

EL CONTRATO GANADERO DE REPOSICION SU NATURALEZA JURIDICA ⁽¹⁾

Por

EL Dr. DON JOSE ANTONIO INFANTES FLORIDO

Presbítero

La presente tesis ha sido dirigida por don Alfonso de Cossio y Corral, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla, quien no ha escatimado tiempo ni trabajo para ello. Han orientado y esclarecido diversos aspectos de la tesis los señores don Miguel Rojo, don Francisco de Pelsmaecker, don Faustino Gutiérrez Alviz, don Manuel Clavero y don Alberto Ballarín; reciban mi sincero reconocimiento y gratitud. A don Enrique Seco, bibliotecario de la Facultad de Derecho; a los industriales "Casa Infantes", "Muñoz-Romero", "Sánchez-Romero y Carvajal", a los ganaderos, Inspectores veterinarios, agentes comerciales y corredores que se dispusieron a cooperar desinteresadamente y facilitaron datos de sumo valor para la tesis; a todos agradece cordialmente su amable colaboración

EL AUTOR.

S U M A R I O :

Capítulo I. EL CONTRATO DE "REPOSICIÓN": a) Generalidades. b) Lugares de aplicación. c) Práctica de este contrato. d) Explotación del cerdo y la montanera: a') Tiempo de la montanera. b') Modo de llevar a cabo la montanera. c') Porvenir del contrato de reposición en montanera. d') Importancia del contrato de reposición en montanera. e') Clases de cerdo para la montanera.

(1) Dada la extensión de este trabajo, publicamos en este número los seis primeros capítulos que figuran en el presente sumario. En el próximo número se publicarán los siguientes. (N. de la R.)

f) Contratación sobre montanera.—Capítulo II. ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE REPOSICIÓN. ELEMENTOS JURÍDICOS: A) *Personales: sujetos y capacidad.* B) *Reales: objeto:* a) El ganado. b) El precio: *α)* Forma de hacer el peso. b') Recargos del precio. c') Una forma especial del precio. d') Momento en que se pagará el precio. c) El alimento. d) La finca. e) Duración. C) *Elemento formal.*—Capítulo III. EFECTOS DEL CONTRATO DE REPOSICIÓN. DERECHOS Y OBLIGACIONES: A) *Obligaciones del reponente:* a) Obligación de recibir el ganado en su poder. b) Alimentar el ganado. c) Obligación de cuidarlo. d) Obligación de avisar en casos de enfermedad. e) Obligación de guardar y presentar la señal del hierro. f) Obligación de devolver el ganado. B) *Obligaciones del dueño del ganado:* a) Entrega del ganado. b) Lugar de la entrega. c) El tiempo de la entrega. d) Gastos. e) Condiciones en que ha de entregarse el ganado. C) *Extinción del contrato.* D) *Efectos de la extinción.*—Capítulo IV. EL CONTRATO DE REPOSICIÓN Y OTROS CONTRATOS: A) *Reposición y pupilaje de animales:* a) Elementos comunes. b) El contrato de reposición y el apéndice de 1904. c) Delimitación entre ambos contratos. d) Elemento característico de cada uno de estos contratos.—Capítulo V. B) *El contrato de reposición y la compraventa:* a) Precio. b) Riesgos. C) *El contrato de reposición y el depósito:* a) Sus relaciones. b) ¿Hay verdadero depósito? c) Carácter de la obligación de custodia y el derecho romano.—Capítulo VI. D) *El contrato de reposición y los contratos mixtos:* a) Sobre el concepto de contrato mixto. b) Sobre la complejidad del contrato de reposición. c) El contrato de reposición, ¿es mixto?

CAPÍTULO PRIMERO

EL CONTRATO DE "REPOSICIÓN"

a) *Generalidades.*

Sin pretender ahora su definición, podemos decir en general que se entiende por "reposición aquel contrato por el que una persona se encarga del cuidado y alimentación del ganado perteneciente a otra a cambio de una suma de dinero en metálico que resulta de multiplicar el número de arrobas que en su peso aumente dicho ganado por el precio señalado a cada arroba". Se dice también recibir ganado a reposición.

Se trata de un contrato en el que una persona, dueña, arrendataria, usufructuaria, etc., de espigas, pastos, remolachas o bellotas, se compromete a recibir ganado ajeno bajo su custodia y se encarga, bien por sí o mediante sus empleados, de cuidarlo, alimentarlo, prestarle alojamiento, a fin de nutrirlo cuanto le sea posible, para recibir una contraprestación correspondiente al aumen-

to de peso. Este se determina en arrobas, pactándose un precio en pesetas por cada arroba que aumente. Con este motivo se hacen dos pesos del ganado: uno antes de ser recibido y otro al final del contrato. De otro lado, tenemos la otra parte contratante, es decir, quien cede el ganado, bien sea dueño o administrador, quien logra proveerse del fruto o pienso que no tiene mediante la transformación orgánica del mismo por los animales. El cebo obtenido dará el cómputo de su contraprestación.

Desde el momento en que el encargado de cuidarlo los recibe en su poder, mediante el peso en el lugar de la entrega, empiezan los efectos principales del contrato, pues desde entonces se hace responsable de los mismos, en los términos que veremos, encargándose del transporte de los animales a la finca, gastos que se originen, etc.

En cuanto a las citas bibliográficas donde pueda encontrarse algo sobre este contrato, o estudiado en algunos de sus aspectos, hemos logrado sólo unas breves notas en la obra de *Derecho Consuetudinario*, de COSTA, incluyéndolo como forma de pupilaje de animales; en Diccionarios jurídicos, como el de MOUTON, SEIX, donde se repiten las palabras de COSTA, siguiendo incluido en el pupilaje de animales. En ninguna de estas obras se habla del contrato bajo el nombre de "reposición", sino de *conlloc*, a tanto por arroba, para diferenciarlo del otro tipo a tanto alzado. No hemos conseguido encontrar Ley o Disposición tributaria o municipal que a este contrato se refiera en concreto. Sólo en su aspecto económico los tratan algunas revistas ganaderas. El contrato de reposición, nacido por voluntad de los particulares, todavía vive, y se desenvuelve en el mismo ambiente que le dió origen, amparado por usos engendradores de vínculos jurídicos.

Por tanto, cuantos informes hemos obtenido se han conseguido sacándolos del medio en que viven, es decir, entre ganaderos, industriales, traficantes o intermediarios, quienes constantemente le dan realidad sin acudir a normas predeterminadas, sino a los moldes tradicionales, que se vienen repitiendo desde tiempos remotos bajo la buena fe de las partes contratantes.

Según la explotación agrícola-pecuaria que sirva de base a este contrato, así también será la clase de fruto y animales que tenga como objeto. Como afecta al ganado en muchas de sus variedades, resulta que es de extensa aplicación. En cuanto a los productos utilizados para el cebo suelen ser frecuentemente hierbas, rastrojos,

alguna vez remolachas e higos y, especialmente, bellotas. Teniendo en cuenta que el contrato de reposición se ha desarrollado más vivamente con la industrialización del cerdo, y éste cebado en montanera, es por lo que estudiaremos su naturaleza jurídica sirviéndonos exclusivamente de esos dos elementos, sin que esto desvirtúe en lo más mínimo el contrato; por el contrario, lo veremos más sólido y delimitado. Una vez cumplido este fin, fácilmente se extiende todo su contenido jurídico a los demás supuestos de ganados y piensos.

b) *Lugares de aplicación.*

Este contrato de reposición es conocido y puesto constantemente en práctica en las siguientes provincias españolas:

1) En Extremadura, tanto Cáceres como Badajoz, cuentan con grandes dehesas donde tradicionalmente pastan el ganado de otras regiones juntamente con el numeroso que ya sostienen. Van unida a estas circunstancias, como consecuencia, las valiosas transacciones de sus famosas ferias, de tanta importancia para este contrato.

2) La provincia de Córdoba en toda su comarca, pero sobre todo la zona de la sierra.

3) La de Huelva, teniendo su centro de gravedad en el núcleo serrano, con sus centros chacineros, como Jabugo, El Castaño, Cumbres, etc.; pero, además, extiende sus raíces por detrás de la frontera portuguesa. En esta zona de Huelva son innumerables los contratos de reposición repetidos casi idénticamente, pudiendo decirse que es la forma normal de contratar el cebo de cerdos con destino a la industrialización.

4) La de Sevilla, tanto en la región de monte como por toda su campiña. En esta última se celebra en rastrojos y yerbas. Es para los ganaderos, agricultores y tratantes de ganado un contrato familiar, determinado en sus líneas fundamentales de tal modo que es común su forma, salvo pequeñas variantes de poca importancia.

5) *Portugal:* En la región de Alentejo se contrata la "reposición" en los mismos términos, generalmente, que en la zona extremeña; suele convenirse el contrato de "reposición" cuando está ya el fruto en condiciones para su aprovechamiento, abonando, exactamente igual que en nuestra Patria, la totalidad de las arrobas

que repongan los cerdos, pero con una rebaja, y ésta es una diferencia que ya examinaremos, de un 15 a un 20 por 100 del precio de venta que normalmente rija en su fecha en el mercado.

Aunque hemos señalado con nombres y límites las zonas donde se practica esta contratación *sui generis*, no queremos indicar con ello que sean los puntos geográficos donde exclusivamente se conozca. Simplemente indicamos los lugares en que vive en todo su vigor como contrato independiente. Por tanto, en otras provincias es también conocido y llevado a la práctica, aunque, lógicamente, desarrolle con esplendor su existencia en aquellos términos ricos en ganadería, y diríamos casi indefectiblemente donde existan, simultáneamente con el ganado, bosques de encinas y alcornocues. Así podemos concluir que el contrato de reposición es perfectamente conocido en nuestra Patria en su aspecto económico, aunque ignoramos si ha sido tratado jurídicamente.

COSTA recoge datos interesantes sobre el llamado “pupilaje de animales” en el Alto Aragón; si bien es verdad que no llama contrato de reposición a la variedad extremeña, a pesar de serlo, sino que lo coloca bajo otro nombre: el de *conlloc*.

En el movimiento de animales, especialmente de cerdos, que pasan al Pirineo, donde abunda la cosecha de bellota y hayuco, surge ordinariamente este pupilaje o *conlloc*. “La zona intermedia —dice COSTA— lleva piaras de cerdos a la montaña, donde hay personas dedicadas a su cuidado en los hayales y robledales, mediante un cierto lucro. Con relación a él, este contrato reviste dos formas distintas” (1). Estas son: “por cantidad alzada” y a media ganancia. De esta última afirma que se confunde en cierto modo con la aparcería pecuaria. Ya veremos más adelante que el contrato de reposición adopta esta modalidad no pocas veces, repartiéndose por mitad entre ambas partes el aumento de peso.

Pero esta materia de pupilaje no es privativa del Alto Aragón, pues el mismo COSTA afirma que, más aún que en Ribagorza, se practica en otras provincias de la Península... En la provincia de Burgos, partido de Sedano, hay pueblos dedicados especialmente a la industria del pupilaje de cerdos: el valle de Zamanzas, por ejemplo, envía piaras de cerdos a Hoz de Arriba y a otros puntos donde abundan el hayuco y la bellota, “confiándolos a en-

(1) COSTA: *Der. Cons.* Tomo I, cap. XVI, pág. 293. Barcelona, 1902.

cargados especiales, en condiciones que ignoro" (2). Continúa COSTA señalando extenso campo a esta contratación, hasta llegar al exponente máximo, según él, de su importante centro, es decir, en la región extremeña, de la que ya hemos hecho referencia. También existe, añade el citado COSTA, en la región occidental del Moncayo, provincia de Zaragoza. "Pero donde ha alcanzado esta institución jurídica y económica un desarrollo extraordinario es en Extremadura" (3).

Nosotros podemos añadir que no sólo ha adquirido importancia extraordinaria en las provincias extremeñas, sino también, y a veces superándolas, en las ya señaladas, como son los extensos encinares de la sierra de Huelva y noroeste de Sevilla y Córdoba.

Como se trata de una institución que ha nacido de la costumbre y vive en la conciencia popular, podría pensarse en la variedad de su celebración y en la poca fijeza de caracteres; así ocurre con otras instituciones consuetudinarias que se presentan como creaciones locales modeladas por el uso particular y la intuición de las partes; de tal modo es así que a veces un mismo contrato tiene especialidades tan dispares que no se celebra del mismo modo no ya en términos municipales limítrofes, sino dentro de uno de éstos, adoptando normas y usos distintos las fincas entre sí.

Sin embargo, por lo que se refiere al contrato de reposición, presenta elementos perfectamente delimitados, lo que se observa a través de los variados contratos escritos que hemos recogido. En todos se repiten, casi con las mismas palabras, sus diversos elementos, algunos de tanta importancia como la responsabilidad en caso de riesgos; lo mismo hemos comprobado que se repiten en contratos celebrados verbalmente.

En general, puede decirse, por tanto, que existe uniformidad en las regiones anteriormente consignadas, de donde hemos obtenido los contratos escritos y los informes que poseemos.

c) *Práctica de este contrato.*

Llegado mediados de septiembre o principios de octubre, coincidiendo entonces la "montanera" con ferias de ganado, empieza el momento oportuno de este contrato. El dueño de cerdos, que

(2) COSTA: Ob. cit., págs. 294-295.

(3) COSTA: Ob. cit., tomo I, pág. 295.

los ha adquirido ahora, si no los tenía ya en propiedad, proponiéndose el cebo con fines industriales o, simplemente, de venderlos, una vez cebados, a los industriales de mataderos, contrata con los poseedores de dehesas el que éstos los reciban a "reposición". Conciertan el precio que ha de pagar aquél por cada arroba que aumente de peso. Una vez puestos de acuerdo, proceden al peso del ganado, como ya dijimos, en el lugar en que éste se halle, anotándose en el contrato el número total de arrobas que pesan en globo, sin consideración individual.

Terminado lo cual, el ganado es conducido por el encargado a su finca, previamente consignada en el contrato, si se hizo por escrito, siendo desde ese momento él quien se hace cargo de los cerdos. Desde ese día en que entran en la finca comienza la "reposición" propiamente dicha, en la forma acostumbrada. Lo principal es tener en cuenta que desde entonces empiezan una serie de obligaciones a su cargo, como es la de alimentarlo en la proporción necesaria para el cebo, cuidarlos en los términos que requiere el negocio y esta clase de ganado, custodiarlo con la diligencia conveniente, albergarlo en los lugares destinados al efecto, las clásicas zahurdas rústicas, aunque no faltan otras dependencias higiénicas y proporcionadas.

Las operaciones propias de la "reposición" no suele hacerlas por sí mismo el dueño de la montanera, sino que, tratándose de fincas de importancia, se las encomienda, conservando la responsabilidad y dirección, a sus empleados, llamados porqueros, quienes conocen práctica y suficientemente tal industria.

Mientras tanto, el dueño del ganado permanece aislado, hasta cierto punto, y, por regla general, no vuelve a verlos hasta el plazo convenido, salvo el caso de surgir alguna dificultad, como cuando avisasen de haberse declarado una epizootia, cosa tan frecuente en el ganado de cerda, o bien si ha ocurrido la muerte, pérdida, etcétera, de alguna pieza.

Llegado el día convenido, se procede a efectuar un nuevo peso, viéndose en globo la diferencia que existe con la cifra obtenida en el peso anterior; el número de arrobas y libras que arroje tal diferencia, multiplicada por el precio de cada arroba, es la deuda a cargo del dueño de los animales.

Como fácilmente se comprende puede ocurrir que ese peso no dé una diferencia grande, o ésta sea insignificante, o incluso no haya ninguna, lo cual no es extraño, si se tiene en cuenta la ame-

naza de agentes atmosféricos, una equivocación en el cálculo sobre el fruto que exista en el arbolado y otros contingentes que juegan en este negocio.

Hay que tener en cuenta que esta descripción práctica está hecha en términos generales, pues se repite siempre la misma combinación de elementos industriales y económicos en todas las manifestaciones del contrato; pero esto no impide que aparezcan ciertas variantes, como, por ejemplo, en la determinación del precio, en la forma de proceder al peso, etc. A veces llegan a tal extremo esas variaciones que pueden trastornar la misma naturaleza jurídica del contrato. Así nos encontramos que en algunos de estos contratos de reposición se acuerda no un precio por arroba, sino que del peso total obtenido hacen dos partes, bien iguales, bien proporcionales, entre ellos.

d) *Explotación del cerdo y la montanera.*

Como dijimos, reduciremos el estudio de la "reposición" a la especie agrícola-económica de cerdo y bellota especialmente, es decir, que de los elementos económicos de importancia que rigen este contrato de reposición cogeremos los más decisivos en estas regiones donde se desarrolla. De aquí que nos fijemos en la montanera, nombre familiar entre los regímenes de alimentación y cebo del ganado.

La explotación del cerdo y la montanera tiene a su favor la máxima antigüedad utilizado como tipo del régimen de libertad o pastoreo del cerdo. En tiempos de Homero, los griegos poseían numerosas manadas de cerdos, que pacían en los bosques de encinas; este uso perduraba todavía en el tiempo en que Polibio hacía observar que en Grecia los porqueros seguían al rebaño, mientras que en Italia lo precedían (4).

El cebo del cerdo, no sólo incluido en la explotación rústica, sino considerado también como forma de explotación industrial, ha sido practicado en todos los tiempos. Entre los romanos bastaría considerar la atención que prestaban al pastoreo para darnos cuenta del interés que suscitaba el cerdo, como, en general, toda la ganadería. No es de extrañar que así sea cuando VARRÓN encuentra

(4) *Dict. des Antiq. Grecques et Rom.* M. Edmon Saglio, págs. 915-16.

el fundamento de la ciencia del pastoreo en procurarse ganado y cuidarlo para sacar la mayor suma posible de dinero de la cosa misma de donde se deduce el nombre de dinero, ya que "pecunia" viene de "pecus": "... est scientia pecoris parandi, ac pascendi, ut fructus quam possunt maximi capiantur ex ea, a quibus ipsa pecunia nominata est. Nam omnis pecuniae pecus fundamentum" (5). La primera parte de las tres en que divide dicha ciencia pecuaria abarca, según él, el ganado menor, *minoribus pecudibus*, que comprende tres especies: ovejas, cabras y cerdos (6).

Del mismo modo, otro agrónomo romano, COLUMELA, exige para una buena explotación agropecuaria la existencia de diversos tipos de tierras, entre las cuales ocupan un lugar importante las colinas destinadas a pastos para el ganado: "Alii deinde colles... nec minus pecudibus pascua praebere possint" (7). Recuerda a los labradores la importancia que dieron los antiguos romanos al cultivo de prados para el pastoreo: "Et ideo necessarius ei cultus est etiam prati, cui veteres Romani primas in agricoltatione tribuerunt" (8). Este cultivo, según COLUMELA, exige más cuidados que trabajo: "Cultus autem pratorum magis curae quam laboris est" (9). Estima necesario un conocimiento práctico del tipo de alimentación para la ganadería, y enumera las plantas más apropiadas, y señala diversos géneros de forraje para el pastoreo (10).

El gran interés que tiene el conocimiento y modo de aprovechar la ganadería expuesta por estos autores romanos, al igual que CATÓN y PALADIO, se pone de relieve al considerar su fundamento, ya que en algunos, como VARRÓN, se basa no sólo en las costumbres pecuarias de las villas italianas, sino también en las investigaciones directas obtenidas por él hablando con grandes propietarios de ganados de otras regiones, como Grecia: "De re pecuaria breviter ac summatim percurram, ex sermonibus nostris collatis cum iis, qui pecuarias habuerunt in Epeiro magnas, tum cum piratico bello inter Delum et Ciliciam Graeciae classibus praessem incipiam hinc" (11).

Con tales principios generales sobre la ganadería era suficiente

(5) VARRÓN: *Rerum Rusticarum*. Paris, 1856, libro II. *De re pecuaria*, cap. I, pág. 103.
 (6) VARRÓN: Ob. cit., pág. 103.
 (7) COLUMELA: *De re rustica*. Paris, 1856. Libro I, cap. III, pág. 178.
 (8) COLUMELA: Ob. cit., libro II, cap. XV, pág. 217.
 (9) Ob. cit., libro II, cap. XVII, pág. 218.
 (10) Ob. cit., libro II, cap. X, págs. 209-210.
 (11) VARRÓN: Ob. cit., libro II, pág. 19.

para considerar al cerdo como un medio económico de valor; pero vemos que dedicaron a esta especie de ganado reglas particulares y capítulos concretos que demuestran el aprovechamiento completo del mismo, en términos tales que actualmente parece que sólo hacemos repetir en nuestra economía rural los usos agropecuarios e industriales romanos.

El cebo del cerdo comprendía su pastoreo libre alternando con el régimen de pienso, según las estaciones del año y estado de la ganadería. Durante el verano llevaban los cerdos a pacer desde la mañana temprano hasta el mediodía, durante el cual buscaban el descanso bajo la sombra de los árboles, junto al agua: "Pastum exigunt aestate mane —dice VARRÓN— et antequam aestus incipiat (meridie) subigunt in umbrosum locum, maxime ubi aqua sit" (12). Y no sólo el agua, sino el mismo fango buscaban para este ganado, conocedores los ganaderos romanos de la apetencia natural de aquél por los terrenos cenagosos: "In pastu locus huic pecori aptus uliginosus, quod delectatur non solum aqua, sed etiam luto" (13).

Para evitar que se extraviase alguna res cuando el ganado pastaba libremente por los bosques recomienda VARRÓN la costumbre inmemorial de apacentarlo a son del cuerno: "Nutrices subulcus debet consuefacere, omnia ut faciant ad bucinam... Ideo ad bucinam convenire dicuntur, ut silvestri loco dispersi ne dispe-reant" (14).

No podía desconocer el labrador romano el interés que para el cebo representa la montanera; si bien el cerdo lo acomodaba a cualquier tipo de finca rústica, sin embargo, conocieron los propietarios romanos las ventajas de unas respecto de otras, utilizando con gran interés los encinares, alcornoques y bosques semejantes: "Nam et montibus et campis commode pascitur, melius tamen palustribus agris, quam sitientibus. Nemora sunt convenientissima, quae vestiuntur quercu, subere..., etc." (15). De tal modo, que la bellota fué considerada entre los piensos más apropiados para este ganado: "Hoc pecus alitur maxime glande, deinde faba, et ordeo, et caetero frumento. Quae res non modo pinguitudinem efficiunt, sed etiam carnis jocundum saporem" (16). No sólo

(12) Ob. cit., pág. 112.

(13) VARRÓN: Ob. cit., cap. IV, pág. 112.

(14) VARRÓN: Ob. cit., cap. IV, págs. 114-115.

(15) COLUMELA: Ob. cit., cap. IX, pág. 353.

(16) VARRÓN: Ob. cit., libro II, cap. IV, pág. 112.

conseguirán engordar los cerdos, sino obtener una carne agradable al paladar.

La bellota la aprovechaban los propietarios romanos, bien mediante la montanera, bien recolectándola previamente del árbol. Esto suponía un período de conservación, poniendo en práctica uno de estos procedimientos: o desecando la bellota o recogiéndola en estanques de agua: "Propter quod plurima glans vel cisternis in aquam vel fumo tabulatis recondenda est" (17).

