose lo mismo en su sentido material que formal, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oyendo el parecer del Consejo de Estado, y aun por Reglamentos autorizados o delegados.

5.^º *La obligación legal de contratar en los monopolios de derecho.*

Existe esta obligación legal, aun sin disposición legislativa, cuando se ha eliminado la concurrencia para las industrias que la harían posible; cuando normas jurídicas disciplinan el monopolio de determinadas industrias que tienden por las leyes ordinarias de la economía al régimen de monopolio.

Parece que Barassi se excede al afirmar que hay coacción en contraer para los médicos, farmacéuticos, abogados, etc., cuando se les limita la facultad de trabajo, al exigirles certificado de capacidad técnica, pues pasando revista a las leyes que regulan tales profesiones, se observará que sólo en casos determinados están obligados por la ley a prestar su trabajo; lo cual se explica porque se trata de personas que ejercen funciones públicas a título de ejercicio

privado. Dado el interés público de estas profesiones, estarán en un grado de dependencia respecto a la Administración Pública, la cual quiere que la función pública se cumpla bien.

Recientes doctrinas extranjeras excluyen de la coacción para contratar a los Monopolios, aun de derecho, a no ser que haya normas especiales legislativas. Así, Molitor distingue entre monopolios de derecho y de hecho, y dice que si se admitiese que toda norma de derecho que crea o reconoce un monopolio, impusiese la obligación de contratar, no podría negarse que se impondría también al monopolio de hecho, porque éstos reposan también en un derecho atribuido por la ley, el derecho de propiedad; en cambio, Nipperdey sostiene que no procede tal distinción de los efectos de la obligación.

Nosotros sostenemos que tal obligación a cargo del que desempeña un servicio público existe, goce o no goce el beneficiario de un monopolio. Y la razón es que la necesidad de satisfacer a los que solicitan la prestación del servicio depende de su naturaleza pública, no de que esté o no monopolizado.

A la obligación legal de contraer corresponde el derecho del público a la indemnización, el cual entra en la categoría de derechos públicos subjetivos, que puede ser entendido, como dice De Valles «como la facultad que pertenece a cada uno de participar en los servicios públicos en condición de igualdad con los demás y dentro de las condiciones y límites asignados por la ley y los reglamentos.

RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRATAR

1.^º *Cuándo se perfecciona la obligación.*

Un sujeto de derecho al que la ley impone la obligación de contratar no quedará obligado: cuando falte cualquier elemento, esencial para su perfeccionamiento; cuando exista imposibilidad inicial de cumplimiento; cuando la pretensión del acreedor del futuro contrato supera los límites puestos por la ley.

Esta cuestión se estudia principalmente en relación a la obligación de las Empresas de transportes de poner a disposición del

público todos los medios a que les obliga la concesión, de modo que satisfagan las necesidades del público, aunque sean excepcionales.

2.^º *Sanciones por el incumplimiento.*

El obligado será condenado por el Juez al cumplimiento específico de la obligación; pero no puede ser extendida ésta a casos no previstos por la ley, por su condición de obligación de hacer infungible, que implica una declaración de voluntad, no siéndole, por lo tanto, aplicable el artículo 1.220 del Código civil, que dice: «Al no ser cumplida la obligación de hacer puede ser autorizado el acreedor a hacerla a expensas del deudor.»

El Juez condenará también al resarcimiento de daños, siendo ésta la solución aceptada por el proyecto italofrancés de las obligaciones, valorándose los daños de conformidad con el Código civil, a no ser que la ley determine otra cosa.

3.^º *El que infringe la obligación de contratar impuesta ¿incurre en responsabilidad contractual o extracontractual?*

Hagamos constar, ante todo, que el criterio de distinción entre estas dos especies es bastante controvertido. Sostenemos, con la doctrina predominante, que hay responsabilidad contractual cuando se viola una obligación existente entre las partes, cualquiera que sea su fuente, y extracontractual o aquiliana, cuando se viola una obligación preexistente genérica, el deber jurídico del *neminem laedere*.

Se admite, generalmente, por la doctrina y la jurisprudencia que la diferencia entre las dos responsabilidades estriba principalmente en la carga de la prueba. El que acciona por incumplimiento contractual debe probar la existencia de la obligación y su incumplimiento, incumbiendo al deudor probar que ha cumplido su obligación o que no la ha podido cumplir por caso fortuito o fuerza mayor. El que acciona por responsabilidad extracontractual debe probar el daño, el incumplimiento de la obligación general de *neminem laedere* y la culpa del deudor. También pueden diferenciarse por razón de las personas, por el delito o quasi delito colectivo, etc.

Recordada esta doctrina por *summa capita*, veamos ahora si la institución ha de regularse por los principios que rigen una u otra.

La cuestión ha sido examinada por la doctrina y la jurispru-

dencia principalmente referida a la materia de transportes. Según Scialoja, la coacción para contratar no se funda en una institución de relación obligatoria, sino en una norma que constituye, de un lado, un deber, al que corresponde un derecho subjetivo, por el otro ; la violación del deber constituye transgresión de una norma, y es fuente, por lo tanto, de un resarcimiento extracontractual. Puede superarse la objeción diciendo que existe una relación jurídica entre los interesados, al menos en los casos en que la norma jurídica, que impone la coacción, atribuya al perjudicado un verdadero y propio derecho subjetivo, que puede hacerse valer contra el obligado. Por lo tanto, se puede concluir que el incumplimiento de la obligación se regulará por los principios de las obligaciones contractuales.

LÍMITES DE LA COACCIÓN LEGAL PARA CONTRAER

1.^o *Obligación legal para contraer en las transferencias obligadas.*

No entra en el ánimo del autor la transferencia de un derecho de una persona a otra sin un acto de disposición del titular. Por eso no se estudia con el debido detenimiento la expropiación por utilidad pública, pues no se puede decir que se impone obligación de contratar cuando no tiene lugar una venta necesaria entre el expropiante y el expropiado, sino que éste sufre la expropiación, que acontece aun contra su voluntad ; ni de la adquisición por parte de una entidad pública de las instalaciones y del material móvil dedicados al funcionamiento de un servicio público en los casos en que la ley concede la facultad de rescate a la entidad pública que sustituye en la concesión a la industria privada, pues se trata sólo de un simple cambio de concesionario ; ni a la requisición de bienes materiales, a que se recurre cuando no se puede proveer a la necesidad mediante contratos de derecho privado, porque no se establece una relación contractual entre el particular y la Autoridad, sino que sufre las consecuencias de un acto administrativo, que emana de la Autoridad en el ejercicio de su poder de imperio, ni de la venta forzada de los bienes del deudor, por faltar una manifestación cualquiera de la voluntad del deudor dirigida a transferir la propiedad a otra persona.

2.^º Obligación legal de contratar y obligación a una prestación material.

No entran en nuestro propósito los casos en que un sujeto viene obligado por una norma jurídica a una prestación personal cuando el objeto de la obligación no es la conclusión de un contrato. Pongamos un ejemplo: la ley obliga a los Municipios a alojar a los militares, lo cual ejecutarán o con medios propios u obligando a los vecinos.

Molitor excluye la coacción legal aun en los casos en que el obligado está constreñido a estipular determinado contrato. ¿No es preferible ver en tal hipótesis una obligación de contratar y de ejecutar la prestación material? Así, las Empresas de transportes están obligadas a verificarlo en el caso de contrato, al que están obligadas por la ley, sin necesidad de declaración unilateral por parte del usuario.

3.^º Obligación para un sujeto de derecho de manifestar su voluntad respecto a una proposición de contrato.