La recolección de la bellota entre los romanos, al igual que la de la castaña, era una faena propia del mes de noviembre, según PALADIO; al conservar dichos frutos se prevenían los cuidados exigidos por el cerdo en el mes de febrero, cuando podría faltar el pasto. La recolección la confiaban a las mujeres y a los niños: "Hoc tempore glandis legendae ac servandae cura nos excitet; quod opus foemineis ac puerilibus operis celebrabitur facile more baccarum" (18).

Consiste, pues, la montanera en llevar los cerdos junto a los árboles para aprovechar el fruto ya caído por el efecto de la madurez o como consecuencia del viento, o, como tradicionalmente se hace, por el vareo previo que llevan a cabo sus guardadores,

Es una forma del cebo en libertad o pastoreo; un sistema que en sentido lato pretende o aspira "a que los cerdos engorden en régimen de vida libre, en pleno campo..." (19).

El ganado ha de desplazarse a través de la dehesa y consumir el fruto sin recolección previa. Sus características propias se imponen en las relaciones económicojurídicas y hacen surgir negocios variados e interesantes para la esfera del Derecho.

De su aspecto económico nos dan ligera idea estas palabras de don SANTOS ARÁN: "Como este fruto se obtiene sin apenas trabajo, y las plantaciones fueron desde tiempo inmemorial numerosas en el mediodía de España, la población porcina ha sido considerable, efectuándose en otras épocas fáciles y beneficiosas operaciones" (20).

Este régimen de cebo lleva en sí el tradicional aprovechamiento de los bosques de encinares, alcornoques y hayuco, compatible con los regímenes de propiedad, tanto privada como comunal. De este

(17) COLUMELA: Ob. cit., libro VII, cap. IX, pág. 354.

(18) PALADIO: *De re rústica*, libro XII, cap. XIV, pág. 637.

(19) L. HERGUETA NAVAS: *La cría del cerdo*. Madrid, 1950. Reus, 2.ª ed., pág. 224.

(20) SANTOS ARÁN: *El ganado de cerda*. Biblioteca Pecuaria, 4.ª ed., pág. 260.

aprovechamiento común informa COSTA (21) respecto de algunas poblaciones de la montaña de Burgos; por ejemplo, en Barbadiellos de Herreros, donde “benefician la bellota y el hayuco del monte del concejo por medio de la montanera, y no se permite que un vecino introduzca en él mayor número de cerdos que otro...”; del mismo modo recoge don JUAN SERRANO (22) la explotación de la montanera en común: “A mediados de octubre —dice— elige el Ayuntamiento dos vecinos prácticos, dándoles el encargo de reconocer los montes, tanto de haya como de roble, e informar acerca del número de cerdos que se puedan echar a la montanera...”. Una vez que estuviera determinado qué número de cerdos podría echar cada vecino, se anuncia previamente la montanera para que todos los vecinos que no dispusiesen de animales para cebar vendiesen su derecho a quien estimare conveniente, ya fuera vecino o forastero.

La propiedad particular sobre tales montes y arbolado vino a influir no en el modo de explotación, ya que éste ha persistido a través de los siglos, sino, por el contrario, en las relaciones jurídicas. Con tal motivo aparecen negocios en forma de arrendamiento, venta y la figura singular que estudiamos: contrato de “reposición” en montanera.

La reposición, como todos los negocios sobre montaneras, ha sufrido oscilaciones, como era de esperar, a consecuencia de la guerra del 14 al 18, primero; de nuestra guerra civil y de la segunda europea, después. Actualmente cuantas operaciones se realizan sobre la montanera ponen de relieve la importancia de su explotación, debido a la valorización obtenida por las fincas rústicas; a esto se le añade la intensificación industrial, como maderos, cuyo número es muy crecido, produciéndose no sólo para abastecer el mercado nacional, sino también para la exportación.

Si se tiene en cuenta que los dueños de los encinares no suelen cebar para sí y, además, que lo normal es que quienes se dedican a cebar no dispongan de tales fincas, la importancia de la contratación a este respecto es extraordinaria. Proyecta sus múltiples variedades como una floración nueva y pujante que vive sin una reglamentación legal, y así se abandona al buen sentido o intui-

(21) COSTA: Ob. cit., tomo II, pág. 18.

(22) JUAN SERRANO: “Burgos, Soria... ganadería”. *Der. Cons. Costa*, tomo II, página 359.

ción de las partes, en general ignorantes de los elementos más esenciales de la vida jurídica.

La explotación de la montanera ha hecho evolucionar al contrato de "reposición" desde ser un medio de completarse dos economías hasta la independencia jurídica e industrial, como actualmente se presenta. Empezó dicho contrato como un servicio mutuo: de un lado entre el criador de ganado que carece de pienso suficiente, y de otro lado el dueño de encinares que no posee el ganado capaz de consumir la producción. Este fué su origen, y todavía hoy, en algunas zonas ganaderas de escaso interés comercial, seguirá siendo su fundamento económico. Pero actualmente ha conseguido este contrato una delimitación especial, pues la industria lo ha absorbido, en cierto momento, como tipo jurídico de contratación, persiguiendo una función determinada y un fin económico de gran importancia. Este negocio jurídico en los últimos tiempos ha llevado su vida a un tráfico extraordinario, saltando los estrechos límites de la pequeña economía, perdiendo su primitivo carácter de contrato ocasional.

Esto no pasó inadvertido al propio COSTA al exponer el derecho comparado en materia de pupilaje de animales. Refiriéndose a Extremadura, señala el carácter del contrato de reposición, o pupilaje extremeño, y dice: este pupilaje "sólo se aplica a la cría en grande, que diríamos industrial" (23).

Al hacer la distinción de cerdos a este efecto en "de vara y de vida", añade: "Esta distinción industrial da origen a otra jurídica: por razón de ella el contrato de pupilaje reviste dos formas diferentes" (24).

a') *Tiempo de la montanera.*—Se desarrolla el aprovechamiento de la montanera en la época indicada para el cebo. Dice el señor HERGUETA NAVAS: "... las épocas más apropiadas para el engorde de estos animales son el otoño e invierno, estaciones éstas en que la chacinería no precisa recurrir al frío artificial para la elaboración de embutidos y salazones..." (25). "Además —añade— en tiempo frío el cerdo conserva muy buen apetito; su industrialización, una vez sacrificado, tiene fácil y ventajosa colocación en el mercado, y, por otra parte, su cebo coincide con la recolección de

(23) COSTA: Ob. cit., cap. XVI, tomo I, pág. 295.

(24) COSTA: Ob. cit., cap. XVI, tomo I, pág. 295.

(25) L. HERGUETA: Ob. cit., pág. 208.

las patatas, bellotas, etc., alimentos que auxilian mucho el engorde de estos animales" (26).

Esto, que representa ventajas, constituye también un inconveniente, si pensamos que la mayoría de los propietarios ceban sus cerdos precisamente en esta misma temporada y bajo las mismas circunstancias, lo que ocasiona auge en oferta en los mercados, bajando, como consecuencia, el precio de los cerdos.

En la contratación se suelen consignar fechas topes. Unas veces bastan con designarlas en términos generales y aproximados, otras se designan días determinados, tanto para su comienzo como para su término.

En Castilla, según don JUAN SERRANO (27), empieza a primeros de noviembre y termina a fines de diciembre. En la zona del Pirineo, según COSTA (28), la temporada comienza, respecto a los hayales, hacia los Santos (2 de noviembre), acabando dicha temporada en Santa Lucía (15 de diciembre). El mismo autor hace constar que la montanera en Extremadura generalmente transcurre desde el 15 de septiembre al 15 de enero.

No se pueden señalar fechas para todas las regiones españolas. Por ello, en general, se sitúan sus términos entre diciembre (fines) y enero (mediados); a veces se suele prolongar por la voluntad de los interesados, según las circunstancias, así como también puede resultar reducida por consecuencia de los accidentes que atacaran a la producción o cuando ésta fuera escasa, como sucede en algunas temporadas. Ya veremos, al hablar del contrato de reposición en particular, las formas que comúnmente se emplean para señalar la duración por las partes.

b') *Modo de llevar a cabo la montanera.*—No se exige un método científico en la práctica. No es extraño que alguien califique a este procedimiento de encontrarse excesivamente rudimentario aún en la actualidad. Ciertamente se realiza por personas experimentadas y peritas, que continúan en la misma forma lo que siempre vieron realizar, siguiendo un sistema de cebo consuetudinario y primitivo. Algunos han alzado la voz contra este sistema calificándolo de antieconómico y, por tanto, perjudicial para

(26) L. HERRGURTA: Ob. cit., pág. 208.

(27) Ob. cit., tomo II, pág. 361.

(28) Ob. cit., tomo I, págs. 294 y 296.

la economía agrícola-pecuaria. En términos generales, éste es el procedimiento: una vez llegado el tiempo oportuno, si se trata de cerdos ajenos, mediante el respectivo contrato, se introducen en la finca o dehesa y se conducen por los linderos y lugares más apartados o de difícil acceso. El fin perseguido es el de que el ganado vaya conociendo la finca en que ha de desenvolverse y, al mismo tiempo, aproveche la bellota que está más apartada precisamente cuando el ganado puede moverse fácilmente. Lo normal es que cuando va dándose fin a la montanera se encuentren cerdos tan cebados que les es casi imposible moverse; por ello las zonas próximas a las zahurdas se reservan para los últimos momentos.

La bellota la encuentra el cerdo formando parvas a los alrededores de cada árbol, lo que se obtiene, como procedimiento común, mediante el oportuno vareo del fruto.

Es cierto que esto tiene sus inconvenientes, fáciles de notar, como son el que no se distinga entre el fruto perfectamente maduro y aprovechable y el que aún permanece verde, el consiguiente daño en las ramas, etc.

Junto con la bellota, el cebo en montanera supone, imprescindiblemente, el agua, tanto para abreviar el ganado como para el baño. De tal modo es necesaria que de su escasez o abundancia depende el éxito o pérdida de la "reposición". Además, el ganado pasta las hierbas que a su paso encuentra por la dehesa, favoreciéndole grandemente las primeras lluvias.

Para guarecerles durante la noche se alberga el ganado, por regla general, en chozas, es decir, habitaciones rústicas, de forma cónica, cubiertas de juncos y ramas. Las construcciones de tales albergues están a cargo del "reponente". El hecho de que su duración sea para varias temporadas lleva consigo la fácil propagación de epizootias e infecciones, tan corrientes en esta clase de ganado.

El resultado ventajoso del contrato de reposición depende de varios factores. Entre éstos es muy importante considerar la calidad del ganado que se recibe, pues hay tipos de cerdos que tienen una mejor capacidad para aumentar el cebo en menos tiempo y en menos cuidado que otros. Igualmente se tiene en cuenta la edad, ya que no "repone" lo mismo un cerdo joven que viejo. Atendiendo a la composición química de la bellota se ha observado que no es alimentación económica para cebar ganado joven, pues éste necesita gran parte para su crecimiento. En cambio, en ganado viejo

da gran resultado sometiéndolo a este régimen de montanera.

c') *Porvenir del contrato de reposición en montanera.*—Sobre el cebo en montanera se puede preguntar si tiene éste su porvenir asegurado y, por tanto, cuáles serían las repercusiones en el contrato de reposición sobre este fruto. Es un tema que tiene gran importancia económica y jurídica.

Habiendo sido objeto de repetidos ataques el régimen de cebo en libertad, lógicamente sentiría sus golpes el aprovechamiento tradicional de la montanera, provocándose sobre ésta una encendida polémica entre ganaderos, propietarios y científicos; al menos algunos consideran que no es conveniente el cebo en campo libre para la mayor parte de nuestras explotaciones porcinas. Sin embargo, no pretenden negar en absoluto los beneficios o ventajas económicas que supone dicho régimen en algunas circunstancias, e incluso es el más indicado en ocasiones. Así, por ejemplo, dice el señor HERGUETA NAVAS: "... cuando el ganadero disfruta de abundantes praderas artificiales... de grandes y económicos maizales —como ocurre en Norteamérica y en algunas Estados brasileños (Minas Geraes, Río Grande del Sur)—, entonces es cómodo y hasta económico este sistema de cebo, pues los cerdos desgranar y consumen las mazorcas de este grano en pleno campo, y hasta se suprime la operación de recoger y transportar esta cosecha; la efectúan los cerdos y, a la vez, engordan. Para ello sueltan los cerdos al maíz, limitan la superficie de terreno que los cerdos deben pastar cada día, y con esta práctica reducen los gastos de recolección del maíz al mínimo y los cerdos aprovechan bien lo que comen. Pero este sistema puede realizarse cuando esos maizales resultan económicos y al ganadero se le presenta el dilema de exportar maíz en grano o vender los cerdos engordados con este cereal, según las circunstancias ventajosas. Esto es difícil de apreciar en España (29).

Sin embargo, respecto del cebo en montanera, según parece, y veremos a continuación, no es tan fácil encontrar esas ventajas; podríamos, por tanto, preguntar si el aprovechamiento de la montanera sufrirá cambios importantes.

Don SANTOS ARÁN profetiza que llegará un día en que desapa-

(29) Ob. cit., pág. 224.

rezca la montanera como procedimiento de alimentación. Encuentra grandes inconvenientes, llegando a afirmar en una conferencia dada en Zafra, octubre de 1916 (30): "En España se hace un gran despilfarro con las montaneras".

Según él, como se trata de un fruto pendiente, cuya cuantía sólo se aprecia por un cálculo, no se puede precisar el número exacto de cerdos que pueden ser cebados, introduciéndose a veces un número mayor, con el consiguiente perjuicio. La bellota, como queda en el árbol para suministrarla mientras dura la montanera, queda expuesta con ello a los peligros, tanto atmosféricos como epidemias, aves, etc. Otro inconveniente, según el citado autor, de importancia es que tiene que consumirse el fruto de que se dispone en el corto plazo previsto, haya poco o se trate de una gran cosecha.

Indudablemente con este sistema el cerdo tiene que perder energías, al andar de un lado para otro, cosa que se evitaría cuando el suministro lo recibiese sin el desplazamiento a través de la finca. Basado en estos y otros razonamientos, afirma categóricamente el señor SANTOS ARÁN: "Creemos firmemente que la montanera se modificará primero y se suprimirá después" (31).

De la misma manera se manifiesta el señor HERGUETA NAVAS (32), diciendo: "En España, y especialmente en Extremadura, Andalucía, Salamanca y alguna otra región en que abundan los encinares y alcornoques, también se practica el cebo de cerdos en régimen de libertad.

Hace ya muchos años (más de veinte) que estudiamos sobre el terreno este problema, y cada vez vemos más firmemente que el cebo de cerdos en montanera es un negocio desastroso, ruinoso."

Para lograr un mejor rendimiento de la bellota y una explotación ordenada y económica proponen estos autores el recolectarla previamente para después suministrarla, en raciones adecuadas y oportunas, mezcladas con otros productos que completarían su valor nutritivo. Esto supone que ya se contaría con un medio apropiado para desecación y conservación de la bellota.

"En nuestro modesto criterio, el aprovechamiento racional de las bellotas no puede ser otro que el seguido con los demás ali-

(30) Ob. cit., pág. 268.

(31) Ob. cit., pág. 267.

(32) L. HERGUETA NAVAS: *La cría del cerdo*. Madrid, 1950. Reus, 2.ª ed., pág. 226.

mentos: recolectarlos primeramente, consumirlos en fresco en unión de otros más concentrados y conservar los restantes en adecuada y económica desecación" (33).

Pero precisamente aquí estriba la razón de existencia del sistema que examinamos: en la economía de la producción, en el menor gasto de la mano obrera; lo contrario supondría un nuevo costo que habría de añadirsele, el de transportes al lugar de consumo. Estas circunstancias se agravan según las distintas situaciones locales, el movimiento comercial, etc. Para remediar ese estado económico tan desfavorable y conseguir un medio apto, aunque no científico, para el mejor aprovechamiento de la montanera se propone el contrato de "reposición", entendiendo que el dueño del ganado no pagará nada más que lo que éste estrictamente ha asimilado del fruto, es decir, retribuye al titular de la montanera no lo que ésta valga en peso, sino lo que produce al ser transformado orgánicamente por el cerdo.

"Desde luego —sugiere el señor HERGUETA NAVAS (34) a este propósito—, puede aceptarse otro procedimiento, aunque científicamente no puede recomendarse. Este sería, por ejemplo, *abonar al dueño del animal a razón de equis céntimos por kilo de aumento en el peso vivo*, pesando, como es lógico, los cerdos en ayunas antes de empezar el aprovechamiento del fruto y nuevo pesado de los animales al finalizar la montanera, es decir, *que la diferencia entre ambas pesadas serán los kilos que habría que abonar a razón de equis céntimos kilo*.

"Así lo hemos visto liquidar en algunas zonas de la provincia de Cáceres. Pero repetimos que el procedimiento sería recomendable si se completara la ración diaria con otros alimentos más ricos en albúmina que la bellota."

Es posible que la industrialización llegue con el tiempo a ocasionar la reforma de la explotación pecuaria y, por tanto, del régimen alimenticio; pero, ¿llevaría consigo la desaparición de la montanera como tal?

Frente a este estado de cosas no podía faltar la posición interesada de algunos ganaderos, como los señores Calles Mariscal, quienes, desde la revista *Ganadería*, salen al paso de los impugnadores de las montaneras.

(33) L. HERGUETA NAVAS: *La cría del cerdo*. Madrid, 1950. Reus, 2.ª ed., pág. 226.

(34) Ob. cit., págs. 226-227.

Consideran esta cuestión de importancia “trascendental para toda la comarca extremeña y parte de Salamanca y Andalucía, regiones en que usualmente se efectúa” (35).

No comparten la idea que pretende basar el procedimiento de la montanera en la rutina o en el prejuicio, sino en una necesidad imperiosa de las regiones españolas señaladas antes.

Para ellos, si en algo se han ocupado los publicistas del tema ha sido con el fin de “desvalorizar la típica práctica asignando insuficiente valor nutritivo a la bellota, partiendo de experimentos con visos científicos, pero más teóricos que prácticos” (36). “Y, cuando no, se exhiben argumentos ingeniosos, pretendiendo, con la fugaz fuerza que representan, desterrar la práctica tan española de las montaneras como régimen de cebo y tan arraigada en la conciencia campesina” (37).

Después de rebatir en particular algunos de los argumentos que se le suelen oponer, como el de estar el fruto pendiente sometido a los accidentes atmosféricos, exponen una fuerte argumentación positiva. No dudan los señores Calles y Mariscal en basar la fama y prestigio tan reconocidos de los productos de cerdo, que a todas las regiones españolas envía Extremadura, en el propio sistema de cebo en montanera.

Pero, no se olvide: una razón que explica, sin duda, el fundamento económico del mismo es la abundancia y facilidad de obtención del fruto. Además, teniendo en cuenta las características propias del cerdo extremeño y el régimen de libertad absoluta en que se le explota, llegan a afirmar que “no cabe otra solución que la de celebrar la típica práctica de la montanera” (38).

En cuanto a la opinión que atribuye a la bellota insuficiente valor nutritivo, responden: “Admitido que origina un desarrollo excesivo en los tejidos adiposos en los cerdos de edad joven; pero para los adultos, a nuestro modo de ver, a más de ser el alimento más completo por sí sólo de todos los que se destinan para el cebo del cerdo, es el que más engorda” (39).

Después de numerosos experimentos, continúan los citados señores, se ha comprobado que en animales de edad adecuada bas-

(35) Rev. *Ganadería*, núm. 54.
 (36) Rev. *Ganadería*, núm. 55, enero 1948, pág. 24.
 (37) Ob. cit., pág. 24.
 (38) Ob. cit., núm. 55, págs. 25-26.
 (39) Ob. cit., núm. 55, pág. 26.

tan tres fanegas de bellotas para producir una arroba de aumento de peso. ¿Hay método de engorde más económico?, preguntan. Aun en años de escasez de piensos, la bellota ha mantenido bajos sus precios, de tal forma que para el ganadero que ceba sus matanzas con bellotas ha obtenido la arroba de aumento de peso a mitad de precio que el que lo hace con cebada, y no digamos nada del caso en que, además, se emplean otros piensos, como se aconseja, de tan extremada rareza cuanto de acusada carestía. ¿Queda con ello, preguntan, suficientemente demostrado la razón de la existencia de las montaneras? (40).

d') *Importancia del contrato de "reposición" en montanera.*—

La contratación sobre la montanera constituye una fuente vital para muchas regiones de nuestra Patria, pues es grande el número de cerdos que se someten a este régimen de alimentación. De aquí que el campo del contrato de reposición sea muy extenso, recayendo, como dijimos otras veces, sobre piensos y animales de distintas clases.

Según los ya citados señores Calles y Mariscal, aunque mucho se haya hablado acerca de las ventajas e inconvenientes de esta práctica tan arcaica, sea cual fuere la conclusión, "el caso es que existen en España cerca de dos millones y medio de hectáreas de encinares, con una débil proporción de alcornoques, en los cuales se ceban, aproximadamente, cerca del millón de cerdos" (41).

Esto nos dará una idea de la importancia económica que rodea al contrato de reposición, avalado por la cifra extraordinaria a que asciende su tope económico según el factor de las ferias.

Estas, como sabemos, son un fiel índice de las transacciones sobre la riqueza pecuaria española.

Y precisamente el cerdo, con la consiguiente montanera y contrato de reposición, cuenta a su favor con ferias como las de Zafra, Sevilla, Medina del Campo, entre las más importantes; en general, las andaluzas y extremeñas, siendo éstas las que empiezan la época de las montaneras.

La mayor parte de la contratación que en ellas se realiza corresponde al ganado de cerda (42), con vistas a su cebo o ya cebado, uniéndoseles a los encinares.

(40) Ob. cit., núm. 55, pág. 26.

(41) Rev. Ganadería, núm. 47, pág. 323.

(42) Ganadería, núm. 47, pág. 323.

En este medio ambiente surge y se desarrolla el contrato de reposición.

Viene a corroborar lo antes dicho, casi con las mismas palabras, don SANTOS ARÁN, refiriéndose a las ferias, sobre el cerdo.

Respecto a las demás de Andalucía y Extremadura dice: “Sevilla y Zafra, sobre todo, dan el mayor contingente de cerdos de quince a veinte meses... Zafra es mercado de extraordinaria actividad, pues a primeros de octubre son conducidos más de cien mil cerdos, realizándose muchas operaciones” (43).

La importancia de este mercado sólo puede comprobarse visitándolo personalmente. La gran cantidad de operaciones sobre el cerdo no sólo se efectúa bajo la forma de compraventa en el acto, sino también éstas bajo el compromiso “de entregar el ganado cebado en diciembre, enero... a precio determinado” (44), es decir, una vez transcurrida la montanera. Aquí entra de lleno el contrato de reposición.

Concurren industriales de distintas provincias españolas, con lo que se completa la esfera económico-industrial de nuestro contrato, pues suelen ser los productores en gran escala de la industrialización del cerdo, los dueños de mataderos y, en fin, cuantos negociantes vienen a buscar con avidez de lucro la riqueza pecuaria. Así se explica el movimiento de provincia a provincia que impulsa al contrato de reposición.

Los efectos económicos del contrato de reposición son consecuencia de la base o intereses en que se apoya, y repercuten en un ámbito social muy amplio, lo que hace que trascienda los límites de una mera costumbre agropecuaria de escasa relevancia jurídica. Funciona de un modo principal para satisfacer necesidades del agro extremeño-andaluz, interesando riqueza, trabajo, capital e iniciativas privadas. Por ello dicho contrato sirve de instrumento no tanto para originar un intercambio de bienes como para obtener, como signo recíproco, una mejor explotación del campo y de la ganadería.

e') *Clase de cerdos para la montanera.*—Los cerdos que se adquieren para someterlos a este régimen suelen ser de dos clases:

(43) SANTOS ARÁN: Ob. cit., pág. 264.

(44) SANTOS ARÁN: Ob. cit., pág. 264.

1.ª, la de los llamados granillantes, malandares o rebuscones, de vida, etc., los cuales se someten a una alimentación para sostenerlos nada más, aunque pueda ocurrir que haya aumentado de tal forma de peso que resulten cerdos ya cebados; 2.ª, la clase de los llamados de vara, nombre recibido del sistema del vareo que se suele seguir tradicionalmente para proporcionarles el pienso.

Como dicen los señores Calles y Mariscal, la montanera es más propia de los cerdos que se preparan con este régimen para las matanzas: "Aparte de los granillantes, la montanera tiende hacia el cebo de matanzas" (45); COSTA (46) recoge esa misma clasificación de cerdos, dando lugar a dos formas de pupilaje: una a tanto alzado y otra a tanto por arroba de peso que aumente.

f') *Contratación sobre la montanera.*—Los diversos contratos que sirven para el aprovechamiento de la montanera suelen agruparse bajo el nombre genérico de "contrato de pasturaje", que viene a ser para algunos una especie "del contrato de hospedaje de animales" (47), ya que se pretende conceder la facultad de apacentar ganados en fincas cuyo aprovechamiento ganadero le corresponde, a cambio de un precio en relación al número de cabezas de ganado introducido. Estos contratos reciben en particular el nombre de la época del año que los motiva, como montanera, rastrojera, etc. Se suele hablar de arrendamiento, si bien no quiere decir que se trate del arriendo temporal de la finca aprovechable, sino del fruto pendiente.

El precio consiste en pagar un tanto alzado, bien proporcional al número de piezas de ganado, que es muy frecuente, o sólo se computa una cantidad total en globo.

El primer método es utilizado frecuentemente respecto de hierbas, pastos, rastrojeras, practicado en todas las regiones españolas, sobre todo donde se practica la explotación pecuaria del pastoreo.

El dueño de los animales en estos casos no pierde la posesión de éstos, continuando a su cuidado, haciendo de su cuenta y riesgo el cebo; el arrendador de la montanera no interviene para nada en la custodia del ganado, el cual se comporta como ajeno en tal negocio.

(45) Rev. *Ganadería*, núm. 47, año 1947.

(46) Ob. cit., tomo I, pág. 298.

(47) PÉREZ TELVEDOR y S. MORENO: *Arr. rústicos*. 1951, cap. XXIV, pág. 488.

Se presenta el problema de su naturaleza jurídica, es decir, que cabe discutir si se trata de una venta o un arrendamiento respecto del mayor número de estos contratos de pasturaje. En un sentido amplio también puede incluirse al contrato de reposición como forma del pasturaje, ya que es un modo de aprovechamiento agropecuario; sin embargo, por sus características tan señaladas, viene a constituir un tipo en sí especial y perfectamente distinguido, cuya naturaleza la discutiremos más adelante.

A veces las prestaciones que intervienen en el pasturaje se complican y nos encontramos en presencia de una relación que puede calificarse de contrato mixto; por último, puede pensarse, en muchos casos, en verdaderos contratos de pupilaje de animales.

En la región de Andalucía es muy frecuente utilizar el término arrendar los pastos, la montanera, así como también arrendar los rastrojos. En otras provincias, como Tarragona, se utiliza tanto vender las hierbas como arrendarlas (48).

Sin embargo, este tipo de contrato se puede distinguir de la venta propia de pastos, ya que en el llamado contrato de pasturaje se trata de un aprovechamiento directo de los pastos o montanera por el ganado, y, en cambio, cuando se habla de venta, lógicamente debe pensarse en pastos o bellotas separadas de la finca, al peso o en globo. A pesar de encontrarle características propias al contrato de pasturaje, PÉREZ TEJEDOR y SERRANO MORENO (49), para efectos especiales, los consideran equivalente al arrendamiento y, concretamente, al subarriendo, ya que por ese contrato se efectúa la cesión del derecho de disfrute de la finca arrendada mediante un precio, requiriendo tal aprovechamiento la permanencia del ganado en la finca para consumir en ella los frutos.

Este aprovechamiento de la montanera bajo el tipo de arrendamiento, como se le llama, presenta grandes inconvenientes, que suelen traducirse en perjuicio para las partes.

Principalmente son debidos a la apreciación de la cuantía del fruto pendiente, la cual se hace por un cálculo, siendo los elementos en que se basan de caracteres imprecisos y variables, tales como el estado del tiempo, la comparación con años anteriores, etc. Como se ve, estos datos no son suficientes, sino lo más indicios para una

(48) V. SANTAMARÍA: *Venta o arriendo de las hierbas...*. COSTA: Ob. cit., tomo II, página 222.

(49) Ob. cit., pág. cit.

orientación. De aquí resulta lo frecuente de los errores por ambas partes.

Don SANTOS ARÁN se hace eco de estos inconvenientes: "Son —dice— muy frecuentes las equivocaciones. En la montanera de 1916 al 1917, por ejemplo, hubo equivocación completa, pues, cuando todos decían que había poco fruto, resultó que todavía faltaron cerdos que consumieran toda la cosecha" (50).

Se comprenderán las consecuencias del error en la apreciación si se tiene en cuenta, por ejemplo, el caso del industrial que ceba mediante el arriendo de la montanera; si no hay bellota suficiente ha de suplirse con otro pienso, aumentando, por tanto, considerablemente los gastos; si sobra bellota habrá de disponer de cerdos, o recolectar y vender. Adviértase que en las operaciones comerciales las condiciones de oportunidad, economía de gastos, etc., son decisivas en la mayor parte de los casos.

Aunque este peligro afecta en parte al contrato de reposición, sin embargo se aleja más fácilmente, pues existe un precio que se determina según la cantidad de fruto realmente aprovechada por el ganado en una medida cierta de arrobas.

Una forma especial de contratar la montanera es a "fruto visto"; se llama así porque el contrato se celebra una vez que ha recorrido la finca, viendo detenidamente el fruto, para calcular qué número de cerdos podrá engordar, teniendo en cuenta que el término medio de engorde por cabeza es de cinco arrobas.

Suelen buscarse por ello personas peritas que, por los años de práctica, tienen suficientes elementos de juicio.

Una vez hecha esta valoración "a fruto visto", determinado el número de cabezas que admite, se pacta el precio por cada arroba que pueda poner (por ejemplo, si es a 50 pesetas la arroba serían 250 pesetas por cabeza), el cual se pagará por el dueño de dichos cerdos.

Ahora bien, el negocio tiene un tanto de probabilidades en favor y en contra de ambas partes. Ya que puede ocurrir que haya más fruto del calculado, en cuyo caso los aprovecha para aumentar el número de cerdos, saliendo el cebo en condiciones muy ventajosas.

Se diferencia del arrendamiento de la montanera en que

(50) Ob. cit., págs. 262-263.

allí se paga por cabeza que entre a cebarse y aquí se ha determinado previamente el número de arrobas que los cerdos, según la bellota calculada, van a engordar. Es indiferente para el dueño de la montanera que entren más o menos cabezas de las computadas, pues a él lo que le interesa es el valor de las arrobas de carne que puede producir la bellota existente.

Si en el anterior tipo de aprovechamiento de la montanera podría hablarse de semejanzas entre el arrendamiento y la venta, en esta forma de "frutos vistos" parece que se confunden los límites del contrato de reposición y el arrendamiento. No cabe duda que es una "reposición" adelantada: las partes han contratado las arrobas como ya obtenidas, pesadas y transmitidas al dueño del ganado. Pero no es el verdadero contrato de reposición, pues han desaparecido las prestaciones complejas, no puede hablarse de un reponente responsable, etc.

Tampoco es fácil encuadrarlo en el arrendamiento, pues, aunque hay goces de los frutos, falta el precio correspondiente al plazo de duración. Queda la semejanza con la venta, pero no es tanta como para decir sin duda que se trata de este negocio, pues exige la permanencia del ganado en la finca aprovechable.

CAPÍTULO II

ESTRUCTURA DEL CONTRATO DE REPOSICION. ELEMENTOS JURIDICOS

A) PERSONALES: SUJETOS Y CAPACIDAD.

Intervienen, de una parte, el dueño del ganado, quien pretende la reposición, y el encargado de cebarlo, de otra. Aunque no se encuentran nombres especiales para designarlos, nosotros adoptaremos los dos siguientes: *a) reponente*, o tomador, para significar el obligado a custodiar y alimentar el ganado ajeno; *b) dueño* o cedente del mismo, para el que se solicita el cebo.

En cuanto a la capacidad, como no se transmite la propiedad del ganado y como no se dispone de la finca en sí, bastando una titularidad, como la del poseedor, usufructuario, arrendatario, etc.,

consideramos al contrato acto de administración, por lo que ambas partes deben gozar de la capacidad general para contratar.

B) REALES: OBJETO.

El objeto inmediato son las prestaciones de ambas partes, que son, como veremos: entrega del ganado y actividad, cuidado, alimentación, etc., del mismo. El objeto mediato lo constituye el ganado, el fruto (finca) y el precio.

a) *El ganado.*

Ya dijimos que puede ser objeto de este contrato toda clase de ganado susceptible de aumento de peso, pero lo más frecuente es que recaiga sobre animales de la especie caballar, mular, vacuna, ovina y, preferentemente, de cerda. Es decir, todo aquel que es útil al comercio y a la industria mediante su engorde o cebo.

La consideración jurídica no es la de rebaño; no se forma, al igual que en otros contratos, sobre animales una *universitas* o universalidad de bienes muebles susceptibles de suplantación por parte del tomador. En nuestro contrato se determina el número de cabezas, que son las mismas que serán devueltas al cedente del ganado. Suele estar previamente señalado con marca o signo del propietario, o, al menos, llevan alguna señal convencional. En cuanto al número de cabezas que deba exigir el contrato de "reposición" no hay nada determinado en la costumbre; por ello, si se preguntase acerca de la posibilidad de constituir este contrato con un solo animal, contestaríamos que no se opone razón alguna. Prácticamente no sucede esto; siempre se entiende que se constituirá sobre una pluralidad de reses.

Si bien es verdad que ese ganado se representa por una cifra global de peso, es simplemente a los efectos de determinar el aumento de arrobas obtenido, pero sin perder la individualidad propia. El reponente se convierte en deudor de cosa cierta y determinada, con expresión de su valor propio en arrobas.

b) *El precio.*

Ha de ser en metálico, cierto y determinado, o al menos deter-

minable, sin esperar a nuevo convenio, dado que se fijan las bases de liquidación.

1.º En metálico, a tanto por arroba aumentada, pues si se pactase a cambio de otra contraprestación podría haber, o una forma de permuta, si era en especie, o bien cualquier otro contrato innominado, ya complejo, ya mixto. Si no se acuerda precio, sino un reparto del aumento de valor entre ambas partes, como sucede a veces, ya veremos en otro lugar si puede hablarse de una especie de aparcería.

2.º Determinado o determinable; es lo más frecuente que se haga constar en el contrato expresamente la cantidad que se abonará. Puede ocurrir que el precio en principio acordado sea susceptible de aumento progresivo y proporcional, según una escala, a partir de cada nuevo aumento que se vaya obteniendo. También suelen acordar las partes que rija el precio medio que libremente haya en el mercado, bien sea en el momento de contratar o bien el que rija al día de su terminación.

¿Cómo se determina el precio? Como sabemos, las partes no expresan más que el precio correspondiente a la unidad de peso que el ganado aumente, cualquiera que sea la forma de su determinación; de ahí surge un elemento indispensable: el *peso*.

Acompaña indefectiblemente al contrato de reposición; es doble, precediendo a ambas entregas, es decir, al comenzar y terminar el contrato. Su función es varia: sirve primero para señalar el elemento de comparación, a partir del cual debe empezar el aumento de valor esperado; esta cifra base señala el peso global del ganado. Además, sirve para valorar el capital que se recibe a los efectos de la cantidad en que deberán resolverse los distintos supuestos de responsabilidad a cargo del reponente.

Es, por tanto, en este segundo aspecto una estimación hecha de común acuerdo por las partes, pero que no significa la transmisión de la propiedad ni facultad de disposición del ganado a favor del reponente.

En el último momento del contrato, mediante el segundo peso se obtiene la cifra exacta del aumento de valor conseguido con los cuidados y alimentación convenientes; aplicándole el precio pactado resultará el importe de la contraprestación, a cargo del dueño o cedente del ganado.

Es, pues, indispensable esta doble operación del peso. Puede ocurrir que, llegado el momento de verificarse el último peso, en

el día convenido no se presente la parte obligada a recoger el ganado; ¿podría por sí mismo el reponente hacerlo? Este supuesto entra en el incumplimiento de las obligaciones.

a') *Forma de hacer el peso.*—Mediante la “romana”, se practica en gran parte de las provincias españolas, graduada en arrobas, libras y cuarterones. Más práctico es utilizar la balanza, donde sea posible, ya que nunca debe suspenderse un cerdo “repuesto” si no va a ser sacrificado en el día. Otra costumbre es la que practican los tratantes, y consiste en “tantear” el peso, acertando con gran aproximación. Si son cerdos “en regular grado de engorde” se puede averiguar también su peso vivo midiendo con una cinta métrica dichos animales: se rodea “el pecho del animal —dice el señor HERGUETA (51)— por detrás de los codos, esta medida se multiplica por sí misma dos veces y el producto se vuelve a multiplicar por 75; el resultado de esta tercera multiplicación será el peso aproximado en kilos del cerdo medido”. Para la reposición debe obtenerse el peso exacto; por ello se utiliza preferentemente la romana y la balanza.

No en todos los términos municipales se efectúa el peso en las mismas condiciones, pues en unos se pacta pesar el ganado en ayunas y en otros ya comidos. En el primer supuesto el ganado no come nada desde la puesta del sol hasta la mañana siguiente, después de pesado; para ello toman la precaución de encerrarlo en lugar conveniente donde no encuentre pienso alguno, confiándose, como es de esperar, que tampoco el reponente se lo facilite. En el segundo, por el contrario, se procura hartarlo cuanto sea posible, a fin de lograr un aumento conveniente con poquísimo costo, ya que el pienso empleado se reduce a verduras, desperdicios, etc. Cuando se ha acordado una u otra forma de peso se entiende que regirá para las dos operaciones.

Hemos recogido notas de algunos lugares donde se sigue una u otra costumbre como tipo ordinario, aunque no siempre exclusivo. En la provincia de Huelva se puede señalar una zona comprendida por aquellos pueblos y aldeas situados entre Rosal y Aracena, donde rige como costumbre pesar los cerdos comidos para todas las operaciones y a mediodía. En cambio, desde Aracena

(51) Ob. cit., pág. 233.

hasta el límite de la provincia, aún en el término municipal de Aracena, se pesan en ayunas al salir el sol; al decir “ayunas” se entiende tanto de agua como de comida.

En la provincia de Sevilla hay términos en que indistintamente se utiliza una u otra forma de peso, como hemos observado en contratos celebrados en el término de Almadén de la Plata. Puede decirse que, en general, predomina el peso en ayunas.

No sólo interesa recoger en el contrato los dos pesos, inicial y final, sino que es conveniente que el desarrollo de la “reposición” conste en los libros “registros” del aumento de peso. No existe uniformidad, como es lógico, en el progreso del cebo, pues los cerdos van aumentando a un ritmo diferente impuesto por las cualidades individuales de cada res (como son la raza, edad, estado de salud, etcétera), la cantidad de fruto, condiciones de éste, situación y accidente de la finca, etc. El aumento del peso vivo del ganado se refleja en esos registros, ya utilizados por ganaderos, y debe hacerse siempre que se pueda, para que el reponente marche sabiendo el estado de su explotación, es decir, cuánto va costándole producir un aumento de peso. Llegará el término del contrato y puede encontrarse que el precio en que se cotiza la arroba de reposición no cubra suficientemente el capital invertido; además, en las sucesivas oscilaciones observará el medio de disminuir o aumentar la ración de fruto, el descanso, etc., ya que hay que tener en cuenta que el cerdo que pesa 50-60 kilogramos debe alimentarse de tal modo que aumente a diario de 700 a 750 gramos, que es lo que puede aumentar o engordar generalmente; en cambio, cuando ya llega a los 90 kilogramos va disminuyendo rápida y sensiblemente por día el aumento de peso.

b') *Recargos del precio.*—Las partes suelen acordar que el precio no se recarga con arbitrios municipales ni con impuestos que pudieran afectar al ganado, quedando a cargo del reponente. Esto tiene gran interés cuando se trata de contratos celebrados sobre el ganado que ha de trasladarse de un término municipal a otro o de una a otra provincia. Lugar muy apropiado para estas cláusulas es la frecuente e importantísima contratación entre Salamanca y Extremadura, zonas fronterizas de ésta y Portugal, Huelva, Córdoba y Sevilla.

c') *Una forma especial del precio.*—A veces en el contrato de

reposición no se pacta un precio en metálico, sino que convienen las partes en repartirse por mitad o en otra proporción el aumento de peso; suele resolverse en una cantidad en metálico, que no es otra cosa sino la valoración de aquella mitad de arrobas que, perteneciéndole al reponente, la cambia por dinero metálico. Ahora bien, el precio que sirve de cómputo no es el normal de la reposición, sino el de la arroba de carne en el mercado; de otro modo sería perjudicial para el reponente.

Pero, más que forma especial del precio, es una modalidad distinta que adopta el contrato, cuya naturaleza jurídica es también distinta. El fin económico obtenido es el mismo, pero mediante dos negocios jurídicos diferentes.

No es extraño encontrarse, cuando se concierta el reparto por mitad, una cláusula por la que se obliga al reponente a pagar una pequeña cantidad en metálico por cada cabeza de ganado o por cada arroba recibida, a favor del dueño o cedente, en consideración a su aportación de capital. Con ello se da nacimiento a una complicada figura jurídica.

d') *Momento en que se pagará el precio.*—El dueño de los animales pagará el precio una vez determinado por el segundo peso; desde ese momento es deudor de precio en una cantidad cierta, sin que necesite la entrega del ganado para surgir dicha obligación. Esto no obsta para que pueda retenerlo hasta que le sea entregado. Son numerosos los casos en que el reponente recibe adelantos durante la vigencia del contrato, pues suele el agricultor hacer desembolsos frecuentes, como sucede con los arrendatarios, por ejemplo.

c) *El alimento.*

Como ya vimos, hay una gran variedad, pues depende de la región y animales que sirvan para realizar este contrato. Aquí nos estamos refiriendo a la montanera como base importante del contrato de reposición.

d) *La finca.*

Expresamente se hace constar en el contrato el lugar donde van a ser cebados los cerdos, indicando su nombre, pago y términos en

que se encuentra. Es muy interesante cuanto se refiere a la finca. Así no le es indiferente al dueño del ganado las condiciones particulares de ella, como son la situación, extensión o cabida, proximidad a las carreteras, ferrocarriles, a los efectos de transportes; abundancia de aguas, calidad del fruto, albergues, etc., de tal modo que puede originar serios problemas de incumplimiento del contrato el traslado a finca distinta de la pactada sin la voluntad del dueño o cedente, por ejemplo. Por otra parte, éste, y no otro, ha de ser el lugar en que se realice el peso final y donde habrán de ser entregados los animales a su dueño.

e) *Duración.*

El plazo está acordado por las partes, no habiendo encontrado entre los contratos otorgados por escrito uno sólo en que éste no se señale. Existe una gran variedad en la forma de acordarlo, aunque puede decirse que todas suelen comprenderse dentro de los límites de duración normal de la montanera.

Enumeramos las siguientes, que hemos podido recoger en los diversos contratos examinados:

1.^a Una forma consiste en fijar una fecha, con indicación del día y el mes, dentro del año en que serán recogidos.

2.^a Otra es la que se presenta con una cláusula en estos o parecidos términos: "Los tendrá (el reponente) en su poder hasta su total engorde, avisando para la entrega con ocho días de anticipación".

Este total engorde suele tener un tope de arrobas, al que se ha obligado expresamente el reponente. En este caso sucede que el término es indeterminado, pues hay que esperar a obtener este tope de arrobas. Alguna vez ocurre, como es de esperar, que falla el cálculo de las partes, quedando el reponente en la imposibilidad de conseguir el aumento prometido con los frutos de las fincas; para tal situación ya tienen las partes convenidas una sanción, que consiste en rebajar el precio primeramente señalado en una cantidad proporcional a las arrobas y fracciones de arroba que dejó el ganado de reponer.

3.^a Una tercera forma consiste en señalarse un plazo como mínimo de duración, agregándose "o más si tiene comida". Como ocurre algunas veces que el reponente ha recibido el ganado ajeno para reponerlo juntamente con el propio, las partes añaden

entonces una obligación por la que no se puede proceder al peso de los cerdos recibidos hasta que no llegue el día en que el reponente pesara los propios, es decir, cuando acabe la montanera para todos.

4.^a Por último, hay contratos en los que las partes se limitan a señalar la duración por la de los frutos, pero quedando obligado el reponente a avisar, por lo menos con una semana de anticipación, el día en que han de ser pesados.

C) ELEMENTO FORMAL.

Tal como se presenta en la práctica, este contrato no necesita formalidad alguna para su constitución. En un principio es indudable que fué verbal, siendo raro su otorgamiento por escrito. Aún revela hoy que ha surgido y se ha desarrollado basándose en la buena fe, la que sigue constituyendo un elemento que determina marcadamente el complejo de relaciones obligatorias entre las partes. Sin embargo, desde hace algún tiempo a esta parte se ha impuesto como costumbre general el que se contrate por escrito, dándose como excepción el contrato verbal de reposición.

Redacción de estos contratos.—Se deja a la libertad de los contratantes la confección del contrato; sin embargo, parece como si se ajustasen todos a un mismo formulario, pues repiten casi literalmente lo esencial; son, pues, debido a la actuación privada, redactados en la generalidad de los casos por industriales, en la que los agricultores y ganaderos no hacen más que firmar. El contrato formalmente considerado dispone ordinariamente sus cláusulas según el modelo que podemos reducir a estos puntos:

- a) Número de cabezas entregadas, anotando la señal del hierro o marca que lleve el ganado.
- b) Peso obtenido globalmente, expresado en arrobas.
- c) Nombre de la dehesa o finca y término municipal en que se halle.
- d) Responsabilidad, riesgos, etc., indicando el medio de valorar cada pérdida o baja sufrida.
- e) Precio.
- f) Plazo.
- g) Lugar donde se celebra el contrato, fecha y firma de ambos contratantes y testigos.