No puede hablarse de la obligación de contraer cuando la ley impone a un sujeto la obligación expresada. Se pone como ejemplo el artículo 351 del Código de comercio, que obliga al comerciante que no quiere aceptar un encargo a manifestarlo al demandante inmediatamente; en el ejemplo falta la coacción directa, pues el sujeto es libre para aceptar o no la propuesta contractual; pero el silencio del comerciante constituirá violación de la obligación impuesta y le hará responsable del daño que haya producido con él.

No habrá tampoco coacción cuando el silencio del destinatario es un elemento que perfecciona el contrato, pues es libre de rehusar la propuesta, impidiendo la conclusión del contrato. No existe tampoco cuando la ley a determinados hechos atribuye determinadas consecuencias jurídicas, como si hubiese intervenido una declaración de voluntad, como en la tácita *reconductio*, pues el interesado puede evitarla dejando el fundo.

ESPECIFICACIÓN DE LOS CASOS EN QUE EXISTE OBLIGACIÓN DE CONTRATAR

A fin de hacer menos árida la materia se considerarán sólo los casos más importantes, dividiéndolos en dos grandes categorías,

según que con ellos el ordenamiento jurídico tienda a tutelar preferentemente un interés público o privado. La primera comprende los casos en que se concluyen normalmente los contratos, debiendo hacerse valer la coacción sólo como una válvula de seguridad. Es la más importante por referirse a los servicios públicos y profesiones u oficios de público interés. La segunda comprende los casos en que, sin la coacción, los particulares no contraerían normalmente o con las condiciones que requiere el interés público. Pertenece a ella los contratos de trabajo, compraventas, arrendamientos en períodos excepcionales, etc.

PRIMERA CATEGORÍA. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRATAR A CARGO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Las Empresas que desempeñan un servicio público, como las del gas, agua, etc., están obligadas a prestarlo a todos los que lo solicitan, con igualdad de trato, siendo responsables para con los usuarios de la violación culpable de la obligación de contraer, y para con la Autoridad, si se trata de un servicio público concedido a la industria privada. Aun sin disposición legal expresa se admite, generalmente, la obligación de contratar a causa de la naturaleza pública del servicio; por ejemplo: los almacenes generales.

OBLIGACIÓN DE PRESTAR SUS SERVICIOS ALGUNOS PROFESIONALES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS

Pondremos algún ejemplo interesante: En las profesiones sanitarias los médicos titulares tienen la obligación de prestar sus servicios a los que figuren en el padrón de pobres, y a los que no lo están, conforme a las tarifas, que serán establecidas por los Consejos sanitarios y aprobadas por el Prefecto. (Artículo 4.^º del Real decreto de 30 de Diciembre de 1923.)

Los médicos libres también están obligados en los casos previstos por el legislador, por ejemplo, para combatir la difusión de enfermedades infecciosas, cuando no se puede asegurar de otro

modo la asistencia medicoquirúrgica ; lo mismo sucede con los veterinarios y parteras ; no cabe duda que existe una obligación legal de contratar, siendo contractual la relación entre el médico y el enfermo que requiere sus servicios.

En las profesiones forenses vienen obligados Procuradores y Abogados, aunque no para casación ; Peritos e Intérpretes. Lo mismo sucede con los Notarios, Oficiales judiciales y Administradores judiciales.

OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRAER EN MATERIA DE SEGUROS

No se podrá hablar de esta obligación en los casos en que los derechos de los asegurados derivan directamente de la ley por el hecho de pertenecer a una categoría de personas protegidas por ella, por ejemplo, el seguro de maternidad.

Como ejemplo de coacción legal para contratar se cita el de seguro social obligatorio, en el cual los derechos de los asegurados dependen de un contrato de seguro, que viene estipulado a su favor con un Instituto, como sucede con los accidentes de obreros en los trabajos industriales, con el seguro obligatorio contra las enfermedades profesionales. En los casos de seguro obligatorio de carácter contractual, la ley indica cuál es el Instituto asegurador, obligándole a aceptar las propuestas contractuales.