CAPÍTULO III

EFFECTOS DEL CONTRATO DE REPOSICION. DERECHOS Y OBLIGACIONES

En este contrato, en el que generalmente a todo derecho de las partes corresponde una obligación recíproca, es suficiente con hablar de obligaciones sólo.

Para su mejor exposición haremos dos grupos: A) Obligaciones a cargo del reponente, y B) A cargo del dueño o cedente del ganado.

A) OBLIGACIONES DEL REPONENTE.

Un vez perfecto el contrato, la primera que surge, siendo común para las partes, es la de proceder al peso del ganado, en la forma que ya vimos.

a) *Obligación de recibir el ganado en su poder.*

Y una vez en posesión de él, comienza una importante obligación, que es la custodia. Su contenido propio no es sólo vigilar para que no se extravíe o pierda, sino evitar el robo, los daños que de mano de tercero pudieran sobrevenirle, etc. Al mismo tiempo que la obligación de custodiar nacen aquellas responsabilidades por riesgos, cuyo contenido es uno de los puntos que más especifican las partes en la redacción del contrato.

Una vez recibido el ganado, es el reponente el que se obliga a transportarlo a la finca designada, soportando él sólo cuantos gastos se originen, ya de medio de locomoción, seguros de transportes, empleados que se encarguen de su conducción, así como otros gastos propios del caso.

b) *Alimentar el ganado.*

En general, puede decirse que consiste en proporcionar la actividad necesaria para conseguir un cebo según las circunstancias especiales de ganado, fruto, cláusulas del contrato, etc. Así se obtiene ese aumento de valor mediante la transformación de los productos contratados.

Como se ve, jurídicamente es la más importante de las obliga-

ciones de esta parte contratante, y lo es precisamente por su misma esencia, independiente de la apreciación subjetiva de cada obligado, pues constituye uno de los elementos esenciales e indispensables de la razón de ser del contrato; como consecuencia, es la prestación principal o fundamental a cargo de esta parte contratante.

Es una obligación, además, inderogable, y hasta personal. Cuando intervienen extraños lo hacen a sueldo, cosa muy usual, sin que se necesite el consentimiento de la otra parte, el cual entendemos que se presume; tales gastos son a cuenta del reponente.

c) *Obligación de cuidarlo.*

Debe ser de tal naturaleza el cuidado que cubra la exigencia que este negocio y esta clase de ganado requiere. Esta obligación no tiene un contenido concreto y determinado, pues dentro de su amplitud pueden incluirse prestaciones diversas. Pero lo característico de esa obligación de cuidado lo constituye la diligencia acerca de las condiciones en que proporciona la alimentación, reposo, agua, estado higiénico del local o refugios, saneamiento, holgura del ganado, etc. La importancia de esta actuación se pone de relieve si tenemos en cuenta los resultados fatales que un descuido puede llevar consigo, ya que se trata de animales en los que las enfermedades adquieren proporciones de epizootia con suma facilidad, propagándose el contagio con rapidez.

Fácilmente se comprende esto si trasladamos aquí el consejo que el señor HERGUETA da a los ganaderos y explotadores de esta clase de ganado:

“Deben acostumbrarse estos criadores a conceder mayor importancia a la aparición de cualquier manifestación que no sea habitual o corriente en la salud de los cerdos; pero aún es de mayor trascendencia cuidarlos y examinarlos constantemente..., ya que es preferible evitar la aparición de enfermedades que tratarlas después” (52).

Sólo con estas notas se inician de un modo general los rasgos de la diligencia que se ha de exigir al reponente, puesto que será la propia diligencia característica de “un buen reponente”. Por tanto, no es la diligencia de un buen padre de familia, del hombre medio,

(52) Ob. cit., pág. 92.

sino la diligencia que ese hombre medio debe tener cuando está investido y obligado por el ejercicio de una actividad especial. De aquí se deducen los caracteres que rodean a la diligencia exigida en el contrato de reposición, según veremos más adelante, cuando estudiemos a este contrato en relación con el de depósito.

La negligencia del reponente hace que se tutele al dueño del ganado del derecho a resolver el contrato, pidiendo, además, la indemnización correspondiente por los daños que se hubieren ocasionado.

Por ello se asegura bien esa diligencia del reponente mediante la consignación expresa de avisar al dueño en tales circunstancias. Por tanto:

d) *Obligación de avisar en casos de enfermedades.*

Ha de hacerlo en el plazo más breve posible. Las partes suelen enumerar los medios de que ha de valerse para realizar esta notificación. Así dicen algunos contratos: "bien sea por propio, teléfono o carta certificada"; generalmente enumeran estos medios.

Creemos que puede usar indistintamente uno cualquiera de los enumerados en la cláusula contractual, pero, según sea la importancia y peligro de la enfermedad presentada, así estará obligado a utilizar el más oportuno y rápido. Pero, además, la enumeración hecha por las partes no parece de ningún modo exhaustiva, por lo que, si se encontrase algún otro medio más apto y de resultados más inmediatos, estará obligado el reponente a ponerlo en práctica, aunque no se encuentre enumerado en dicha relación. Ahora bien, hay que entender que no está obligado a ningún medio extraordinario. En cuanto a los gastos realizados para el aviso "es de cuenta exclusiva del dueño del ganado", dicen las partes en el contrato.

¿Qué fin tiene concretamente este aviso? Según algunos contratos se pretende avisar para que el dueño se ponga de acuerdo con el reponente o reciba instrucciones sobre los medios que hayan de tomarse; también tiene el fin de hacer que se presente en el lugar donde esté el ganado para ver de cerca el peligro e importancia de la situación, proporcionando los medios facultativos convenientes. Se pregunta: ¿es de la exclusiva incumbencia del dueño del ganado el procurar la asistencia facultativa y los medios de recobrar la salud? Es importante averiguar si el reponente ha de

esperar inactivo hasta recibir la contestación o las instrucciones de la otra parte.

- e) *Obligación de guardar y presentar la señal del hierro o bien las orejas de cada animal fallecido, a los efectos de comprobar el dicho fallecimiento del ganado.*

Esta es una obligación de gran antigüedad en nuestro Derecho histórico, aunque su garantía no siempre sea eficaz en aquellos casos en que, en vez del hierro, se conforman las partes con señales sobre las orejas, como un corte o raja que la divide en dos. Así ocurrió recientemente en Sevilla, donde se vendieron por el reponente los animales confiados, haciéndosele pasar a su dueño como muertos por epizootia, presentándosele las orejas respectivas. Poco después se descubrieron los cerdos sin orejas en manos de un tercer poseedor, que los había adquirido por compra, denunciándose el caso oportunamente (53).

Aunque es lo normal que dicha obligación se pacte expresamente, sin embargo puede ocurrir que las partes no lo tuvieran en cuenta, ¿seguirá rigiendo y pesando sobre el reponente aun en este caso?

No sólo importa al dueño del ganado la comprobación de la muerte, sino también el recoger las pieles, que son de tanto interés en cierta clase de animales, así como todo aquello que fuera de posible aprovechamiento, respondiendo de ello el reponente. Es una obligación que tradicionalmente va unida al tomador del ganado ajeno, consecuencia de la función de guarda; es característica de la aparcería pecuaria.

Algunos cuerpos legales han llevado a su articulado dicha obligación, como el Código civil portugués, artículo 1.309, que dice así: "Si algún provecho se pudiese sacar de los animales que muriesen, tal provecho pertenecerá al propietario, quedando responsable por esto el aparcerero tomador". Lo cual supone para éste el deber de no dejar perder el posible provecho.

(53) Esta obligación típica de las relaciones jurídicas pecuarias se recogió así en el Fuero de Soria, cap. XLVI, epígrafe "Capítulo de las pagas": "De las ovejas muertas o matadas, el pastor demuestra la sennal del hierro, y si lo non ficiere, péchelo por yura de su señor... Esto mismo se ha yubgado a los porquerizos...". Pero puede ocurrir que el ganado no esté lo suficientemente alejado como para bastar la prueba con la señal del hierro, y por ello se exige más. "Pero si el ganado en el término muriese, el pastor o el vaquerizo y cabrerizo traya la carne y el pellejo a su sennor, salvo si lo hubiesen comido lobos o osos." Del mismo modo la *soccta* o *socita* catalana.

f) *Obligación de custodiar el ganado; responder de la muerte pérdida y robo.*

Tres partes pueden distinguirse en el contenido de esta obligación: 1.ª, abstenerse de todo acto que pueda perjudicar la conservación de la cosa; 2.ª, realizar los actos necesarios y útiles para conservar la cosa (ganado); 3.ª, responsabilidad por muerte, pérdida y robo del ganado.

Las dos primeras comprenden la custodia propiamente dicha, que no es, como sabemos, una obligación principal, pues no motiva el contrato en sí; tiene, por tanto, carácter accesorio; esto no quiere decir que carezca de importancia; al contrario, como veremos al tratar de esta custodia (su contenido) como posible forma de contrato de depósito, que es de tal naturaleza que da sentido y amplitud a la diligencia del reponente.

En cuanto a la tercera parte, en el contrato ya determinan los contratantes qué responsabilidad con carácter exclusivo tiene el reponente en ciertos casos y aquel otro caso en que ambos responderán, pero limitándose entonces el contenido o cuantía económica de la pérdida. Así la pérdida y el robo pactan siempre que está a cargo del reponente, pero la muerte, en cambio, recae sobre ambos, si bien en partes distintas, como veremos.

Ha buscado con ello el dueño del ganado una seguridad, pues la diligencia del reponente es más estrecha; por otro lado, la diferencia de trato respecto a la muerte es justificada, pues el robo y el extravío pueden entrar, en algunos casos, dentro de la prestación de guarda, si bien no de custodia ordinaria; pero no puede ocurrir lo mismo con la muerte, que adopta con más independencia el tipo de caso fortuito, afectando a ambos contratantes.

Tales pactos constituyen una agravación de la responsabilidad: de una parte, mediante la asunción del caso fortuito, lo cual autorizan los artículos 1.105 y 1.575, y, *a contrario sensu*, el 1.104, párrafo 2.º; claro está, dentro de los límites de los artículos 1.102 y 1.255 del Código civil; de otra parte, constituyen un medio de graduar la responsabilidad; igualmente lícito, ya que a ellos se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.104, al suponer que los contratantes pudieron acordar los límites de la diligencia exigida en aquella obligación.

Cuando se trata de la muerte del ganado hay que pensar que puede suceder la de todo o parte del ganado y puede venir moti-

vada por enfermedad, lo más frecuente, y, en casos no muy raros, por la acción de lobos u otros animales salvajes.

En caso de muerte fortuita las partes se adelantan a determinar expresamente la extensión de la responsabilidad, consistente en que el dueño pierde el animal por el valor que representaba el peso primitivo al ser entregado al reponente, y éste pierde el aumento que hubiese logrado el animal en el momento de su muerte, no teniendo derecho a reclamar nada por cuantos gastos, cuidados, etcétera, hubiese suministrado.

Por lo que se refiere al extravío y al robo o hurto son dos las fuentes de responsabilidad que acompañan siempre al contrato de reposición: bien en virtud de cláusulas expresamente señaladas, bien por la costumbre bajo la cual se consideran sometidas las partes.

Aparece como una responsabilidad absoluta, donde no se tiene en cuenta la culpabilidad del reponente, recordando aquella responsabilidad de custodia que regía en el Derecho romano para ciertos contratos.

f) *Obligación de devolver el ganado.*

Es ésta la última obligación, con la que finaliza el contrato, llegado el plazo convenido, previo peso, como ya dijimos. Habrá de devolverlo íntegramente y en el estado en que se encuentre en aquel momento. Pero téngase en cuenta que no se trata de una mera obligación de devolver lo que se recibió, pues el reponente ha de hacer algo más: lo devolverá mejorado. Esta mejora consiste en el aumento de peso, valorable en metálico.

B) OBLIGACIONES DEL DUEÑO DEL GANADO.

Nos limitaremos a enumerarlas sencillamente, dejando para otro capítulo la exposición de los problemas que se presentan respecto a estas obligaciones. La primera es:

a) *Entrega del ganado.*

La primera obligación a su cargo es la de entregar el ganado que habían convenido. Así lo exige el contrato por declaración expresa de las partes, y, como sabemos, tiene para ellas fuerza de

ley (artículo 1.091, relacionado con los artículos 1.255 y 1.256).

Ya dijimos que el contrato de reposición es consensual y, por tanto, se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes en la cosa y en el precio. Sin embargo, para que surjan los efectos propios del contrato es necesario la entrega del ganado, sin la cual el reponente no puede poner en práctica la complejidad de operaciones que constituyen el contenido de su prestación. La entrega, pues, es un presupuesto del contrato que no puede mudar el carácter consensual de la relación jurídica nacida entre las partes.

Pero no hay que olvidar que la obligación de entregar el ganado, aunque sea previa a las demás obligaciones, es efecto del contrato mismo, comienzo de su ejecución; además, es su principio necesario de tal modo que es el dueño del ganado quien tiene que empezar a cumplir el contrato.

El reponente puede exigir esa entrega en virtud del contrato (artículo 1.258 del Código civil), y de acuerdo con las reglas generales de las obligaciones, artículo 1.096, párrafo 1.º, que dice: "pudiendo compeler al deudor a que realice la entrega", aparte de la indemnización que autoriza el artículo 1.101. El peso previo a la entrega en este contrato no creemos sirva para hacer que una cosa genérica se convierta en cosa determinada, sino que tiene otra misión: señalar la base para computar el aumento de peso obtenido en el futuro y el medio de valorar las pérdidas posibles por negligencia o caso fortuito de que deba responder el reponente.

Ha de entregarse el ganado que se convino por las partes idéntico en número y especie, sin que pueda sustituirse una clase por otra, si previamente no se ha acordado. Es la norma sentada por el artículo 1.166, párrafo 1.º

El ganado se supone que ha de recibirse de una sola vez y, según suelen acordar los interesados expresa o tácitamente, ajustándose a la regla general de las obligaciones (artículo 1.169). Pero puede suceder que hayan contratado sobre un ganado cuyo conjunto se formara por partidas diversas que se hallen en fincas diferentes o distantes; entonces, de ordinario, suele tenerse en cuenta por las partes antes de convenir, señalando, de común acuerdo, el día o días de las sucesivas entregas.

Por dicha obligación el dueño o cedente del ganado transmite la mera tenencia o la posesión, pero no su disfrute ni uso propiamente dicho, aunque sí tal vez este último en sentido muy amplio.

La entrega, ordinariamente, se lleva a cabo real y directamente.

Sin embargo, no se opone dificultad alguna a que las partes acuerden una entrega simbólica por todos los medios con que la posesión puede transmitirse, como el caso del *constitutum possessorium*, cuando el reponente los hubiese poseído antes a título de prenda, etcétera. Igualmente se puede pactar que el dueño del ganado transmita al reponente las acciones que le competan para exigir la posesión del ganado de un tercer poseedor, obteniendo con ello indirectamente la entrega del ganado objeto de la reposición. El peso, como sabemos, acompañará siempre a cualquier tipo de entrega ordinariamente como un medio simbólico que suple a la verdadera entrega para muchos problemas jurídicos.

b) *Lugar de la entrega.*

Respecto del lugar siempre se conviene en el contrato que sea aquel donde el dueño tiene el ganado bajo su custodia; ordinariamente es la finca donde se encuentra al perfeccionarse el contrato. Las partes rara vez alteran este punto, perfectamente de acuerdo ambas con lo dispuesto en el artículo 1.171 del Código civil, obligándose el reponente a hacerse cargo del ganado una vez practicado el peso.

c) *El tiempo de la entrega.*

El tiempo de la entrega será el día acordado en el contrato, siendo lo normal una fecha fija. Pero, si nada se indicó en el contrato, no puede estimarse que sea desde luego, es decir, desde la perfección, pues ocurre a veces que se contrata algunos meses antes de madurar el fruto; es un caso ordinariamente de interpretación del contrato, y nos remitiríamos a los usos entre ganaderos, y en último caso regiría el artículo 1.258, según el cual los contratos obligan desde su perfeccionamiento, pero sólo en aquellos casos en que del contenido del mismo contrato no se deduzca otra cosa; por ejemplo, si se contrató sobre montanera habrá que esperar indudablemente a que ésta llegue.

d) *Gastos.*

Respecto de los gastos aparece modificada la doctrina general del artículo 1.168, según la cual los gastos extrajudiciales son de

cuenta del deudor, es decir, aquí del dueño del ganado, deudor de cosa; al contrario sucede en el contrato de reposición, pues se pacta que el reponente recogerá el ganado una vez pesado, siendo desde ese instante de su cuenta y riesgo cuantos gastos se originen en su transporte a la finca en cuestión. A pesar de que nada se diga en las cláusulas del contrato, siempre entienden las partes que rige esta obligación a cargo del reponente, y sólo el pacto en contra puede derogarla.

¿Por qué lo acuerdan así las partes? Parece que, sencillamente, por compensación, ya que, a su vez, cuando ha de ser devuelto el ganado por el reponente se limita a pesarlo en su finca, siendo los gastos de traslado a cuenta del dueño o cedente.

e) *Condiciones en que ha de entregarse el ganado.*

Como se persigue un fin concreto, el cebo del ganado, lógicamente, no lo recibirá el reponente sino libre de todos aquellos vicios o defectos que impidan o aminoren la "reposición". Esto lo exige la misma finalidad del contrato y es circunstancia que pesa en el ánimo de las partes; por ello es un punto de gran importancia, debido a los resultados pésimos que algunas veces han obtenido los interesados en este negocio a causa de un vicio oculto consistente en parásitos internos, perdiéndose toda una "reposición" y descubriéndose el motivo al sacrificarse el ganado en un matadero industrial.

De aquí que en algunos casos tengan la precaución de examinar el ganado previamente, si bien esto sólo no sea garantía bastante. Por ello se pregunta: ¿podrá exigirse el certificado del veterinario una vez perfecto el contrato, pero antes del peso y de la entrega? Entendemos que, siendo derecho del reponente exigir un ganado en condiciones aptas para la "reposición", puede pedir se le facilite una garantía, que bien puede ser el dicho certificado o la inspección inmediata del facultativo correspondiente. Del mismo modo creemos que es obligación del dueño o cedente responder de los vicios ocultos no descubiertos al tiempo de contratar y cuya exposición la dejamos para desarrollarla al estudiar la garantía tanto por gravámenes como por defectos ocultos.

El contrato de "reposición", como sabemos, tiene por base una explotación lucrativa, y es lógico que, cuando el objeto de ésta es el ganado, hay que contar con un fundamento de primer orden,

que es gozar de excelente salud; pero, tratándose de la cría y engorde del cerdo, éste es un problema difícil (54). Por ello la condición primera del ganado será su buen estado de salud.

Juntamente han de considerarse otras condiciones, no menos importantes, que debe reunir el cerdo. Así el reponente que pretenda una reposición con todo su rendimiento ha de contratar sobre animales aptos para el cebo, no olvidando que a este objeto son preferibles, además de castrados, los cerdos "que acusen mayor longitud desde la nuca al origen de la cola (largos de raspa), con línea dorso-lumbar recta o muy ligeramente convexa", debiendo desechar "los cerdos muy arqueados en dorso y riñones, así como también los de riñones o lomos ensillados, cóncavos (lor-dosis) (55).

Es decir, que para el contrato de reposición se han de buscar los cerdos que reúnan, a ser posible, las máximas cualidades exigidas en general para simplificar el cebo y hacerlo más económico y práctico; son condiciones de gran importancia, además de las mencionadas de salud, robustez y castración, al ser de "extremidades robustas sin deformidades ni desviaciones, talla correspondiente a su raza y edad", ya que todas éstas expresan, cuando las reúnen, que están "habituados a consumir raciones racionales, y, en su consecuencia, tanto su estómago como intestinos se hallan no sólo preparados, sino especializados para soportar el cebo intensivo desde los primeros momentos" (56).

Sería de desear que, antes de contratar la "reposición", se conocieran los antecedentes más exactos posibles acerca del origen, historia y cría del ganado ofrecido, ya que son datos influyentes sobre su preparación para el cebo. "Los cerdos criados con penuria alimenticia —dice el señor HERGUETA NAVAS— necesitan muchos alimentos para llenarlos" (57). En cambio, aquellos que han sido bien criados y alimentados son cerdos que "se cebarán pronto, bien y económicamente", sin necesidad de someterlos a una fase preparatoria (58). Hace falta que sean cerdos muy comedores y que asimilen bien.

Merece especial atención las condiciones relativas a la castra-

(54) HERGUETA NAVAS: Ob. cit., pág. 92.
(55) HERGUETA NAVAS: Ob. cit., pág. 213.
(56) Ob. cit., pág. 214.
(57) Ob. cit., pág. 210.
(58) HERGUETA: Ob. cit., pág. 213.

ción, integridad y esterilidad. Los supuestos que podemos establecer son los siguientes:

1.º, cerdos (machos y hembras) castrados; 2.º, sin castrar; 3.º, hembras, de más o menos edad, desechadas de la cría por viejas, malas criadoras o estériles; 4.º, verracos.

En el primer caso, dice el señor HERGUETA NAVAS, y en cerdas estériles, “el cebo es más sencillo, económico y de buena aceptación para la venta” (59). Por el contrario, cuando las hembras son malas criadoras se ceban con muchas dificultades, “producen más gastos alimenticios que estas últimas [las estériles] y su carne y tocino no son de tan buena calidad como en las que nunca criaron” (60).

De aquí se deduce el interés que tiene para el reponente el que los cerdos que están enteros se castren antes de someterlos al engorde.

Además, son de su cargo todas aquellas medidas que la autoridad administrativa impusiese en casos especiales. A tales obligaciones va unido el reponente en la forma ya conocida de vigilancia, avisos oportunos, medidas preventivas, etc.

Nos quedan ahora algunas lagunas acerca del mantenimiento en la posesión, las perturbaciones de la misma, medidas contra ésta, posible venta del ganado durante la reposición llevada a cabo por el dueño y, por último, el capítulo importantísimo de los vicios y defectos ocultos del ganado.

C) EXTINCIÓN DEL CONTRATO. CAUSAS.

1.ª Término o plazo establecido por las partes. El mero hecho de llegar el día señalado extingue el contrato, sin que sea necesario el aviso previo; en caso de establecerse éste por pacto es obligatorio cumplirlo, como es lógico, pero no constituye una norma ordinaria. Llegado el término, por tanto, no cabe pensar en prórroga, a no ser que, de común acuerdo, se amplíe el término con posterioridad.

2.ª Resolución por motivos de incumplimiento.

3.ª Realizar alguna de las partes actos que no permitan proseguir el negocio, como consecuencia de incapacidad sobrevenida

(59) Ob. cit., pág. 207.

(60) HERGUETA: Ob. cit., pág. 207.

posteriormente, ineptitud, inexperiencia, enfermedad, etc.; estas últimas en el reponente.

4.^a Pérdida de todo el ganado, o de una parte considerable que hiciese la explotación perjudicial o prácticamente nula.

5.^a Pérdida de los frutos por plagas, accidentes, etc., en circunstancias tales que hicieran su rendimiento insuficiente para el cebo del ganado.

6.^a Muerte del reponente. Como consecuencia lógica de la confianza que se deposita en él debido a la consideración de sus cualidades personales tenidas en cuenta al contratar.

D) EFECTOS DE LA EXTINCIÓN.

1.º Inmediatamente que sobreviene la extinción se procede a la nueva estimación del ganado; no sucede como en las arrierías pecuarias, en las que es necesario separar el número de cabezas de ganado, atendida la raza, sexo, etc., hasta completar el número que entregó el cedente; lo que sobrara se dividirá entre las partes. En el contrato de "reposición" permanece el mismo ganado; si alguna cabeza ha perecido se atiende a la responsabilidad que pesa sobre el reponente. Ese mismo ganado es el que se vuelve a pesar, conociéndose entonces el aumento de valor; constituye una obligación para las partes el proceder al nuevo peso.

2.º Si el ganado ha sufrido cambio de valor positivo, entonces procede la entrega del dinero en metálico por parte del dueño del ganado, recibiendo éste en su poder.

CAPÍTULO IV

EL CONTRATO DE REPOSICION Y OTROS CONTRATOS

A) REPOSICIÓN Y PUPILAJE DE ANIMALES.

Ante el contrato ganadero de "reposición" tropezamos, como sabemos, con la ausencia de estructura legislativa, dificultándose con ello la solución de sus problemas surgidos con los múltiples negocios agropecuarios; de aquí la importancia jurídicosocial de los usos y prácticas vividos en los medios campesinos e industriales

para orientar la elaboración de una estructura y doctrina propias de este contrato ganadero.

Sin embargo, podemos preguntarnos e intentar averiguar si el contrato de reposición tiene contacto con algunos de esos contratos sometidos al régimen legal de modo que pueda decirse que es una especie del mismo, aunque con ciertas variantes, o ver si esas relaciones las tiene con otras formas de contratos que viven fuera del cuerpo legal. Del mismo modo diríamos: ¿estamos frente a un negocio jurídico parciario, un tipo de aparcería?

Comenzaremos, adoptando un método comparativo, examinando cada una de las figuras contractuales con las que parezca guarda relación o tiene rasgos comunes o, al menos, semejantes. Primero, sin salir del Derecho consuetudinario, vamos a ver a la “reposición” junto al pupilaje de animales. El profesor COSTA, al exponer el derecho comparado en materia de pupilaje de cerdos, habla de una modalidad “a tanto por arroba de peso” aumentada, practicada con valor industrial, según él, en Extremadura, y precisamente esa contratación a que se refiere no es otra cosa que nuestro contrato de “reposición” (61).

El pupilaje estudiado por COSTA es una costumbre del Alto Aragón, que, en su concepto jurídico, tiene grandes relaciones con el contrato de hospedaje; aún más: se puede decir que tiene la misma naturaleza íntima, sólo que presenta el pupilaje algunas características propias que le independizan.

De aquí resulta que, si el contrato de reposición encaja en el molde de pupilaje, tendría por base jurídica al contrato de hospedaje. Esto es, resultaría que esa complejidad de prestaciones adoptaba la naturaleza de un contrato mixto de alojamiento, suministro, arrendamiento, etc., por un precio único. Se trataría, pues, del contrato de hospedaje reducido a animales. No es de necesidad que la persona que concierta el hospedaje sea ella misma la que reciba las prestaciones, ya que puede celebrarlo a favor de otra, ni es extraño que figuren en tal contrato los animales.

Fácil es observar cómo éstos han sido objeto del hospedaje simultáneamente con las personas y por un mismo contrato (62). Po-

(61) COSTA: *Derecho Consuetudinario*... Tomo I, cap. XVI, pág. 295.

(62) Son bastantes las notas que N. PÉREZ SERRANO inserta respecto de los animales que se llevan consigo a los albergues. Al señalar como alojamiento célebre en la Roma del siglo XVI el “Albergo del’Orso”, dice que allí se pagaban 100 francos al mes por tres buenas habitaciones, comida y servicio de establo (*).

(*) NICOLÁS PÉREZ SERRANO: *El contrato de hospedaje*, pág. 22, nota.

drá decirse que en tales casos entran los animales en relación con el contrato de hospedaje, pero no como objeto inmediato, sino dando lugar a una prestación más dentro de la complejidad del mismo. Sin embargo, aunque en muchos casos se presenten así, reduciéndose a las caballerías como bagaje que lleva consigo el huésped, en gran parte de los contratos de hospedaje existió una retribución señalada separadamente para el albergue de la caballería o ganado conducido consigo.

Así el licenciado BOBADILLA, citado por PÉREZ SERRANO, entre las tapaceras y malas artes de los mesoneros anota: "Pedir dinero a los caminantes para leña con que aderezar la comida, contar de cabalgadura un real de paja y posada..." (63). Estas dos prestaciones: pienso y albergue, se refieren únicamente a cada cabalgadura, con lo cual existen dos prestaciones por un precio único. Es decir, junto al contrato típico de hospedaje nace otra relación compleja de la misma naturaleza, pero referida a los animales.

Es el mismo contrato que en el Derecho romano celebraba el *Stabularius*. Puede decirse que ejercía la industria consistente en albergar animales mediante precio. Por *Stabulum* (64), en general, se entiende cualquier albergue donde permanecen los animales, incluso salvajes. Pero también equivale (*ovile et caprile*) a majada para los cerdos y cabras. "Como para los bueyes, estos *Stabula* son frecuentemente parques en pleno campo; pero los *greges vilaticis* exigen, además, otra instalación más confortable dentro de la granja misma."

Más propiamente indica albergue en la industria de hostelería. Según este mismo Diccionario: "... en este sentido sólo cabe una distinción entre *Stabulum et caupona*, y es que el *Stabulum* implica siempre un albergue para animales, de donde toma su nombre; de aquí que en él se aloje tanto el que va a pie como a caballo, mientras que en la *caupona* sólo se da alojamiento al que va a pie".

"Es probable, por otra parte, que los clientes del *Stabulum* se contentarían frecuentemente con dejar allí sus bestias y carros los días de mercado, sin que ellos se alojasen; llegada la tarde, acabados sus negocios, volverían a tomar el camino de sus alquerías."

"En una palabra, el *Stabulum* es, por excelencia, el albergue de

(63) Ob. cit., pág. 48, nota.

(64) *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*. M. Edmond Saglio, pág. 1448, año 1926.

los carreteros" (65) que ejercían su profesión o arte propia de albergar cabalgaduras con independencia del hospedaje de personas. Por ello el *Digesto* (66), al someter a la responsabilidad de custodia el *stabularius* juntamente con los *nautae* y *capponae*, determina la función específica de cada uno: "... mercedem accipiunt, non pro custodia sed... stabularius ut permittat jumenta apud cum stabulari et tamen custodiae nomine tenentur...".

Se distingue entre la prestación característica del *stabularius* mediante el precio, o sea albergar y dar pienso, y aquella obligación de custodia surgida al hacerse cargo de las caballerías o animales ajenos.

Actualmente se ha discutido en la doctrina si la caballería caía dentro del concepto de "efecto" juntamente con los automóviles y bicicletas, con el fin de señalar la responsabilidad del hostelero. BAUDRY (67) niega que los caballos quepan dentro del concepto de "efecto". Por tanto, aparecerá un nuevo contrato, que, a nuestro parecer, no cabe duda que se trata del mismo hospedaje, llamado pupilaje de animales. Es más: prácticamente son muchos los contratos de alojamiento en mesones, paradores, etc., en los que figuran como objeto único animales, caballerías principalmente, donde no concurre el albergue de sus respectivos dueños. Por tanto, no puede llamar la atención que se hable del contrato de hospedaje sobre animales.

Como variedad del derecho consuetudinario en el Alto Aragón, ha estudiado COSTA el contrato de pupilaje de animales, de gran importancia jurídica. Su nombre familiar es el de *conlloc*, adoptando varias formas, cuyo fundamento no es otro sino la situación geográfica. Esta da ocasión a distinguir tres zonas climatológicas distintas, exigiendo, como consecuencia, el que se completen entre sí, pues alternan los pastos en ellas según las estaciones. Por tanto, las necesidades del ganado impone trasladarse en ciertas épocas del año de una zona en que ya no es posible el pastoreo a otra en que precisamente en esa ocasión se encuentran grandes praderas y sembrados.

Con este motivo, dice COSTA, se engendra "una costumbre por todo extremo interesante: el *conlloc* o pupilaje de animales" (*).

(65) *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*. M. Edmond Saglio, tomo IV, página 1448.

(66) Libro 47, tít. 5.

(67) Citado por PÉREZ SERRANO: Ob. cit., pág. 223.

(*) Obra cit., tomo I, pág. 291.

Como modalidad de esa costumbre considera COSTA a nuestro contrato de reposición. ¿Es esto cierto?

a) *Elementos comunes al contrato de reposición y varios tipos de "conlloc"*.

Vamos a examinar los elementos comunes entre estos contratos, recordando la descripción general que hicimos de él.

1) Un primer tipo que examinaremos es el "*conlloc*" de *bueyes*. Propio de la región intermedia, según la clasificación geográfica de COSTA (*), y aún más de la baja, tiene por objeto yuntas de labor, las cuales durante los meses de julio y agosto, principalmente, carecen de la hierba suficiente y, agobiados por el calor, buscan los frescos prados del Pirineo. Consiste en tomar el propietario o arrendatario de esos prados el cuidado de las "reses que se le confían" a cambio de un precio por cabeza. En tal precio se incluye, "además de los pastos, la guarda y la sal". Se trata, pues, de un contrato por el cual una persona alimenta y custodia el ganado ajeno con pastos propios durante un tiempo señalado a cambio de un precio metálico por cabeza o res.

Como se ve, es grande la semejanza con el contrato de reposición, no habiendo otra diferencia sino el precio. En este pupilaje se paga en relación con el tiempo y cabeza de ganado recibida; en el de reposición el precio sólo depende del peso que aumenta como consecuencia del suministro y cuidado del reponente.

2) Otro tipo es el "*conlloc*" de *mulas* (*); al contrario del anterior, este contrato es propio del invierno, y se llama "tener el ganado a invernil". Tiene un pronunciado carácter industrial, pues su objeto es, de un lado, "la cría y trata de mulas" y, de otro, "el cultivo de prados en grande escala". Se repite la compensación económica que supone esta clase de contrato, es decir, mediante él los capitalistas que ejercen la industria de la recría obtienen el pienso que les falta y, viceversa, los industriales de prados que carecen de aquel capital complementan su explotación con el oportuno pupilaje. El contenido de este *conlloc* de mulas consiste en tomar una persona bajo su cuidado un cierto número de reses durante el plazo de cinco meses (generalmente de octubre a marzo) por una pensión por cabeza. Es, como a simple vista se deduce, esencial-

(*) COSTA: Ob. cit., tomo I, pág. 291.

mente igual al anterior. El pupilero proporciona el local, forraje o pienso o los cuidados oportunos. Se repiten, pues, las mismas prestaciones del contrato de reposición: ganado ajeno, suministro de alimentos, cuidados, etc.

¡Damos un paso más y nos encontramos que el pupilaje y el contrato de reposición entran en juego con unos mismos elementos, llegando COSTA (**) a encuadrarlos sin distinguos bajo el título de pupilaje de animales. Se trata del:

3) “*Conlloc*” de cerdos. Ambos contratos tienen el mismo fundamento económico, pues la base práctica de este pupilaje es el aprovechamiento de la bellota o hayuco, para obtener el cual en condiciones económicas, es decir, evitando la carestía del producto en caso de recolección y gastos de transportes, se trasladan los cerdos en pjaras bajo los mismos árboles. Y, como decíamos antes, al completarse las zonas geográficas distintas, surgen relaciones contractuales; por ello la zona intermedia, según COSTA, lleva pjaras de cerdos a la montaña, donde hay personas dedicadas a recibirlos y cuidarlos en los hayales y robledales mediante cierto lucro.

Se da una doble forma en este *conlloc*: “por cantidad alzada” y “a media ganancia”. Esta última es la que llamamos nosotros “reposición a medias”; para COSTA se confunde de algún modo con la aparcería, adonde él remite.

A continuación expone el citado profesor el “derecho comparado en materia de pupilaje de cerdos”, cuyo tipo, a “tanto por arroba de peso aumentado”, es el contrato de reposición. Es decir, que, junto a esa costumbre del Alto Aragón, encuentra COSTA muy justificado hablar de un *conlloc* extremeño o andaluz con el cual los cerdos ajenos se reciben y engordan a cambio de un precio en metálico, según el número de arrobas aumentadas. No duda COSTA, ante los informes recogidos, en catalogarlo como tal pupilaje; sería, por tanto, para él dicho contrato de reposición una entidad compleja de la categoría y naturaleza del hospedaje.

Sin embargo, una comparación detenida entre ambos lleva a una solución muy diferente. Hemos visto el pupilaje en general bajo tres de sus tipos, y, como caracteres comunes, señalamos:

- a') Complejidad de prestaciones: albergue, alimentación, custodia y cuidado a cargo de una de las partes.

(**) Ob. cit., tomo I, pág. 293.

b') Una contraprestación única en dinero.

En esto coincide el pupilaje, en cualquiera de sus formas, con el contrato de reposición; consiguientemente, serían ambas modalidades del hospedaje. Ahora bien, en este examen sólo hemos tenido como elemento comparativo una breve orientación de los tipos de *conlloc* en el que no se aprecia su contenido jurídico, siendo esto tan necesario al determinar la naturaleza jurídica de cualquier contrato.

b) *El contrato de reposición y el apéndice de 1904.*

Lo que falta a la información de COSTA lo supliremos con el Apéndice general para el territorio de Aragón, redactado en 1904, con el que se intentaba la estructuración legal del pupilaje de animales. Como en este articulado se reglamentan los puntos más importantes del contrato, podremos resolver, frente a esta norma, con más precisión nuestro problema.

Se concierta el contrato de pupilaje, según dicho Apéndice, siempre que el dueño de una o varias cabezas de ganado no tiene hierba o henos para alimentarle durante aquella parte del año que no es fácil el pastoreo en prados y montes; lo dejan al cuidado del que dispone de material abundante para su mantenimiento, conviniendo de antemano el precio que ha de abonar por este servicio.

En cuanto al plazo de duración, queda a la libre disposición de las partes, pero, si nada se dice, se entiende que dura desde el 1.º de octubre hasta el 21 de marzo del año siguiente. Cabe la prórroga por un mes si no se dispone nada en contra en los quince días antes al en que expira el contrato.

Establece el modo de entenderse el perfeccionamiento diciendo que el contrato de pupilaje de animales tiene su perfeccionamiento en la comprobación del estado sanitario y en la entrega a la persona que tiene que cuidarlo.

Queda determinado por la Ley la diligencia a que se somete el pupifero, que deberá proceder como en cosa de su pertenencia, es decir, se le exige el celo que tendría en guardar y cuidar el ganado si fuese propio. Responde de cualquier accidente que ocurriese por robo o negligencia, lo mismo de aquello que pudiera ocurrir por caso fortuito que se hubiese podido prever.

Además, impone ciertas obligaciones, que, naturalmente, entran dentro de esa diligencia exigida, consistente en poner en conocimiento inmediato del dueño del ganado cualquier accidente que sobreviniese. Entre tanto, ha de procurar los medios preventivos que aconseje la prudencia. Pero serán de cuenta del dueño del ganado la asistencia facultativa y provisión farmacéutica. Como obligación principal tiene la de pagar en cada plazo la cantidad estipulada.

Esto que hemos expuesto es el contenido de los artículos 366 a 369 de dicho Apéndice, donde se pretende la regulación independiente del contrato de pupilaje. A simple vista, parece que estamos viendo ante nosotros un esbozo legal del mismo contrato de reposición, pues coinciden exactamente en:

- a') Recibir una parte el ganado ajeno, con el fin de alimentarlo y custodiarlo, por un precio, bajo su responsabilidad. Aunque el Apéndice, al referirse a la obligación del pupilero, sólo hable de cuidarlo no hay duda alguna que bajo este término se incluye la alimentación y custodia.
- b') En la responsabilidad exigida al pupilero y reponente en caso de robo. La diligencia exigida es equivalente en ambos contratos, siendo característica de éstos el agravarse considerablemente frente a otros tipos contractuales. Es lo que los distingue con precisión.
- c') En la obligación por parte del pupilero y reponente de poner en conocimiento inmediato del dueño del ganado cuantos accidentes sobreviniesen.

Se puede decir que este ensayo de regulación se adapta perfectamente al contrato de reposición, pareciendo a veces que estamos leyendo uno de aquellos contratos redactados en documento privado a que aludimos antes, incluso repitiéndose sus cláusulas. Es indudable, por tanto, que, al menos de hecho, existe la misma complejidad jurídica del pupilaje, el mismo fundamento económico, si bien actualmente superado por el contrato de reposición. No podemos negar que el contenido propio del pupilaje es el mismo fondo agropecuario sobre que se asienta el de reposición.

- c) *Delimitación entre ambos contratos.*
-

De todo lo dicho se puede deducir que, siendo el pupilaje una modalidad del contrato de hospedaje, el de reposición llevaría en su seno los elementos propios de ese contrato; por tanto, existirá una relación estrechísima entre los tres. Sin embargo, vamos a conseguir delimitar con nitidez al contrato de reposición frente a los otros dos fijándonos en las diferencias bien marcadas que existen entre ellos:

1) *Complejidad*.—Si bien es donde menos distinciones podrían hacerse entre ellos, pues es la nota que los une más, sin embargo no olvidemos que decir contrato complejo no es lo mismo que llamarle mixto. Porque aquélla supone tan sólo un conjunto de prestaciones, las cuales cada una de por sí constituirían otros tantos contratos independientes si no se lo impidiera la unidad del negocio en que concurren, o sea el nexo insoluble que los mantiene unido, nexo que ha de ser eminentemente jurídico.

En cambio, cuando se habla de contrato mixto se exige algo más, como es el carácter principal de todas las prestaciones y otros elementos, como veremos más adelante. Pues bien; está fuera de toda duda que el contrato de hospedaje no sólo es complejo (68), su no esencial y perdurable, sino, además, es evidente su carácter de contrato mixto en el propio sentido jurídico, precisamente porque reúne todos los elementos que se exigen para ello aun por la doctrina más exigente.

“En el hospedaje —dice PÉREZ SERRANO (69)— cada una de las prestaciones (local, servicio, suministro, etc.) constituye una obligación de igual rango que las demás, no bastando con una sola de ellas para el nacimiento de la relación jurídica y no quedando tampoco sometida ninguna a la jerarquía preeminente de otra con respecto a la cual sirva de medio o a la que acompañe como corolario.”

Cuanto se ha dicho del hospedaje se puede aplicar perfectamente al pupilaje de animales, lo cual se prueba con un ligero examen; por tanto, es rigurosamente un contrato mixto. En cambio, de ninguna manera se puede concluir lo mismo del contrato de reposición; es complejo, pero esta pluralidad de prestaciones

(68) Dice PÉREZ SERRANO: “Por tanto, la nota esencial y perdurable del contrato fué y sigue siendo el *complexus jurídico*...” (*); en el mismo sentido DE DIRCO (**).

(69) Ob. cit., pág. 88.

(*) Ob. cit., pág. 80.

(**) *Instituciones*, tomo II, pág. 246. Madrid, 1930.

en un contrato único no reúne ese carácter especial que convierte su esencia en relación mixta; ya veremos, desarrollado con más extensión, al tratar de este punto en otro capítulo. Esto, por tanto, constituye una diferencia notable que le separa de ambos contratos.

2) *Suministro de alimentos.*—Aunque es común al pupilaje y reposición, sirve para diferenciar a éste del contrato de hospedaje, pues en este último constituye una prestación ordinariamente incluida en él, pero no afecta a su esencia, ya que existirá contrato de hospedaje aunque nunca haya suministro de alimentos; en cambio, de ningún modo puede existir reposición sin ese especial suministro, ya que le es esencial para su nacimiento.

3) *Cuidados especiales.*—Estos son mucho más especiales en el contrato de reposición y desconocidos para el hospedaje.

4) *Precio.*—Es decir, única contraprestación frente a la complejidad unitaria de las prestaciones. En el pupilaje sabemos que está en relación con los plazos determinados y, generalmente, por cabeza de ganado; en el hospedaje también es temporal, aunque presente modalidades varias; por tanto, entre ambos no hay diferencia específica.

En cambio, en el contrato de reposición constituye su característica propia; es un precio indeterminado, aunque determinable; nunca en razón del tiempo que dura, y su cuantía viene determinada por el aumento de peso que obtenga el ganado; es, hasta cierto punto, aleatorio, ya que puede o no existir, fluctuando su cuantía hasta el último momento del contrato. Además, este precio no entra en función de verdadero cambio por las varias prestaciones, ya que nunca se valora en proporción de éstas, sino del peso aumentado. Es un elemento importantísimo que independiza y califica en entidad *sui generis* al contrato de reposición.

5) *La naturaleza jurídica.*—Respecto del pupilaje de animales, dice el Apéndice de 1904 que tiene su perfeccionamiento en la comprobación del estado sanitario y en la entrega del ganado, lo cual indica que, para dicho Apéndice, entre las varias prestaciones que lo constituyen da la tónica formal la custodia, y ésta, sin traslado de posesión a favor de quien ha de ejecutarla, no tiene vigor. En cambio, el contrato de reposición es esencialmente consensual, no necesitando para su perfeccionamiento el traspaso de posesión del ganado; sí se necesita para la ejecución del contrato, lo cual no es lo mismo. Lo que ocurrirá, si falta la entrega, será

que no puede surgir la prestación de custodia, pues requiere la detención de la cosa, y, en segundo lugar, que no comienza la ejecución del contrato; pero éste, prestado el mutuo consentimiento, es perfecto, pudiendo las partes desde entonces exigir el cumplimiento de sus obligaciones respectivas; puede incurrir en mora, surgen las responsabilidades pertinentes en cada caso, etc.

Vemos, pues, que son varias las notas que diferencian al contrato de reposición tanto del pupilaje de animales como del hospedaje; son suficientes para declararnos que se trata de tipos distintos, aunque de hecho haya prestaciones y fundamento económico comunes.

d) *Elemento característico de cada uno de estos contratos.*

Todavía podemos hallar en la búsqueda de elementos propios aquel carácter específico e insustituible que hace que un contrato exista como tal y se reconozca dondequiera que esté y cualquiera que sea la concurrencia o relación jurídica donde aparezca. En todo contrato se descubre ese componente que le informa y le separa.

Así como en el contrato de hospedaje, según PÉREZ SERRANO (70), "... la nota esencial y perdurable... fué, y sigue siendo, el *complexus* jurídico formado por la cesión de habitaciones y de los servicios complementarios de la vivienda". De tal modo es así que cuando se da hay contrato de hospedaje; cuando falta no existe dicho contrato. El suministro de alimentos no es decisivo para la existencia de aquél, aunque tenga importancia. Por ello perfectamente se puede reconocer el hospedaje, cualquiera que sea el conjunto de prestaciones que lo envuelvan.