Así, por una parte, los operarios dedicados a trabajos o empresas del Estado, provincia o municipio, etc., deberán ser asegurados en la Caja Nacional de Seguros, y ésta deberá aceptar todas las propuestas de seguros que se le presenten por las mencionadas Empresas. Si se retrasa el contrato de seguro por negligencia de la Caja y logra probarse, ésta queda obligada al resarcimiento de daños.

La Caja Nacional está también obligada a aceptar las propuestas de reaseguro que le sean presentadas conforme a las prescripciones legales (31 de Enero de 1904).

Existe también una obligación implícita legal para contraer en los casos en que es necesario un contrato para *invertir* los capitales dados del modo establecido por la Ley.

Aclaremos el concepto con algún ejemplo.

A. El artículo 13 del Real decreto de 29 de Abril de 1923 establece el modo en que deben ser *invertidas*, con prohibición de cualquier otro empleo, las reservas matemáticas y cualquier otra disponibilidad patrimonial del Instituto Nacional del Seguro, estableciéndose quiénes son los responsables colectiva y solidariamente por cualquier inversión o empleo de fondos hechos con derogación del artículo. Las demás Empresas nacionales y extranjeras de Seguros sobre la vida también poseerán un activo suficiente para cubrir las reservas matemáticas correspondientes, el cual estará vinculado a favor de la masa de los asegurados, que tienen sobre tal fondo un derecho de privilegio.

Estamos, por tanto, en el caso de garantías colectivas, que leyes especiales han instituido en favor de una masa de determinados acreedores, considerada como un todo, sobre bienes determinados, vigilando el cumplimiento de esta obligación el Ministerio de Corporaciones, el cual, una vez que hubiere observado deficiencia en el activo para cubrir las reservas, invitará a la Empresa a reintegrar la cantidad en el plazo de un mes, transcurrido el cual, si no lo ha verificado o no se ha justificado, disolverá la Empresa mediante Decreto.

B. Según el artículo 9.^º del Real decreto de 15 de Octubre de 1925, los Institutos aseguradores contra accidentes del trabajo en Agricultura deberán constituir la mitad, al menos, del fondo de reserva en Títulos del Estado o garantizados por el Estado. Los capitales de la Caja Nacional destinados a los seguros de invalidez y vejez serán empleados en los modos indicados en el Real decreto de 28 de Agosto de 1924. Igual obligación se impone a instituciones distintas del Seguro, como sucede con las de Beneficencia, que invertirán las sumas disponibles en títulos de la Deuda pública del Estado.

Otro ejemplo de la obligación de contraer lo constituye las Empresas nacionales y extranjeras dedicadas a seguros de vida, que están obligadas a ceder al Instituto Nacional de Seguros una cuota-parte de cada uno de los riesgos asumidos.

OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRAER EN PERÍODOS EXCEPCIONALES PARA
LA VIDA DEL ESTADO

Pocos son los Estados en que se impone esta obligación y ello sólo en período de guerra o postguerra; cuando resultan fallidas las tentativas contractuales con los particulares, se recurre a la expropiación, requisa, etc.; mas, pasadas las críticas circunstancias, se vuelve a la normalidad. Así ha sucedido en Italia; pero ha quedado subsistente alguna ley de excepción. Así el Decreto de 7 de Enero de 1923, en que se estatuye que si en un municipio hay escasez de habitaciones y abundancia de locales que se pueden destinar a habitaciones y están deshabitados por los altos precios exigidos, el Prefecto obligará a los propietarios a alquilarlos en el plazo de dos meses, y si no lo hicieren, podrá adjudicárselos el Prefecto a los más necesitados de habitación, según su juicio.

Artículo 41 del Código de Marina Mercante.

A fin de que se conserve la nacionalidad de las naves italianas dispone este artículo que los extranjeros no domiciliados ni residentes desde cinco años en Italia, que sean propietarios por cualquier título de más de la tercera parte de la propiedad de la nave, deben, en el plazo de un año, traspasar el exceso de ella a persona capaz de poseer naves italianas.

Los dueños de cinematógrafos deben servirse obligatoriamente de las películas del Instituto Nacional *Luce*, debiendo recogerlas a sus cuidados y expensas y según un precio de flete fijado por Decreto de 5 de Agosto de 1926.

SEGUNDA CATEGORÍA. SERVIDUMBRES CONVENCIONALES IMPUESTAS POR
LA LEY

Se comprenden en este estudio los casos de servidumbres legales que, aun derivando en abstracto de la Ley no pueden constituirse en concreto sino a consecuencia de convención o sentencia.

Como ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia italiana consideran la limitación de la propiedad en el caso de servidumbre de paso necesario, del cual, una vez probada la necesidad, puede el pro-

pietario del fundo cerrado obligar al del vecino a contraer, esto es, a consentir en la constitución de la servidumbre ; lo mismo puede repetirse para las servidumbres de acueducto obligatorio.

Existe también la servidumbre predial de conducción eléctrica impuesta por la Ley. Hay escritores de opinión contraria. Algunos la consideran como legal y personal ; se opone a esta opinión la posibilidad perpetua de la carga y la consideración de que el derecho personal se limita respecto a una persona y a sus herederos, mientras que esta servidumbre es transmisible a cualquier sucesor, aun a título particular ; otros ven en ella una simple limitación legal de la propiedad, porque no puede considerarse como fundo dominante la fábrica donde se encuentra la estación de transformación de la energía eléctrica ; se puede superar la objeción considerando que en derecho italiano se admite servidumbre de fin industrial, como sucede con las de acueducto, cuando las aguas se utilizan sólo industrialmente. También merece la consideración de servidumbre análoga a la de conducciones eléctricas la de paso de funiculares aéreos.

Medianería coactiva.

Hay un caso de obligación legal para contraer, porque la comunidad del muro, aun derivando en abstracto de la Ley, no puede en concreto constituirse, sino a consecuencia de una convención o sentencia, pagando la mitad de todo su valor o la mitad del valor de la parte común o la mitad del valor del suelo sobre el que está construido el muro. La convención ha de hacerse por escrito, so pena de nulidad y ha de inscribirse para que se pueda oponer a terceros. Se adhiere también el autor a la teoría de Pothier sobre la cesión forzada del derecho de comunidad o de venta obligatoria de la comunidad, aunque no faltan autores como Gouillard, que ven en esta cuestión una servidumbre legal ; otros, como Ramponi, una expropiación por causa de utilidad pública, y llegan a la conclusión de que la propiedad se adquiere por voluntad unilateral, y otros, finalmente, como Planiol, una relación *sui generis* de naturaleza mixta, sujeta hoy a las reglas de la venta y de la expropiación.

Cauciones necesarias.

Estudiaremos también los casos en que se obliga a determinados sujetos de derecho a prestar caución. Las cauciones necesarias, que son de las que tratamos, unas son legales y otras judiciales, pudiendo ser personales (*fideiussione*) o reales, a no ser que expresas normas dispongan otra cosa. Así sucede, por ejemplo, con los administradores de Sociedades anónimas por la responsabilidad en que puedan suceder en su gestión respecto a la Sociedad o los terceros, los cuales deberán depositar acciones nominativas de la Sociedad en una cantidad establecida; los Sindicatos de Seguros mutuos, que deberán constituir para los accidentes de los operarios en la industria una cantidad en títulos emitidos o garantizados por el Estado.