Por lo que toca a los contratos de reposición y pupilaje, la nota esencial, sin la que no puede darse, no es el albergue o cesión de local con servicios complementarios; por el contrario, son prestaciones base el suministro de alimento y la custodia del ganado, sin las cuales no se conciben ambos contratos.

Es explicable que así sea, teniendo en cuenta el fondo económico que les ha dado origen, el subvenir a una necesidad alimenticia surgida por la carencia de pastos en ciertas zonas, para el pupi-

(70) Ob. cit., pág. 80.

laje, y la industrialización, cada vez más conseguida, del cerdo en gran escala, para la reposición. La función de alojamiento queda muy reducida en estos contratos. No puede ser de otro modo, pues el albergue no exige una forma especial respecto del ganado ordinariamente; a veces ni se necesita, debido a las condiciones atmosféricas; otras porque el pastoreo es libre.

En ambos contratos, pupilaje y reposición, el alojamiento ha cedido su importancia al suministro de alimento, al cual se une como complemento la obligación de proporcionar al ganado el albergue indispensable. Así, pues, el núcleo jurídico que definirá estos dos contratos es el complejo de suministro y custodia. Esta custodia es algo más que un depósito: lleva consigo el cuidado y prestación de servicios exigidos por los animales encomendados.

Pero este complejo jurídico es la nota indeleble del pupilaje de animales, sin duda alguna; pero de ningún modo lo es del contrato de reposición, aunque de hecho lo parezca y sean aquéllas dos prestaciones esenciales suyas. Es un factor común para ambos, pero que entra en funciones distintas.

Esto lo deducimos mirando a estos contratos desde el precio. En el pupilaje es la única contraprestación del dueño del ganado a cambio de los alimentos que se suministran, de la custodia y el albergue; por tanto, exactamente puede decirse que es un contrato mixto de suministro, custodia y arrendamiento de cosa. En cambio, en el contrato de reposición el precio está relacionado con el aumento de peso; el fin perseguido por este contrato es ése nada más: el cebo de los animales. No es sólo su rasgo distintivo, sino el elemento que le dió el ser; desaparecido el cual habrá otro contrato, pero no de reposición.

Por ello, cuando llega el fin del mismo, efectuado el segundo peso, si el ganado no "repuso" nada, el dueño de éste no queda obligado a resarcir gasto alguno. Obsérvese que en este caso quedan sin satisfacer los gastos de suministro, retribución de los empleados para custodiarlo, etc., sin compensación económica alguna aquella responsabilidad que durante la vigencia del contrato pesaba sobre el reponente.

En el pupilaje se busca subvenir a una necesidad de mantenimiento y cuidado del ganado; en el contrato de reposición se pretende el cebo de aquél en forma de un resultado industrial. En el pupilaje el precio está de acuerdo con el tiempo de duración y cuantía del suministro; en el de reposición el precio está en conformi-

dad con lo que aprovecha y transforma la energía del ganado.

En el pupilaje todas las prestaciones están al mismo nivel, es decir, unidas de tal modo que no puede distinguirse entre principales y accesorias; todas están igualmente queridas por las partes, y conforme a esas prestaciones se establece el precio. Esto no ocurre en el contrato de reposición, donde el reponente busca un interés especial, que es el mismo del dueño del ganado, es decir, la producción de un número de arrobas de peso; para ello el reponente coopera con su actividad, suministro de alimento, etc., aprovechando así la capacidad digestiva del ganado ajeno. A cambio de esto obtiene un precio en metálico, calculado según el peso que se aumenta.

Puede discutirse, acerca del precio, si es tal precio o, por el contrario, no es más que la capitalización de una parte proporcional en ese interés común a favor del reponente. Es decir, que dudamos si funciona realmente el precio como contraprestación a cambio de la pluralidad de prestaciones. Esto lo estudiaremos en su lugar oportuno.

Con lo expuesto hemos logrado independizar al contrato de reposición, diferenciándolo del pupilaje, precisamente porque no se reduce al contenido jurídicoeconómico de éste, sino que se adelanta y exige algo más. De modo que se da una misma base, pero con otra finalidad; tiene, pues, en común de hecho varios elementos, pero que, informados por su causa respectiva, adquiere una individualidad y carácter propio.

CAPÍTULO V

B) EL CONTRATO DE REPOSICIÓN Y LA COMPRAVENTA.

Otro contrato con el que parece tener grandes relaciones es el de compraventa. Aparentemente se comporta la prestación característica del precio a cambio del aumento de peso como constitutivo de un precio de venta, envuelta en otras relaciones jurídicas que figuran como accesorias. Esta situación de intimidad entre ambas figuras jurídicas se deduce de la actuación de las partes respecto: *a)* del precio, que, como sabemos, tiene que ser en metálico, cierto y determinado, y *b)* del riesgo.

a) *Precio.*

En los numerosos contratos examinados observamos que se acuerda el precio llamado de reposición, o sea un precio especial, característico, cuya cuantía se mantiene normalmente, o debe mantenerse, a un nivel inferior al que alcanza el precio de la arroba de cerdo vendido en el mercado como tal. Hay veces que no determinan la cantidad en metálico, sino que pactan como precio el que libremente exista al finalizar el contrato como precio "reposición" en ferias o mercado libre.

Por tanto, según lo expuesto, en este contrato se hace una aplicación exacta del artículo 1.448 respecto de los valores, granos, etc., y demás cosas fungibles; sería un supuesto más dentro de las normas generales del contrato de compraventa.

De tal modo es así que sin esa designación en metálico, sea o no verdadero precio, el contrato de reposición no será perfecto, lo mismo cuando ese supuesto precio no sea determinado como cuando no sea, al menos, determinable. Por tanto, parece que habrá que estar en tales supuestos rigurosamente sometidos a los principios generales señalados para el precio de la compraventa (71).

En virtud de que el contrato de reposición tiene su precio especial señalado en el mercado, resultante de la oferta y demanda, fluctuante en grandes proporciones, sobre todo en las ferias, cuando empiezan las montaneras, puede suceder que las partes no hayan determinado nada sobre el precio, y entonces cabe preguntar lógicamente: ¿puede interpretarse que los contratantes han querido ese precio? Por lo que se refiere a la doctrina, hay quien resuelve afirmativamente, como ENNECERUS, para el Derecho alemán (72).

Al no ser extraño el contrato de reposición un supuesto semejante al del artículo 1.447 de nuestro Código civil, según el cual puede dejarse a la voluntad de un tercero la determinación del

(71) PLANIOL y RIPERT: *Traité pratique de Droit Civil*. Paris, 1932, tomo X, páginas 28 a 36. L. ENNECERUS: *Boch obita*. Edición española. 1935, vol. II, págs. 18 a 21. WINDSCHIED: *Diritto delle Pandette*. Fadda-Bensa, Turín, 1925, págs. 484 a 486. COLIN y CAPITANT: *Curso*. De Buen, Madrid, 1925, tomo IV, pág. 49. CASTÁN: *Notarias*. Madrid, 1941, tomo III, págs. 23-24. VALVERDE: *Tratado*. Valladolid, 1926, tomo III, pág. 351. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1897, 5 de mayo de 1897, 26 de abril de 1904 y 26 de febrero de 1902.

(72) "... cuando no se ha determinado nada —dice el mencionado autor (*)— sobre el precio, y la mercancía tiene un precio en el mercado o almacén, sería este precio el que se había querido en la mayoría de los casos. Si, expresa o tácitamente, se ha determinado como precio el del mercado, rige en la duda el precio del mercado en el lugar y tiempo del cumplimiento."

(*) ENNECERUS: Ob. cit., págs. 18-19.

precio en la compraventa, determinándolo en el mismo contrato, o bien dejándolo para otro tiempo, fuera del contrato, ¿se tendrá que resolver que no hay tal contrato de reposición mientras no haya determinado tal precio ni tampoco cuando no pudiere o no quisiere? Cualquiera de los contratantes no dudaría en sentirse comprador o vendedor y aplicar de plano ese artículo.

“... cuando no se ha determinado nada —dice el mencionado autor (73)— sobre el precio, y la mercancía tiene un precio en el mercado o almacén, sería este precio el que había querido en la mayoría de los casos. Si, expresa o tácitamente, se ha determinado como precio el del mercado, rige en la duda el precio del mercado en el lugar y tiempo del cumplimiento.

Cabe del mismo modo preguntarnos cuál sería la situación de las partes respecto de ese tercero. Como sabemos, para la doctrina francesa tiene la consideración de mandatario; para el Código alemán, artículo 319, aparecen como árbitros (74).

Una vez hecha esta determinación por el tercero hay que pensar en una posible causa de impugnabilidad; ahora bien, cuál sea ésta, tiempo y efecto de dicha impugnación, no encuentra desarrollo en nuestro Código civil, el cual nada dice a este propósito. Entre los autores españoles, CASTÁN (75) estima, de acuerdo con la generalidad de la doctrina extranjera, que cabe impugnación en los casos de dolo respecto de alguno de los contratantes, error substancial manifiesto sufrido por el tercero, también cuando éste hubiese sobrepasado los límites de la decisión encomendada o no cumplierse las instrucciones, caso que las partes las hubiesen expresado, para ajustarse conforme a ellas en la determinación del precio. Se puede discutir en el contrato de reposición si las partes podrían señalar a los Tribunales para determinar el precio. Respecto de la compraventa, se soluciona distintamente por los autores este problema. Mientras PLANIOL y RIPERT (76) afirman, LAURENTE (77) re-

(73) ENNECERUS: Ob. cit., págs. 18-19.

(74) “La jurisprudencia moderna —dicen PLANIOL y RIPERT (*)— tiende a considerar a estos terceros encargados de fijar el precio como mandatarios de las partes...; el vendedor y el comprador... estarán obligados a respetar sus decisiones.” Respecto de este particular, dicen COLIN y CAPITANT (**): “En nuestro Derecho no se encuentra ninguna disposición análoga a la que consigna el artículo 319 del Código civil alemán, según el cual en una venta de esta clase las partes podrán recurrir contra el arbitrio reclamando la nulidad de su determinación, si ésta fuera contraria a la equidad”.

(75) Ob. cit., pág. 24.

(76) Ob. cit., tomo X, pág. 31.

(77) (XXIV, núm. 75), citado por PLANIOL y RIPERT: ob. cit., tomo X, pág. 31, nota.

(*) Ob. cit., págs. 31-32, tomo X.

(**) Ob. cit., pág. 49.

suelve, por el contrario, que los Tribunales no pueden recibir tal misión.

Parece que todas estas situaciones jurídicas no son extrañas al contrato de reposición; es más, le vienen perfectamente acomodadas, resaltando las líneas de una compraventa latente. También parece como indudable la nulidad de ambos contratos por incumplimiento del artículo 1.449 del Código civil, según el cual queda prohibido tanto al comprador como al vendedor, y, por tanto, reponente y dueño del ganado, el dejar a uno de ellos la fijación del precio (78). Consiguientemente sobrevendría la nulidad del contrato por falta de precio.

Igualmente dejaría de ser precio, ya determinado, ya determinable, si en el contrato de reposición se pactara que el aumento de peso tuviera como contraprestación "su justo precio" o según "su justo valor"; por tanto, el contrato sería también nulo, por falta de precio (79).

¿Hasta dónde son sostenibles estas situaciones análogas? A pesar de esta relación, que parece tan estrecha, creemos explicarlas igualmente por otro contrato, según veremos. Cuál de los dos sea el definitivo y más completo no es ahora el momento de señalarlo.

b) *Riesgos.*

Es otra fuente de semejanza entre la compraventa y el contrato de reposición. Cuando uno o más de los animales confiados muere fortuitamente ya sabemos que el reponente pierde el aumento de su peso y el dueño del ganado el peso primitivo. Ante esta situación se pregunta: ¿a qué principios se ajustan las partes para hacer esta distribución? ¿Por qué el reponente, ocurrida la muerte de alguna pieza del ganado, no puede exigir el pago del precio convenido? Si comparamos el contrato de reposición con el de compraventa, veremos dos soluciones que se presentan como perfectamente adecuadas, como si, en efecto, las partes se colocasen en el lugar del comprador y vendedor. Así, pues, parece como si el

(78) Sin embargo, PÉREZ y ALGUER estiman que nuestro artículo 1.449 "no impide, a nuestro entender, que el precio se deje al arbitrio de equidad" de cualquiera de las partes (*).

(79) AUBRY y RAU: *Droit Civil Fr.* Paris, 1907, tomo V, pág. 18, par. 38; PLANIOL y RIPERT: *Ob. cit.*, tomo X, pág. 30.

(*) ENNECERUS: *Ob. cit.*, pág. 25, y confróntense WINDSCHIED: *Ob. cit.*, pág. 485, y sentencia de 29 de octubre de 1891.

reponente hubiese vendido una cosa futura, autorizada, como sabemos, por el artículo 1.271, párrafo 1.º, del Código civil.

Dentro de cosa futura todavía se ajustaría más exactamente nuestra situación a la venta de cosa esperada que a la venta de esperanza, ya que los efectos son distintos. En el primer supuesto la eficacia del contrato depende de la existencia futura de la cosa y en el segundo tenemos una venta pura y simple (80). Por tanto, si las partes en el contrato de reposición han comprado y vendido la cosa esperada, y en el tiempo previsto no existe la cosa, como observa CUTURI (81), el contrato será ineficaz; esto precisamente por considerar que las partes celebraron la venta bajo la tácita condición de "si entonces existe" la cosa vendida (82).

En esos términos encontraría justificada explicación que el supuesto comprador, o sea el dueño del ganado, no soporte los riesgos del aumento de peso, pues él sólo debe pagar el precio de las arrobas que existan en el momento de la ejecución final del contrato. El reponente, pues, sufrirá las posibles fluctuaciones que a su crédito sobrevengan, ya que es en el fondo una venta de cosa futura. Aunque queda otro supuesto bajo el que podemos considerar esta solución del riesgo en el contrato de reposición tomando sus normas de la compraventa. Consiste en aplicar el artículo 1.452, con el que sigue en pie esa aparente semejanza entre ambos contratos. Según dicho artículo, párrafo 3.º, los riesgos no se imputarán al comprador, aquí dueño del ganado, tratándose de cosas que se "venden por un precio fijado en relación al peso, número o medida" hasta que se hayan pesado o medido. Con ello también estaría justificada la responsabilidad del reponente, quien se ve sin acción para exigir su crédito mientras no se pese el ganado al fin del contrato.

Estas supuestas analogías, ¿responden a la realidad? Jurídicamente encontramos difícil hablar de venta de un aumento de peso, es decir, de una cosa que no es tal cosa independiente, pues,

(80) "... quasi conditionalis venditio est, quae non nisi natis fructibus perfectitur ideoque si nulli fructus eo anno ex illo fundo pervenerint, nihil debitori debetur..." Ley 11, 18 Digesto, de act. empt. et vend. Fabbio.

Respecto a la distinción entre cosa futura y venta de esperanza hay que tener en cuenta que se suele considerar como cuestión de interpretación, estimándose en los casos dudosos que se trata de cosa esperada, ya que es menos aleatoria y gravosa para el comprador (*).

(81) Ob. cit., pág. 164.

(82) GASCA: Ob. cit., pág. 296.

(*) T. CUTURI: "Della Vendita". *Diritto Civile Italiano*, Turin, 1923, pág. 165, y GASCA: Obra cit., pág. 300.

en definitiva, es la misma cosa ajena mejorada, pero siendo ajena ya pertenece al comprador aparente con todas sus mejoras. Sin embargo, las partes creen sometidas su actuación, al menos en esa fase última del contrato, a las normas de la compraventa. Claro está que no sería una venta ordinaria, sino, más bien, una forma de ella, o sea el contrato de suministro.

Por tanto, la posición del reponente consistiría en vender sus frutos mediante el suministro diario; el precio total, sometido a condición de que haya aumentado de peso, no se determina sino cuando haya tenido lugar el peso del ganado, medio convenido para saber la cuantía del crédito. Y esto explicaría, según parece, muchos aspectos del contrato de reposición, pero no el capítulo de los riesgos, ya que en la presente hipótesis siempre tiene que haber un crédito a favor del reponente. Este, no dependiendo de la futura existencia del ganado, sino del peso, aun en caso de muerte, debe calcularse.

Si consideramos en estos términos el contrato de reposición, resultaría una arbitrariedad de las partes el que con su pacto deroguen un efecto natural que fluye, lógicamente, de la esencia del contrato en su aspecto jurídico.

A pesar de tales relaciones, que a veces parecen estrechas, entre ambos contratos, compraventa y reposición, no pasan de meras semejanzas, las cuales también pueden explicarse, y quizá más satisfactoriamente, con otro contrato, como el de aparcería o el de sociedad.

C) EL CONTRATO DE REPOSICIÓN Y EL DEPÓSITO.

a) *Sus relaciones.*

También parece indudable que existan relaciones entre estos dos contratos. Ya vimos que el reponente se ve obligado a practicar una función de custodia sobre el ganado ajeno. Ahora bien, ¿se puede considerar por ello sometido a la situación propia de un depositario? En el contrato de reposición ciertamente podrían encontrarse mezcladas con otras las normas del depósito, ya que para existir este contrato basta que se entregue una cosa mueble con obligación de guardarla y restituirla (83). Ahora bien, el depósito

(83) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., tomo XI, pág. 448, núm. 1.116.

en sí exige que dicha obligación de custodia sea la causa principal de la entrega (84).

Sin embargo, de ser esto así, hay que tener en cuenta que no debemos intentar para nuestro objeto sacar a luz un contrato de depósito con sus caracteres nítidos existiendo por sí mismo; ello supondría reducir todo el contenido complejo del contrato de reposición a un mero depósito. Nos basta con reconocer por ahora en él una prestación de custodia que motive acudir a las normas legales del depósito como un contrato más que da su colorido, al menos aparentemente, al de reposición.

b) *¿Hay verdadero depósito en la "reposición"?*

Pero aún se puede discutir si realmente hay custodia, debido a que la intervención de otros elementos, como el precio, hacen dudar positivamente de ello. Cuando la obligación de guardar una cosa ajena lleva estipulado salario, según opinan algunos, tal prestación no engendra un depósito; es más: el contrato primitivo se convierte en arrendamiento de servicios, cualquiera que sea el nombre con el que se le haya asignado (85). Razón por la cual tales autores encuentran justificada la responsabilidad impuesta por el artículo 1.928 del Código civil francés, la cual es diferente de la exigida al depositario y más grave.

Por el contrario, otros siguen sosteniendo que no existe razón alguna en qué apoyarse para considerar modificada la naturaleza jurídica del depósito por el hecho de que el depositario estipule y perciba un salario por la guarda de la cosa. Así, entre otros, PLANIOL y RIPERT (86). En nuestro Derecho encuentra DE BUEN (87) una gran dificultad en el artículo 1.760 del Código civil para sostener que el depósito retribuido sea un arrendamiento de servicios.

Aun admitiendo que en el contrato de reposición el hecho de existir precio no alterase lo más mínimo la prestación de custodia, conservándose en esencia bajo las normas del depósito, todavía militan otros inconvenientes más serios y característicos de este contrato de reposición. Es precisamente que la obligación de custodiar el ganado ajeno va envuelta en una vigilancia especial, a la que se

(84) PLANIOL y RIPERT: Ob. cit., tomo XI, pág. 448, núm. 451.

(85) COLIN y CAPITANT: Ob. cit., tomo IV, pág. 543.

(86) Ob. cit., pág. 453, núm. 1.170.

(87) Nota 688 a COLIN y CAPITANT: Ob. cit., pág. 557.

le unen el cuidado y atenciones determinadas para cada clase de ganado. Los límites de dicha prestación de guarda son extensos, pues abarcan el contenido total que impone el contrato a la diligencia del reponente.

En tales circunstancias, por consiguiente, ¿sigue habiendo una custodia propia del depósito? Siempre será cierto que donde haya una obligación de guardar la cosa ajena, en principio, nunca habrá obligación de prestar sobre la cosa cuidados especiales, sino tan sólo un cuidado normal y previsto por el uso (88). Pero no parece lo mismo cuando se exige un celo especial. Así cuando, además de la concesión de un local y de la custodia, se añade un cuidado especial, bien en la vigilancia, bien en las atenciones, entiende ENNECERUS (89) que habrá un mandato o un contrato de servicios.

Ya conocemos cómo se desarrolla la actividad del reponente acerca del ganado, no sólo conservándolo para restituirlo, sino vigilándolo muy de cerca y atendiéndolo con mil cuidados diferentes, comunicando al dueño cuantos peligros pudieran amenazar a aquél. A pesar de ello, entendemos que su función de custodia no se desvirtúa por este capítulo; probablemente habrá otras razones para no acudir al articulado del Código referente al depósito, cuando se trate de exigir tal obligación del reponente, pero ciertamente no será la actividad especial que le impone el contrato.

Nos acercamos bastante a PÉREZ y ALGUER (90), quienes estiman que la promesa de una actividad especial de vigilancia y cuidado no cambia el contrato, ya que el grado de diligencia que tenga por cometido el depositario al custodiar la cosa no afecta a la esencia del contrato. Teniendo en cuenta que, según el Código, artículos 1.104 y 1.766, puede establecerse en el contrato el grado de diligencia, es claro que el mayor o menor grado de diligencia o actividad en la custodia no modificará la naturaleza de la relación.

No cabe duda que el contrato de reposición lleva consigo una obligación de guarda que podría exigir se recurra a las normas del depósito, sin que esto quiera decir que constituya un contrato típico. Muchos de sus preceptos legales, sin embargo, tienen que ser modificados al formar parte del contrato complejo. Así el artículo 1.766 impone al depositario la obligación de guardar la

(88) PLANIOL y RIPERT: *Ob. cit.*, pág. 463.

(89) *Ob. cit.*, págs. 356-357.

(90) ENNECERUS: *Ob. cit.*, pág. 359.

cosa y restituirla “cuando le sea pedida...”, obligación que no constriñe al reponente porque lo impide la naturaleza del contrato de reposición.

c) *Carácter de la obligación de custodia y el Derecho romano.*

Al ser el reponente deudor de cuerpo cierto, como sucede al depositario, se presume siempre contra él la culpa en caso de no poder restituir, debiendo probar lo contrario. Esta responsabilidad adquiere características tan propias en el contrato de reposición que es un elemento decisivo para convertir la custodia en diligencia especial, como vimos antes.

Por esta obligación de custodia, según los términos del contrato, el reponente se ve sometido a una responsabilidad absoluta donde no se tiene en cuenta su culpabilidad. Es muy interesante el hallar en el Derecho romano perfectamente elaborada una obligación de custodia en los mismos términos, unas veces en varios tipos de contratos, otras especialmente cuando se trata de custodiar animales.

Así, en el primer caso, observa KUNKEL (91), se daba con motivo de ciertas relaciones jurídicas en las que el deudor detentaba una cosa del acreedor en provecho propio; el Derecho romano, desde muy antiguo, imponía a aquél un deber de “custodia” en virtud del cual respondía de la pérdida de la cosa; se exceptuaban los casos en que el suceso tenía lugar en circunstancias extraordinarias, “que en la época clásica fueron comprendidas en la denominación de *vis maior*” (92). Entre éstos se comprendía la muerte del objeto, tratándose de esclavos o animales (93). Pero especialmente merece consideración el robo, pues, al igual que en el contrato de reposición, no exoneraba nunca al obligado a prestar custodia (94). Es más: precisamente era éste el caso principal —dice KUNKEL (95)— en que se hacía efectiva la responsabilidad por custodia. El significado de dicha responsabilidad fué objeto de evolución con el desarrollo del Derecho romano (96).

(91) P. JORS-W. KUNKEL: *Derecho Privado Romano*, año 1937, Labor, págs. 250-251.

(92) KUNKEL: Ob. cit., pág. 251.

(93) GAYO: D. 13, 8, 18; Ulp. D. 50, 17, 23.

(94) R. MONIER: *Droit Romain*. Paris, 1948, tomo II, número 168.

(95) Ob. cit., pág. 251, y GAYO: 4-205.

(96) En la época clásica —dice R. MONIER (*)— el deudor sometido a *praestare cu-*

(*) Ob. cit., págs. 227-228.

Esta obligación de guarda que examinamos en el contrato de reposición parece que ha seguido un camino paralelo al trazado por la "custodia" romana, como si lo motivase un afán de dibujar con exactitud la diligencia exigible al reponente: responderá del robo, del hurto y del extravío, sin distinciones ni presunciones contrarias, es decir, que estos términos tan exigentes procuran un celo en la custodia que especifican al contrato, superando, como es lógico, los términos del depósito. Es muy interesante recordar a este respecto, por la orientación jurídica que nos proporciona, que en la época romana posclásica se observó una marcada dirección encaminada a equiparar esta típica obligación de "custodia" con el concepto de diligencia; esa orientación buscaba un resultado más definido, que fué éste: decir obligación de custodia es lo mismo que actividad de una persona particularmente diligente (97).

En el contrato de reposición vemos que esa custodia especial a que está obligado el reponente va unida a otras prestaciones, repitiéndose la misma situación que se daba en el Derecho romano, pues la prestación de "custodia" acompañaba siempre a un contrato principal y, además, en términos tales que hoy, sin duda, constituiría un contrato complejo.

La relación jurídica que agravaba la responsabilidad del deudor con la obligación de custodia podía ser un comodato (98) o bien un contrato por el que alguien recibía un precio por la guarda de alguna cosa, en virtud de lo cual se hacía responsable de la pérdida de ésta (99). Igualmente el *conductor operis faciendi*, como el *fullo* y el *sarcinator* (100). Es de interés observar que en estos últimos se distingue perfectamente entre la prestación que motiva

stodiam quedaba responsable por el solo hecho de que un acto dañoso sobreviniese en la cosa debida, sin considerar para nada si hubo o no negligencia de su parte. En tales circunstancias puede decirse que el deudor es responsable de pleno derecho de todos los daños que normalmente son evitados cuando se comisiona un guarda (*custos*) para la vigilancia de la cosa. (Sobre el sentido de custodia, guarda de custos: D. 33, 7, 15, 2; D. 37, 1, 25.)

Para KUNKEL (**) esta obligación de custodia indudablemente es una forma de responsabilidad por culpabilidad todavía en germen y luego poneamente desenvuelta, de tal modo que en el Derecho posclásico es una forma genuina de ella. Es que en el Derecho justiniano la actividad del deudor informa la obligación de custodia, de tal modo que por esta obligación debe mostrarse particularmente vigilante en la guarda de la cosa (*diligentia in custodia*), y si aparece ante el acreedor como responsable de ciertos casos fortuitos, como el robo, es porque habría podido evitarlo tomando precauciones suficientes.

(97) MONTER: Ob. cit., pág. 229.

(98) "Custodiam plane comodate rei etiam diligenter debet praestare". D. 13-6, pág. 5.

(99) GAYO: "Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat". D. 19, 2, 40.

(100) "Nam et fullo et sarcinatos non pro custodia sed pro arte mercedem accipiunt tamen custodiae nomine ex locato tenentur". D. 4. IX, 5.

(**) Ob. cit., pág. 251.

el precio y la obligación y responsabilidad de custodia; el mismo Edicto insiste en esta apreciación.

Colocados frente a frente el contrato de reposición y aquellos otros afectados por la custodia encontramos más rigurosa la vigilancia del reponente; su obligación de custodia es más extensa.

Más relaciones tiene nuestro contrato con su equivalente romano, el contrato celebrado por el *stabularius*. En Roma los propietarios de establos que se ocupaban de albergar ganado ajeno eran responsables de los daños que afectasen a los animales recibidos, incluso no habiendo culpa de su parte; se exceptuaba el caso de fuerza mayor: D. 4, 9, 5. El *stabularius* ejercía la industria de cuidar bajo su custodia los animales que le entregaban, siendo de su cuenta el pienso, local y otras atenciones. El Derecho, para garantizar la guarda, sometía al *stabularius* al Edicto "Nautae, caupones, stabularius".

Parece, según MONIER (101), que, bien estudiadas las cosas, la responsabilidad pesa sobre el *stabularius* desde el momento en que recibió los animales en tales circunstancias que implican que asume la guarda. Pero sobre lo que no todos están de acuerdo es acerca de la naturaleza de esta responsabilidad, ya que algunos le niegan que sea un tipo de la obligación de "custodia". MONIER cree que debe colocarse en un lugar aparte, pues están obligados más rigurosamente que los deudores responsables de la "custodia", pues responden no sólo del robo, sino también de todo daño causado por un tercero (102). En cambio KUNKEL (103), basado en que al *stabularius* le concedía LABEÓN la excepción de fuerza mayor, "como era regla en la custodia, por lo cual es exacto considerar aquélla como responsabilidad de custodia".

Con todo lo expuesto vemos que, al responder el reponente del extravío, hurto o robo en forma absoluta, parece como si el contrato de reposición conservase a través del tiempo, o remozara después, una responsabilidad clásica que ya especializaba la vigilancia exigida en la custodia o guarda de animales y cosas ajenas.

Este mismo elemento es constitutivo del contrato de pupilaje de animales, contrato que también puede colocarse en la línea del celebrado por el *stabularius*. En el proyecto de Apéndice para Ara-

(101) Ob. cit., pág. 198.

(102) Ob. cit., pág. 229.

(103) Ob. cit., pág. 343.

gón del año 1904 se impone expresamente al pupilero esa responsabilidad tal como se exige en el contrato de reposición.

No cabe duda que, visto jurídicamente, ambos contratos actuales, de haber sido conocidos por el Derecho romano, les hubiese aplicado el edicto "Nautae, Caupanae, Stabularii" o, al menos, hubiesen sido afectados por la responsabilidad de "custodia".

Hoy, pues, presenta el contrato de reposición una obligación de guarda que supera la propia del depósito, acompañada de prestaciones especiales del mismo tipo, como vigilancia, cuidados, etc., constituyendo un tipo de responsabilidad que ya el Derecho romano conoció bajo el nombre de "custodia", por la que se respondía, como hoy, del robo, pérdida y hurto de modo absoluto, presumiendo de antemano la culpa.

Parece que es un carácter propio de los contratos de ganadería el llevar consigo una forma de depósito. Así en nuestro Derecho histórico vemos el contrato de guarda o "acomienda" de ganados; lo rodea de la misma responsabilidad ya vista antes, pues, haya culpa o no, sufrirá el encargado de la custodia la pérdida del animal o animales. El Fuero de Soria (104) distingue entre el capítulo de la guarda de los ganados y el de las pagas. El primero, de la guarda, lo coloca inmediatamente después del que dedica a las "cosas acomodadas"; en el parágrafo 375 dice que quien recibiere bestia o ganado... en guarda o en acomienda..., si quiere se pierda por su culpa, si quier non, sea tenido de pechar lo que le fué dado o metido en acomienda".

Como resumen, podemos decir: en el contrato de reposición hay una prestación de custodia especial, ¿puede llamarse depósito? En caso negativo, ¿aún puede acudir al Código para tomar algunas de sus normas?

CAPÍTULO VI

D) EL CONTRATO DE REPOSICIÓN Y LOS CONTRATOS MIXTOS.

a) *Sobre el concepto de contrato mixto.*

A la vista de las diversas prestaciones, como se unen bajo el

(104) GALO SÁNCHEZ: Ob. cit., parágrafo 375.

nombre de contrato de reposición, lógicamente salta la idea de si tal vez fuese un contrato mixto. Las razones que existen para pensar así son evidentes cuando seguimos por unos momentos la exposición de dicho contrato, ya que es un elemento que pide como principio la doctrina unitaria de los contratos mixtos.

Es cierto que no es suficiente una diversidad de prestaciones entre dos partes contratantes para que por esto sólo se califique la relación jurídica de contrato complejo. De aquí que, dentro de la gama variadísima de combinaciones a que pueden someterse las prestaciones obligatorias entre los contratantes, se distinguen grandes grupos de formaciones de concurrencias contractuales.

Para separar entre todas ellas el grupo de los contratos complejos se requiere un dato como elemento necesario: la unidad del contrato o relación jurídica. Es decir, diversidad de prestaciones en un contrato único. Y cuando se subdistingue entre los contratos complejos a los contratos mixtos se vuelve a exigir otros elementos nuevos que perfilan con nitidez el tipo de contrato mixto.

A esto ha llegado la doctrina moderna tras una evolución accidentada, de tal modo que aun hoy no se ha impuesto todavía una solución unánime, manteniéndose aún, por tanto, en los contratos mixtos el carácter de sugestivo problema que la ciencia nos plantea.

En la doctrina jurídica española no poseemos una exposición de las directrices básicas a las que pudiéramos sujetarnos. Sin embargo, se ha logrado la declaración de contrato mixto para el hospedaje en tal forma que cumple los requisitos más exigentes de la doctrina moderna.

Ya hemos adelantado qué distinguimos entre contrato complejo y mixto. Sin embargo, no lo hacen así ordinariamente los tratadistas de Derecho (105), debido a que es una elaboración reciente. En la actualidad se ha intentado, con bastante éxito, por GINO DE GENNARO en Italia no sólo distinguirlos, sino declarar autónomos y de naturaleza peculiar a los contratos mixtos, frente a los juristas alemanes e italianos que, o ya negaban la existencia misma del problema, o bien incluían a estos contratos en la masa amorfa de los innominados, o ya reducían sus caracteres básicos al mínimo.

FUBINI, por ejemplo, no se decide por admitir la existencia de

(105) DE DIRGO: *Instituciones*, pág. 246.

tal problema, y caso de admitirlo llega a darle un contenido extraordinario. Es muy dudosa, a su parecer, la existencia de este problema, y “no sin razón —dice (106)— rechazan muchos la admisión de una diversidad entre las normas típicas y aquellas que no corresponden a un tipo señalado o comprenden elementos de hecho regulados por la Ley en diferentes categorías de contratos”.

Cuando FUBINI se decide a admitir la existencia de un posible problema le da una extensión ilimitada, saltando más allá de los contratos complejos. “El problema —dice (107)—, si así se le quiere llamar, es más amplio, se puede hacer remontar a la disciplina de todos los contratos y aun de aquellos que, habiendo recibido de las partes un *nomen juris*, no corresponda exactamente, en realidad, a la naturaleza jurídica del contrato originado.”

Es decir, que FUBINI no encuentra razones para tratar el problema de los contratos mixtos como diferente al problema de los contratos innominados en general, por lo tanto caen dentro de sus límites lo mismo el caso que se presenta al jurista cuando trata con un negocio jurídico no reconocido por la Ley como, también, aquel otro en que el negocio tipo dado en la realidad no coincida exactamente con el reflejado en la Ley debido a su deformación.

Y no hay razones, según él, porque este mismo problema de los contratos mixtos es el que se plantea también respecto de las formas contractuales que se disciplinan y sistematizan en un Código, así, por ejemplo, cuando se discute la naturaleza jurídica de los contratos innominados a los efectos de saber qué normas les son aplicables.

Pero hoy no se comprende el contrasentido que observa FUBINI cuando se trata de resaltar y hacer un estudio separado de la construcción autónoma de los contratos mixtos, pues al estudiarlos no se pretende hacer un esfuerzo por catalogar al contrato mixto en algún tipo determinado y conocido. Tampoco resultan inútiles las “fatigosas investigaciones” de los juristas respecto a estos contratos.

Consecuente con su manera particular de ver este problema, prefiere designar a tales contratos con el término de “complejos”, que es el que emplea, sin hacer restricciones para llamar mixtos

(106) FUBINI: “Contribución al estudio de los contratos complejos”. *Revista de Derecho Privado*, tomo XVIII, págs. 2-3.

(107) FUBINI: Ob. cit., pág. 3.

a algunas variedades que, en justicia, lo merecen. Lo expuesto queda condensado en las breves palabras, que viene a ser como la fórmula con que FUBINI expresa su concepto: "... para mí el llamado problema de los contratos mixtos queda reducido, en realidad, a una mera aplicación de los principios generales que regulan la formación e interpretación de los contratos" (108).

Para el contrato de reposición no nos servirían estas orientaciones tan amplias, que no pueden situar en términos claros y concretos la posición de cada una de las prestaciones en su relación compleja. Por ello preferimos las conclusiones a que llegan todos aquellos autores que piensan que, efectivamente, existe el problema de los contratos mixtos; aún más: hay que construir una doctrina unitaria propia de los mismos.

Esta cuestión merece que se estudie, pues no hay que esforzarse mucho para demostrar la relevancia jurídica de los contratos mixtos; hay ya una abundancia bibliográfica sobre la materia, discutiéndose diversamente su naturaleza jurídica. De seguir una u otra depende la naturaleza que asignemos al contrato de reposición.

ENNECERUS (109) hace una exposición de estos contratos que sirven de base a gran parte de los trabajos y textos de Derecho actuales. De tal modo que la reciente tentativa de buscar la naturaleza jurídica de estos contratos, llevada a cabo por GINO DE GENNARO (110) en Italia, coincide esencialmente con ENNECERUS, siéndoles comunes los principios jurídicos de que parte este autor; pero GENNARO ha logrado encontrar las directrices básicas que convierten a los contratos mixtos en autónomos, delimitados y con su doctrina propia.

Los elementos básicos que anuncian al jurista la presencia de un posible contrato mixto son: pluralidad de prestaciones en un contrato único. Es decir, cuando las partes dan vida a una pluralidad de prestaciones unidas por un elemento contractual económica y jurídicamente.

b) *Sobre la complejidad del contrato de reposición.*

El contrato de reposición no cabe duda que presenta un con-

(108) FUBINI: Ob. cit., pág. 16.

(109) *Tratado*. Bosch. Barcelona, 1935, tomo VII, págs. 7 y sigs.

(110) *I contratti misti*. I vol. Padua, 1934, "Cedam".

tenido complejo, bajo un *nomen juris* —“reposición”—, cumpliendo una finalidad que inviste de carácter unitario a toda la relación contractual. Es, por tanto, el primer punto el de la complejidad: pluralidad y unidad.

De aquí, dice GENNARO (111), “la necesidad de ver cuándo la pluralidad de prestaciones no excluye la unidad del contrato, para que se pueda hablar, si bien todavía no de contrato mixto, al menos de contrato único de contenido complejo, y cuándo, por el contrario, cada una de las prestaciones da lugar a un contrato correspondiente”.

Por eso no hay contrato mixto en aquella relación jurídica donde no exista más que una concurrencia de contrato, lo cual no es fácil encontrar cuando se trata de pluralidad de prestaciones entre las mismas partes contratantes.

La unidad del contrato la exige del mismo modo ENNECERUS (112): “No se trata de una pluralidad de contratos unidos entre sí, sino de un contrato unitario, pero cuyos elementos esenciales de hecho están regulados en todo o en parte por disposiciones relativas a diversas especies típicas de contratos”.

Para que el contrato de reposición sea un contrato mixto será necesario que sus prestaciones se fundan entre sí, constituyendo esa unidad indisoluble requerida por la doctrina moderna. En la construcción técnica pretendida por GENNARO esta exigencia está representada más expresivamente con este término: “fusión de tipos”, una complejidad de causas constituyendo una causa mixta.

Es decir, que sería un error para los autores modernos aquella actuación del jurista que, viéndose frente a una complejidad de prestaciones imposible de resolverse en una desintegración de tantos negocios como prestaciones, pretendiese solucionar la dificultad con la simple clasificación de la naturaleza jurídica de una sola de las prestaciones, a la que se subordinarían todas las demás. Es la solución más fácil del problema, pues lo elimina, negando, como consecuencia, la existencia de la categoría técnica de los contratos mixtos.

Esta es la opinión de LOTMAR, según la refiere G. DE GENNARO (113), comentando la doctrina alemana; para él existen “tan sólo negocios que presentan, frente a los tipos legales, anomalías,

(111) Ob. cit., pág. 16.

(112) Ob. cit., pág. 7.

(113) G. GENNARO: Ob. cit., pág. 107.

que no impide, no obstante, subunirlos bajo los mismos, o sea no dotados de relevancia jurídica”.

El contrato de reposición presenta tipos de contratos que aparecen regulados por el Código, según veremos; pero esto no es necesario para la posibilidad de un contrato mixto. No obstante, hay quien exige que las distintas prestaciones deben ser necesariamente formas de contratos nominalmente reconocidos por la Ley; la complejidad sería precisamente de elementos legales. La disciplina jurídica aplicable a aquella resultante sería una combinación de normas jurídicas.

GENNARO coloca en esta sección a HOENIGER, quien piensa así debido a que parte del principio en virtud del cual todas las formas (*fattispecie*) de contratos recogidas en la Ley, cualquiera que sea su naturaleza, dondequiera que se encuentren, están destinadas a ir acompañadas siempre de las normas respectivas, pues son reguladas por sí mismas.

Consiguientemente, “considera contratos mixtos —dice GENNARO (114)— todos los contratos que, en cualquier modo, presenten la unión de varios elementos contractuales regulados en lugares diferentes, de tal modo que su disciplina jurídica deba resultar, dado el punto de partida, de la combinación de diversos complejos normativos”.

Sin embargo, como estas formaciones contractuales nacen en el campo libre del comercio jurídico, la voluntad de las partes puede hacer nacer combinaciones de elementos contractuales reconocidos o no anteriormente por la Ley; de aquí que no sea necesario para originarse un contrato mixto la unión múltiple de tipos legales, pues la característica de aquél, o sea la fusión de tipos, es posible, tanto tratándose de contratos legales como extralegales.

Lo que distingue perfectamente, según GENNARO, un tipo “contractual no es su exterior forma (*fattispecie*) en sí mismo considerada, sino la función económicojurídica del contrato mismo, el elemento causa que resume en sí todos los otros elementos, elemento dotado por excelencia de virtud informativa del tipo y que, por tanto, constituye el más idóneo instrumento de valoración jurídica” (115).

De aquí que, aplicando tal criterio al contrato mixto, resulte que el principio regulador de su naturaleza jurídica sea éste: una

(114) Ob. cit., págs. 107-108.

(115) GENNARO: Ob. cit., págs. 109-110.

pluralidad de causas; ahora bien, unidas de tal modo que resulte una causa unitaria o, mejor, única. Resulta, pues, que, como él mismo dice, con toda exactitud se podrá hablar de causa mixta respecto de estos contratos.

c) *El contrato de reposición, ¿es mixto?*

Con esta orientación general de la teoría de los contratos mixtos aclaramos mucho el aspecto jurídico tan difícil del contrato de reposición y nos acercamos a su propia esencia. Para ello debemos delimitarlo bien, de tal modo que las prestaciones del complejo guarden su exacta posición jurídica unas frente a otras; si no lo conseguimos, porque la naturaleza jurídica lo impida, resistiéndose a aparecer como contrato mixto, al menos por exclusión, habremos seguido avanzando en el examen propuesto.

En el contrato de reposición es evidente que se cumple el supuesto de hecho de donde arranca el problema de los contratos mixtos, es decir, pluralidad de prestaciones y unicidad del contrato. Pero estas prestaciones han de llevar los rasgos propios como para constituir separadamente contratos independientes, tantos cuantos sean ellas; de aquí, como veremos, que no basta cualquier elemento contractual. ¿Acompaña también este carácter necesario al contrato de reposición? A la luz de estos principios examinemos sus prestaciones. Consta de las siguientes:

1.ª *Suministro de alimentos.*—El cual bien pudiera considerarse como una venta de cosa genérica. Es un supuesto semejante al que se presenta en el contrato de hospedaje, donde constituye venta de cosa mueble.

2.ª *Cuidar del ganado.*—El reponente, como sabemos, proporciona al ganado una serie de cuidados, como son vigilar la ración de fruto que ha de tener por día, observar las condiciones higiénicas del albergue, evitando hacinamiento, asfixia, etc.; proporcionar el agua conveniente, que ha de ser abundante; prever las epidemias, infecciones, enfermedades, etc.; todo esto pudiera constituir o una prestación de arrendamiento de servicio o, quizá mejor, un arrendamiento de obra.

3.ª *Proporcionar albergue.*—El reponente, como prestación

también ordinaria, albergará, en los locales determinados, al ganado, siendo este contenido propio de un arrendamiento de local.

4.^a *Custodiarlo*.—Al mantener el ganado en su poder ejerce una custodia, que, debido a la responsabilidad impuesta en el contrato, a la vigilancia especial que se deduce de ésta como consecuencia, y a otras atenciones, resultará discutible si constituye un arrendamiento de obra o un depósito.

Todas estas prestaciones están a cargo de una sola de las partes, el reponente, a cambio de la contraprestación del dueño del ganado, el precio en metálico, pagadero en el último instante del contrato. La unidad del mismo es también evidente: son prestaciones fundidas o, al menos, bien enlazadas jurídica y económicamente; en fin, una causa única las lleva, bajo el nombre único, al fin unitario y común perseguido por las partes.

Pero no es suficiente. Como ya dijimos, se requiere algo más: una fusión no de prestaciones, sino de tipos. Es decir, que cada una de las prestaciones sean constitutivas por sí solas de otros tantos contratos típicos, de tal modo que, aunque concurren en una complejidad determinada, conservan, no obstante, la virtud suficiente para seguir informando el "tipo".

Por esto GENNARO niega la naturaleza jurídica mixta a aquellas combinaciones complejas en que, a pesar de cumplirse la pluralidad de prestaciones en el contrato único, sin embargo: *a'*) o no son prestaciones típicas, o, aun siéndolas, no obstante, *b'*) la posición en que se hallan unas respecto de otras destruye la naturaleza mixta del complejo.

a') *Que las prestaciones concurrentes en la relación compleja no sean típicas*.—Esto puede ocurrir: 1.º O bien porque junto a una prestación típica se encuentra otra prestación o, mejor aún, un elemento contractual, que, aun siendo regulado bajo un tipo legal diferente, sin embargo no constituye la prestación típica del mismo, con lo cual no inviste a la nueva formación del tipo correspondiente.

2.º O bien porque, aun dándose el caso de la unión de una prestación disciplinada como típica de un contrato determinado, sin embargo, no conserve en la unión este carácter propio.

En ambos casos no se puede hablar de contrato mixto, precisamente porque no reúne todos los requisitos; le falta la fusión de

tipos. Esto nos lleva a examinar las prestaciones del contrato de reposición para ver si son típicas y así permanecen como tales.