Es difícil determinar la naturaleza jurídica de la relación cuando se refiere a bienes muebles, pues la expresión *caución* se usa por la Ley en sentido genérico. Unas veces las cauciones se imponen en garantía de un crédito, y si se transfiere al titular del crédito sólo la posesión del objeto, tenemos el contrato de pignoración en sentido técnico, siendo ésta la hipótesis normal para las cauciones en títulos a la orden, nominativos o al portador; se hace una excepción, cuando los títulos nominativos han sido emitidos por el Estado, pues en tal caso tenemos una hipoteca, que será preciso anotar en el Gran Libro de la Deuda pública, para que produzca sus efectos. Otras, se transfiere al asegurado la propiedad de la cosa, con la obligación de servirse de ella sólo para los fines de la garantía, de restituirla en caso de cumplimiento o de imputar su valor al propio crédito en caso de incumplimiento, y tendremos entonces un contrato innominado, o *sui géneris*, traslativo de la propiedad y constitutivo de garantía, al cual se le llama por la doctrina *pignus irregulare*.

La distinción entre el contrato de prenda regular e irregular es muy importante desde el punto de vista práctico. Cuando no se traslada la propiedad del objeto, los títulos podrán siempre ser reivindicados por el propietario, y si el que los ha recibido no puede entregarlos por haberlos enajenado, se le podrá obligar a recobrarlos, y si fuera imposible, se sustituirá la obligación con

un crédito en dinero ; además, los riesgos y ganancias corresponderán al propietario.

Si la caución se da a un tercero se tratará de depósito regular o irregular, según que el depositario venga obligado a restituir la cosa en su identidad o tenga la facultad de restituir el *tantundem*; en el primer caso, si el depositario pide la suspensión de pagos o que sea declarado en quiebra, el depositante es admitido a reivindicar los títulos, si existen en el activo, y si han sido enajenados y no recuperados, tendrá un crédito escriturario sujeto a las reducciones del concurso.

Hay otras cauciones necesarias que no dicen relación a la garantía de un crédito. Son ejemplos característicos : la caución judicial de buena conducta, que si no se presta, se sustituye por el Juez con la libertad vigilada ; la caución para la libertad provisional, la cual, si durante el curso del procedimiento, cesa o se disminuye, la Autoridad lo notifica al interesado, a fin de que en el plazo de diez días presente uno o más fiadores, con la advertencia de que si no lo hace será encarcelado.

Evidentemente, se hablará en esta hipótesis de depósito regular o irregular, según el objeto de la caución, antes que de la prenda.

¿Qué sucederá si el sujeto de derecho no presta la caución exigida por la Ley ? Las sanciones varían en cada caso. Limitándonos a las más interesantes, recordaremos que la admisión de una persona al ejercicio de una función y el nombramiento para cargos determinados están subordinados a prestación de fianza ; así sucede con los Agentes de cambio, que no pueden desempeñar su oficio sin haberla prestado ; en el seguro obligatorio de accidentes en la industria dejan de ser reconocidas las cajas privadas y los Síndicos de Seguros mutuos, cuando no se reintegra la caución dentro de un plazo determinado, si fué expropiada en todo o en parte para el pago de indemnizaciones. En algunos casos se imponen sanciones penales ; así sucede con el Administrador de una Sociedad anónima, que no preste caución dentro de los treinta días de su nombramiento.

Obligación legal al nuevo empleo del dinero obtenido en la enajenación de bienes muebles.

Se comprende en este estudio tal obligación legal, subrogándose la cosa al precio, según el principio *res succedit in locum pretii*. Se recurre a esta institución para evitar que el marido disipe la dote de la mujer, y que la dote se convierta de dote en especie en dote de cantidad, que pasa a la propiedad del marido, quedando a la mujer un simple derecho de crédito.