De la prestación de *suministros* dijimos que podía *constituir* una compraventa de frutos. Estos son tenidos en cuenta, ciertamente, en calidad y, hasta cierto punto, en cantidad. Para que esta prestación, reconocida por la Ley, sea típica de la compraventa es suficiente que una de las partes se obligue a entregarlas a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente (artículo 1.445 del Código civil).

Ahora bien, ¿es esto una venta propiamente dicha? El fruto no se pesa ni se mide; tampoco se vende en masa, ya que en el contrato no se hace otra cosa sino mencionar su especie y calidad; respecto a la cuantía sólo se tiene en cuenta en forma muy general, es decir, el fruto que haya pendiente y el ganado pueda digerir; la entrega se hace como alimento, es decir, contenida en la obligación de alimentar el ganado. Por último, el inconveniente más grave, el precio en metálico, pues no se entrega a cambio del fruto, sino de la transformación operada por el mismo ganado.

De lo dicho, ¿no parece que se esfuman los contornos de la compraventa un tanto? No es que se pretenda señalar cada prestación del complejo con toda la nitidez intachable, tal como la regula la Ley. Pero, no obstante, se requiere aquella unidad de caracteres que la muestren como prestación típica de la venta.

Parece, pues, que este *suministro* de alimento, al faltarle el precio como cambio directo, no conserva la tipicidad de una venta, a no ser que, a pesar de todo, se siga considerando el pago en metálico de tanto por arroba como una forma especial del precio.

Pudiera también considerarse esta prestación alimenticia no como suministro propiamente dicho, sino como una obligación de alimentar a cargo del reponente, constituyendo un arrendamiento de obra.

La segunda prestación que analizamos es la de los *cuidados* que se proporcionan a los animales recibidos. Aquel conjunto que expusimos de atenciones puede constituir o un arrendamiento de servicio o de obra. Es la misma prestación que se origina en la *soccida* italiana, el *cheptel* francés y nuestra aparcería pecuaria, como veremos. Para lograr una delimitación exacta es necesario averiguar la función del precio que interviene en nuestro contrato.

Si el supuesto arrendamiento de obra se ajusta al artículo 1.544 e, incluido en la relación compleja, conserva la tipicidad, contaría-

mos ya con un elemento necesario para que la reposición fuese contrato mixto. Pero sucede que el artículo 1.544 exige para la ejecución de obra un precio cierto. Por tanto, en el contrato de reposición el cedente, al pagar las arrobadas aumentadas, retribuye el precio de la "obra", es decir, de los cuidados y del cebo. Pero hay que añadirle que tal precio será condicional, pues depende del resultado, si aumenta de peso o no el ganado. Puede ocurrir que éste no "reponga" nada, en cuyo caso todos los cuidados que prestó quedan sin resacirse. Será más lógico pensar que la obra en ejecución era el cebo, sometida a condición propia de que exista o no; los cuidados, ¿forman parte de una ejecución de obra condicional? Han existido, el reponente prestó cuanto se había comprometido y el contrato exigía; la obra, en una palabra, existe, ¿por qué no hay precio? Ya no cabe un contrato condicional, pues de someter el precio del arrendamiento a una condición lo convierte en una obligación alternativa: donación y arrendamiento.

Cuando hay cebo y, por tanto, se paga el dinero en metálico parece que las cosas han sucedido del modo siguiente: el reponente recibe con el precio el pago de todas las prestaciones que ha efectuado, incluyendo de hecho todas en ese pago. Pero, jurídicamente, no es así, pues el precio aparece desconectado de las prestaciones de servicio, cuidado, etc. Al faltar ese juego de cambio inmediato entre prestación y contraprestación se borran de tal modo los caracteres típicos que incapacitan al complejo para formar un verdadero contrato mixto.

Parecen más bien elementos contractuales regulados por el Código, pero que no contienen los requisitos indispensables para seguir apareciendo en el conjunto como prestaciones típicas.

La tercera obligación del reponente es la de proporcionar *albergue apropiado*. Ya dijimos que equivale al alojamiento en el contrato de hospedaje, pero que en el de reposición quedaba reducido al mínimo.

Examinando un poco la situación vemos que falta un rasgo: el precio ha de ser en relación con el tiempo de uso. Aun admitiendo que indirectamente todas estas prestaciones tienen su contraprestación en el precio total, sin embargo, faltaría este carácter, pues el importe en metálico no se computa en relación al tiempo que dura el contrato, sino a cambio y en relación en números de arrobadas que aumente. Así que parece mejor un elemento de hecho que tal vez es el que menos carácter de prestación típica conserva.

Por último, la cuarta obligación es la de *custodiar* el ganado. Ya discutimos sobre esta prestación, dudando si se trataba de un arrendamiento de servicio o de un depósito.

No es extraño encontrar en los contratos de reposición celebrados por escrito la declaración expresa de que el reponente recibe el ganado en depósito. No se sabe si, efectivamente, han querido las partes convenir un depósito o, por el contrario, lo que pretenden es afirmar que el ganado, aunque se entregue en posesión, permanece siendo de la exclusiva propiedad del que los entrega. Lo ordinario en los demás casos es no decir nada de este depósito, con lo que se presenta el problema sobre dicha custodia.

Respecto del objeto del depósito, en sí mismo considerado, no hay dificultad, pues, aunque el artículo 1.761 del Código civil diga que sólo pueden ser objeto del depósito las cosas muebles y los artículos 335 y 336 no incluyan entre los bienes muebles a los animales ni distingan entre muebles y semovientes, sin embargo, para estos efectos son realmente bienes muebles. Esto se entiende así cuando se le aplica frecuentemente el artículo 615 respecto de las cosas halladas: "Cosa mueble que no sea tesoro". Por tanto, aunque no lo diga expresamente, el Código considera como bienes muebles a los animales.

Más dificultad se presentaba, según vimos, en la prestación del supuesto depositario, ya que el reponente, al recibir el ganado ajeno, no sólo está obligado a la custodia hasta el fin del contrato, sino que, además, ha de cuidarlo, formando una unidad con la alimentación.

Sin embargo, no es extraño que algún Fuero llame depósito a la guarda del ganado. El Fuero de Soria (116), al que ya hicimos referencia en otra ocasión, expone, en su capítulo XL, el epígrafe general de "Capítulo de las guardas de los ganados", comenzándolo con el párrafo 375, que dice así: "Qui bestia o ganado o otra cosa... rescibiere en guarda o en ecomienda...". Y, por si hubiese alguna duda, añade en el párrafo 377: "Si alguno rescibieçe de otro en acomienda bestia o ganado o pannos o otra cosa que se pierda o menospreçia por usarla, no sea tenido de traerla ni de usarla sin mandamiento de su sennor", y si llega a usar de ello, si hay perjuicio, debe doblarlo a quien lo sufrió.

Como vemos, responde esta exposición a la naturaleza jurídica

(116) GALO SÁNCHEZ: *El Fuero de Soria*.

de un contrato de depósito que tiene por objeto los animales. Aun admitiendo en el contrato de reposición esta custodia, como viene unida a otras prestaciones de cuidado, diligencia, etc., se hace difícil concretarla. Muchas veces da la impresión de que constituye, dentro de la complejidad general, una prestación a su vez compleja de depósito y arrendamiento de servicio o de obra; otras veces se ocurre pensar que esta custodia es una obligación accesoria que surge como consecuencia inevitable de una prestación principal, a quien acompaña.

Es algo muy parecido a lo que sucedía al *fullo* y *sarcinator* del Derecho romano, los cuales recibían el precio como contraprestación de su industria y, sin embargo, quedaban obligados a responder de la guarda: "Nam et fullo et sarcinator non pro custodia (alicuius rei, se entiende) sed pro arte mercedem accipiunt, tamen custodiae nomine ex locato tenentur", D. 4 IX, 5. Era, por tanto, una obligación de custodiar gratuita, ya que el precio venía en virtud del arrendamiento de servicios o de obra, que era el contrato principal.

Pero, aun admitiendo que en el contrato de reposición esa custodia sea la característica prestación de un depósito, aún nos queda por observar hasta dónde conserva su propia naturaleza en medio del complejo. Como vimos, sufre ciertas modificaciones. A pesar de éstas, ¿permanece siendo, si no depósito, al menos una custodia especial?

Sabemos que el artículo 1.766 no puede tener exacta aplicación, debido a que el cedente del ganado no puede reclamar a su antojo el ganado, y esto a pesar del artículo 1.775, que concede al deponente ese derecho de reclamar la cosa depositada incluso antes del plazo estipulado. Si bien es ésta una característica del depósito muy principal, no obstante, en casos excepcionales, puede suspenderse y permanecer siendo depósito.

La razón de ese derecho concedido al deponente frente al depositario es debido a que el depósito se entiende siempre en favor del deponente. Al contrario de lo que ocurre en el contrato de reposición, que la entrega del ganado está hecha en favor de ambas partes, el reponente posee y retiene el ganado no sólo con el fin de custodiarlo en favor del dueño, sino también en provecho propio. Por tanto, tiene que faltarle a este depósito uno de sus elementos, que quizá no lo desvirtúe.

Pero ya es más difícil mantener el depósito cuando se trata de

infringir el artículo 1.767 del Código civil. En él se prohíbe al depositario servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante, y, si hubiese utilización de la cosa, el artículo siguiente impone la sanción de variar la naturaleza jurídica, convirtiéndolo en otro contrato jurídico: "... el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato" (artículo 1.758 del Código civil).

En el contrato de reposición el supuesto depositario se sirve de la cosa necesariamente, pues la utiliza a los efectos de obtener en su favor el aumento de peso mediante los frutos de su finca. Con esto queda muy reducida la vitalidad de la custodia en forma de depósito; habrá un elemento contractual que, aunque tiene relevancia jurídica, no le quedan caracteres suficientes para imponer el contrato a que pertenece. Puede aparecer con más intensidad si se le considera incluida en la prestación de vigilancia exigida al reponente.

Hay otros aspectos más del contrato de depósito que quedan modificados, como los referentes a la responsabilidad, gastos de conservación, que en nuestro contrato son obligatorios, etc.

Así, pues, esta prestación de custodia no lleva toda la tipicidad exigida para que la relación jurídica compleja constituya con otras el contrato mixto. Ocurre de manera muy distinta de lo que vemos en el contrato de hospedaje, donde el depósito aparece con todos sus elementos perfectamente divididos y en tales condiciones de subsistencia que se les pueden aplicar las normas propias que para el depósito establece el Código civil, sin perjudicar en lo más mínimo el contrato mixto, en que está incluido.

De todo lo expuesto respecto a las varias prestaciones que constituye el contrato de reposición se deduce que ninguna de éstas cumple el carácter de tipicidad exigido en el primer apartado.

Por tanto, el concepto de contrato mixto que pretendíamos encontrar para calificar al de reposición no es posible, debido a la falta de tipicidad que se requiere. Aún queda fijarnos en el segundo apartado que hicimos siguiendo la doctrina de los contratos mixtos expuesta por G. DE GENNARO.

El segundo supuesto, en el que la concurrencia de prestaciones en un contrato complejo, aun en el caso de ser típicas, no constituyen un contrato mixto, es aquel:

b') *En que la posición de unas prestaciones respecto de otras*

impide que sobreviva la virtud informativa del tipo respectivo.— Para ser contrato mixto, pues, se requiere que guarden entre sí la posición de prestaciones coordinadas, que sean principales y continúen siéndolo mientras dura la complejidad jurídica, sin que al mismo tiempo se destruya la unidad contractual.

Por tanto, en todos aquellos contratos en los que se pueda señalar una o varias prestaciones como principales y a otras como secundarias o subordinadas, desde ese momento ha dejado de existir el contrato mixto. Aquellas que se consideren como accesorias vendrán absorbidas, perdiendo fuerza en su vigor jurídico.

GENNARO (117) exige insistentemente como punto de capital importancia este elemento. Cuando las varias prestaciones se presentan perfectamente autónomas y querida cada una en sí misma, en su propia función típica, simultáneamente una con la otra, en un plano de recíproca coordinación (posición de igualdad), sin destruir la unidad del contrato, excluyendo, por tanto, la hipótesis del concurso de varios negocios, entonces, cuando esto sea así, encuentra exacta aplicación la figura del contrato mixto.

Esto supone hacer en el contrato complejo diversas categorías de prestaciones. Así tenemos aquellas que obligan a las partes, aunque no las pactaron, pues son establecidas de la Ley o que surgen como consecuencias naturales de la buena fe en que se desenvuelve el contrato.

A esta clase de prestaciones las excluye GENNARO de la complejidad contractual, y considera razón suficiente para ello el que no han sido expresamente convenidas, aunque sean igualmente debidas. Son, pues, prestaciones que no cumplen una función propia.

De aquí que se requiera, para que aparezca delimitada en toda su nitidez la complicada figura del contrato mixto, que sus prestaciones se presenten queridas por las partes en sí mismas, es decir, en cuanto que, directa o indirectamente, cumplen la función con que son establecidas por la Ley.

Junto con esas prestaciones con carácter de subordinadas se señalan otras, aquellas que cumplen una misión preparatoria. Ahora bien, no son preparatorias de la contratación, sino de la ejecución del contrato; son las que efectúan o hacen posible el contenido contractual. Por tanto, se incluyen en esta categoría aquellas ope-

(117) Ob. cit., pág. 160.

raciones que forzosamente se realizan cuando se procede al cumplimiento de una obligación contractual.

Esto hace que, aplicando el criterio presente a muchas formaciones que en la práctica se configuran con un nexo jurídico de complejidad evidente y, sin embargo, no se les puede considerar como tipos de contrato mixto.

Pero existe una dificultad, y es que la calificación de qué prestaciones se considerarán como actos de ejecución o simple preparación de otras no cuenta con criterios objetivos y *a priori* en la generalidad de los casos. El punto de vista personal es muy significativo en la presente cuestión.

Un ejemplo evidente es el contrato de transporte, que no resiste los criterios expuestos, perdiendo su carácter de contrato mixto, e incluso se la hace abandonar el grupo de los contratos complejos. Tratándose del transporte marítimo de persona sin prestación de alimentos o del transporte marítimo de cosa parece que, al enumerar una prestación propia de transporte, otra de depósito de la cosa, otra de habitación, cuando se trata de camarote, o de un puesto en que sentarse el pasajero, deberíamos concluir afirmando que se trata de un contrato mixto.

Así lo hace ENNECERUS (118), quien dice que es mixto de un contrato de obra combinado con arrendamiento de camarote y compraventa de alimentos. DE DIEGO (119) tiene una opinión especial (120).

Sin embargo, GENNARO (121), con lo expuesto, le niega tal carácter, precisamente porque el transporte para él es un arrendamiento de obra simplemente, en el cual el *opus* concertado es el transporte de la cosa (o persona) de un lugar a otro, y para ello es evidente la necesidad de un medio de transporte y de la responsabilidad por pérdida y daño de las cosas transportadas.

No es, bajo la presión de estos criterios, un contrato mixto de depósito, arriendo de cosa, de obra, etc., ya que estas prestaciones no son independientes de la principal, a ella unidas, sino que se trata de simples elementos de hecho que cooperan al fin persegui-

(118) Ob. cit., tomo y volumen citados, pág. 8, nota 12.

(119) Ob. cit., tomo II, pág. 100.

(120) Ob. cit., pág. cit.

(121) "En rigor es un arrendamiento de servicios próximo al arrendamiento de obras..., según algunos modernos un contrato de empresa" (*). Hay que tener en cuenta que se refiere al transporte en general sin hacer de los varios tipos de este contrato.

(*) Ob. cit., pág. 75.

do por el contrato. Por el contrario, para el citado autor es distinto el caso del transporte marítimo de personas con suministro de alimentos, al que no se puede negar el carácter mixto de transporte y venta.

Pero, como ya vimos antes, no todos los autores están dispuestos a considerar como simples elementos de hecho o medios que cooperan a la ejecución de la prestación principal, a todas aquellas otras obligaciones que vienen, según ellos, investidas de carácter de independencia y principalidad.

Hasta ahora hemos expuesto últimamente la situación de la doctrina a que nos vamos a ajustar sobre el intrincado problema del contrato mixto según las orientaciones, de tanto valor, que desarrolla GINO DE GENNARO en su intento laudable de encontrar la autonomía jurídica que merece tal contrato y, al mismo tiempo, un ensayo de reglamentación.

Tales principios creemos que son perfectamente aplicables a nuestro problema particular del contrato de reposición sin que haya violencia jurídica alguna por parte del Derecho español para configurar el contrato mixto sobre los elementos exigidos por la anterior doctrina.

Por esto haremos el examen del contrato de reposición insistiendo en su complejidad y en su unidad; pero de ninguna manera aparece el contrato mixto entre sus contornos. Ya vimos que se excluía esta posibilidad por no ajustarse sus prestaciones al primer supuesto, y ahora tales prestaciones, como veremos a continuación, tampoco se coordinan en un mismo plano, según exige el segundo punto que exponemos.

En el contrato de reposición las prestaciones no están todas al mismo nivel, esto es evidente. No todas son queridas directa e inmediatamente por las partes en su propia función económicojurídica. Por ello difícilmente aparecen con el carácter de prestaciones principales coordinadas entre sí para conseguir el fin determinado del contrato complejo al que pertenecen.

Ahora bien, ¿nos autoriza esto para señalar una prestación principal y otras accesorias? Es algo distinto. Pues, si bien es cierto que en una concurrencia jurídica de contratos necesariamente son coordinados o subordinados unos a otros, si existe unidad contractual, sin embargo, la índole especial del contrato de reposición no parece adaptarse a una distinción y clasificación entre prestaciones sometidas y prestación independiente.

Según el fin de nuestro contrato, las partes persiguen, al parecer, un cambio oneroso de un precio, de momento indeterminado, por el cebo de cierto ganado; pero se concreta este cebo, ya que se espera el momento oportuno en que aparecerá expresado en una cantidad de peso, como si, en definitiva, se transmitiese un número de arrobas de carne a un precio señalado previamente. Esta prestación es la que da nombre al contrato. Junto a ella aparecen otras, convenidas, indudablemente, por las partes contratantes, que ciertamente hacen posible y preparan la prestación anterior. Parece que incluso se esfuman cuando entra en ejecución la operación de entrega del aumento de peso y el precio respectivo.

Si son prestaciones subordinadas se podrán distinguir entre principales y accesorias en el contrato de reposición; ¿es esto cierto? Distinguiremos dos supuestos:

1.º En el contrato de reposición parece que no cabe hablar de pluralidad de prestaciones típicas porque no son queridas en su virtualidad funcional, es decir, no intervienen para cumplir el fin que inmediatamente le atribuye su constitución jurídica. Así lo vemos respecto del albergue que proporciona el reponente al ganado y de la custodia de éste.

Cuando en el comercio jurídico se pretende pactar la reposición de ciertos animales sólo se busca el que sean alimentados suficientemente, el que sean cebados; como consecuencia, el precio que se obliga a pagar el dueño del ganado sólo tendrá lugar cuando aquel aumento de peso se verifique; no se pacta, pues, que sea a cambio de otras prestaciones.

Pero para hacer posible ese fin contractual exige la transmisión del ganado y, como consecuencia lógica, el albergue correspondiente. Por tanto, nos parece ver aquí mejor un elemento contractual, que no deja de ser cooperante a la función típica del contrato, pero que no constituye prestación subsistente por sí con individualidad y fin propios.

En cuanto a la custodia, si bien más permanente que el anterior, porque nunca llega a faltar en ningún supuesto, se puede decir lo mismo. Puede recordar aquellos casos de custodia que nacen como consecuencia de otros contratos, como, por ejemplo, el contrato de mandato celebrado con un abogado, a quien se le entregan los documentos necesarios para la defensa del pleito en cuestión.

Por tanto, también puede considerarse como otro supuesto de

hecho para hacer posible el contrato o, si se quiere mejor, una obligación que nace como consecuencia de recibir en su poder el reponente una cosa ajena sobre la que ha de realizar ciertas operaciones.

Así, pues, con este breve análisis parece que esos elementos contractuales, que aparentemente podían pasar por dos prestaciones de un contrato complejo, sin embargo, se ven casi desvanecidas; les falta aquel requisito de cierta independencia exigido en el segundo supuesto de la doctrina que examinamos antes.

Por lo que se refiere a la obligación de alimentar y cuidar el ganado, con ser queridas inmediata y directamente por las partes en su propia misión económicojurídica, sin embargo, tiene la siguiente dificultad: la obligación del reponente por la que recibe la contraprestación, ¿cuál es? Por lo pronto, el dueño del ganado no paga la alimentación de éste, pues se puede dar el caso de que no aumente de peso, y sin haber pago del precio ha habido obligación de alimentar.

Estas dos obligaciones, alimentar y cuidar, con ser constitutivas del nombre y de la entidad del contrato en un primer plano, sin embargo, no puede decirse que presenten aquella nitidez de rasgos ni aquella independencia que los constituiría en las prestaciones típicamente legales de la figura del contrato de reposición. Queda, pues, muy en duda el carácter de mixto que podía atribuirse a nuestro contrato.

2.º Como consecuencia, no es del todo exacto hablar de prestaciones principales y accesorias, precisamente porque esas dos, a las que nos hemos referido hace un momento que eran las únicas sobre las que pesaban tantas razones para ser las principales, se ha visto que no hay seguridad en sus caracteres de tal modo que indefectiblemente configuren el contrato.

¿Podría serlo esta otra: el cambio de arrobas de peso aumentado por el importe del precio? Sobre ésta recae el nervio de la naturaleza jurídica, pues, delimitada su esencia y función jurídica, resolveríamos el problema del contrato. Sin embargo, parece que no es propiamente una prestación separada de las dos anteriores, sino más bien el resultado o producto no sólo de ambas, sino de todo el conjunto complejo.

Esto es debido al carácter especial del contrato de reposición. Existe en él una cooperación de factores hacia un único fin: un

resultado económico; estos diversos elementos se unen entre sí con cierta subordinación económica indudable, que da lugar a un tipo jurídico de caracteres confusos.

El contrato de reposición no es, pues, un contrato mixto, por las razones antes expuestas. No existe en él distinción de prestaciones principales y accesorias; en cambio, entre el número de arrobas aumentadas y el precio puede constituir una transmisión de cosa mueble por un precio, pero no como prestación independiente de las otras operaciones que constituyen la base de ésta. Todavía cabe pensar que esa transmisión de cosa mueble es mejor considerarla no como posible compraventa, sino como ejecución de obra, ya que el objeto del contrato sería la especificación, es decir, la transformación del pienso y las energías en ese aumento de peso. En cuyo caso ésta sí sería una prestación principal con respecto de las otras, que serían accesorias.

Pero ese rasgo de cooperación de actividades que señalábamos, ¿lleva al contrato a un tipo asociativo? Es decir, que esas obligaciones del reponente sobre un objeto ajeno, ¿no parecen más bien las prestaciones propias de un aparcerero industrial? Esto nos lleva a examinar si se trata posiblemente de una aparcería; el contrato de reposición, ¿puede configurarse entre las aparcerías pecuarias?