Si no se cumple la mencionada obligación, la mujer puede, aun durante el matrimonio, pedir la nulidad de la enajenación, accionar contra el marido por no haber cumplido la obligación impuesta por la Ley, pidiendo la restitución del precio pagado por el adquirente, además de la indemnización de daños, y accionar también contra el adquirente de los bienes dotales pidiéndole un nuevo pago por no haber vigilado el nuevo empleo del precio, que es condición para la validez del pago, y el adquirente, en caso de responsabilidad, no podrá pedir la nulidad de la enajenación, sino proceder contra el marido para la restitución del precio, que se le ha pagado sin justa causa, y el resarcimiento de daños si el marido no declaró en el contrato que la cosa era dotal, y aun proceder contra la mujer, pretendiendo el reembolso del precio o parte del precio en que se hubiere lucrado.

Otro ejemplo de nuevo empleo obligatorio tenemos en la disposición que obliga a la mujer que tiene sus bienes separados a emplear, con la autorización judicial, las sumas que recibió en pago de la dote.

Retrocesión en la expropiación por utilidad pública.

El artículo 6º de la Ley de 25 de Junio de 1865 sobre las expropiaciones por utilidad pública, dispone: «Después de la ejecución de una obra de pública utilidad, si algún fundo adquirido con tal fin no ha recibido en todo o en parte ese destino, los expropiados o sus causahabientes que tenían la propiedad de los bienes de que fueron expropiados, tienen derecho a obtener la

retrocesión.» En este caso no se trata de una resolución del contrato de propiedad, sino de una obligación *ex lege*, a cargo de los expropiantes, de hacer retroceder, mediante un nuevo contrato, a los antiguos propietarios, los inmuebles que no han sido ocupados con la ejecución de la obra de utilidad pública.

Dice Sebastini que no puede hablarse de reventa en el sentido técnico, porque el expropiante está obligado a hacer retroceder el inmueble a los antiguos propietarios cuando éstos quieran, faltando, por tanto, el elemento fundamental del contrato, esto es, la libre voluntad por parte del expropiante; mas se supera la objeción diciendo que no debe confundirse la existencia del consentimiento, elemento esencial para los contratos, con la espontaneidad del mismo; pues, como afirma Ascoli, si el contrato se reconoce como existente cuando la declaración de voluntad de uno de los contratantes fué fruto de una coacción ilegítima, con mayor razón debe reconocerse así cuando fué legítima, y el contrato no puede ser anulado, como ocurre en la primera hipótesis.

Derecho de conmutación en la sucesión de hijos naturales y del cónyuge sobreviviente.

Un ejemplo de la obligación legal de contratar se tiene en la que se impone al cónyuge y a los hijos legítimos, si quieren sustituir el usufructo, que corresponde a aquél, por una renta vitalicia u otro de los modos indicados en el artículo 819 del Código civil.

Santoro-Passerelli niega la contractualidad del acto de conmutación, porque le parece una contradicción al no ser espontáneo el consentimiento: prefiere ver en ello un acto *debido*, siguiendo la terminología de Cornelutti; no se excluye con ello la naturaleza contractual del acto de la conmutación, pues, según el mismo autor, existen negocios jurídicos contractuales, que son al mismo tiempo *actos debidos*, como, por ejemplo, un contrato definitivo a cuya formación se haya obligado uno en virtud del contrato preliminar.

Artículo 8.º de la Ley de 22 de Marzo de 1913 sobre las Farmacias.

Dispone que la autorización para el ejercicio de una Farmacia, que no sea de nueva institución, implica la obligación en el concesionario de comprar al titular anterior o a sus herederos las existencias que hubiera en ella, so pena de decaer en la concesión.

Obligación legal de contraer en los contratos del trabajo.

En los casos más interesantes la coacción es impuesta por la Ley en favor de los empleados del Estado o de otro ente público. El Estado se preocupa de la suerte de sus empleados, cuando concede a la industria privada un servicio público, que desempeñaba antes directamente, obligando al concesionario a tomar al personal que estaba adscrito al servicio, como ha acontecido al conceder las líneas telefónicas del Estado.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

De la Dirección general de los Registros y del Notariado.