

ción aparente que—contra lo que De Gregorio pretende—no presenta para los terceros que entablan relaciones con la sociedad garantías suficientes de seguridad, puesto que en ella, incluso, puede faltar el substracto real del patrimonio.

6. Esclarecido este punto, queda ya delineado, *grosso modo*, el régimen jurídico de la sociedad irregular civil.

Otros problemas de interés se presentan, pero no del valor central de los hasta ahora estudiados, sino más bien subordinados a ellos. Entrar en su estudio implicaría salir fuera de los límites de un comentario jurisprudencial. Por otro lado, muchos de ellos son más propios de la sociedad irregular comercial y no presentan la misma trascendencia respecto a la civil (39).

Por tanto, aun sin haber tratado exhaustivamente toda la materia de la regulación de la sociedad irregular civil, creemos haber presentado un cuadro de los principales problemas que plantea y un intento de resolver los que pueden constituir un primer paso para iniciar estudios más detenidos y completos sobre el tema.

La jurisprudencia proporciona una serie de bases para construir y regular la figura, acertadas y del mayor interés. Pero es necesario que, a imitación de lo que se ha hecho en otros países e incluso en el nuestro dentro del orden comercial, los civilistas vengan a llenar las lagunas y a elaborar conceptualmente la doctrina de la sociedad irregular civil. En esta elaboración nunca puede perderse de vista el juego de los intereses y las exigencias de la equidad, pues sólo así la construcción doctrinal vendrá a tener utilidad para el juzgador y le permitirá asentar las justas decisiones en un sólido edificio dogmático.

GREGORIO JOSÉ ORTEGA PARDO

3. Contratos mixtos y unión de contratos

SENTENCIA 27 FEBRERO 1951

ANTECEDENTES.—Se convino, por escritura pública, un contrato de arrendamiento con opción de compra, que constaba de las siguientes estipulaciones: 1.ª El propietario de las dos porciones de terreno que se expresaban, arrendaba el derecho de extraer piedras para la fabricación de cales, cemento o cualquier otro material de construcción o para otros usos, existentes en las canteras abiertas o que en lo sucesivo se abran en las mencionadas fincas. 2.ª Se comprendían en el arrendamiento los hornos, a la sazón construídos en dichas fincas, los depósitos, cobertizos y demás construcciones e instalaciones en ellas existentes. 3.ª El arrendatario quedaba facultado para explotar las canteras actualmente abiertas y abrir otras en los lugares que se de-

(39) Así, por ejemplo, el derecho de disolver la sociedad comercial irregular que a los socios pueda corresponder. (Vid. sobre este particular, el sugestivo estudio de SALANDRA, en la op. últ. cit., págs. 185-191), que en el ámbito civil habría de resolverse—de acuerdo con el artículo 1.279—en una facultad de cada socio para compeler a los demás al cumplimiento de las exigencias formales necesarias para transformar en regular la sociedad.

terminaban, así como para construir hornos en los sitios fijados, exceptuándose del derecho de extracción todo el terreno destinado a viñedo. 4.ª El arrendatario se obligaba a indemnizar los daños y perjuicios que causara en árboles, cosechas, conducciones de agua y caminos, a causa de la explotación de las canteras o de cualquier otro trabajo de la industria establecida en los terrenos arrendados. 5.ª El arrendatario quedaba expresamente facultado para levantar edificaciones, practicar excavaciones y construir instalaciones y vías de transporte, que estimara conveniente, en el terreno arrendado, así como para modificar las existentes y destinarlas al uso que le conviniera, incluso a vivienda. Pero no podría derribar las construcciones existentes sin permiso escrito del arrendador, obligándose éste—en cuanto esté dentro de su derecho— a no poner dificultades a que el arrendatario utilizara el agua de la acequia que atraviesa el terreno arrendado, para destinarla a la industria de fabricación de los materiales de construcción que arranque de las fincas descritas, no respondiendo de evicción por las reclamaciones de terceros que se formulen por tal motivo. 6.ª El arrendamiento se otorgaba por el plazo de cinco años, prorrogable a la sola voluntad del arrendatario, de cinco en cinco años, nueve veces consecutivas, si un año antes de expirar el plazo o prórroga, a la sazón vigente, no manifestaba aquél, mediante acta notarial, su propósito de darlo por terminado. 7.ª Los gastos y mejoras hechas en las fincas arrendadas pasarían a formar parte de la propiedad del arrendador. 8.ª El arrendatario podría, durante la vigencia del contrato, subarrendar, ceder o traspasar los derechos que por el mismo adquiría, respondiendo subsidiariamente del cumplimiento de las obligaciones del subarrendatario. 9.ª La renta convenida era de una peseta por tonelada de cal u otro producto elaborado con la piedra extraída de las canteras, o de cincuenta céntimos, también por tonelada de piedra, si ésta no se destina a la fabricación de cal o cemento, debiendo, en todo caso, pagar el arrendatario la cantidad de cien pesetas mensuales, aunque no llegue a esta suma la que corresponda al arrendador por los materiales extraídos durante el mes. 10.ª Para mientras esté en vigor el arriendo, el arrendador concede al arrendatario, y a quien su derecho tuviera, la opción de compra de las dos porciones de terreno objeto del contrato por el precio de 40.000 pesetas. El arrendatario podrá en cualquier momento hacer uso de la opción de compra que se le concede, y sólo deberá avisar al arrendador con un mes de anticipación como mínimum.

Inscrito el arrendamiento en el Registro de la Propiedad, se vendieron las dos porciones de terreno arrendadas y, más tarde, en uso de las facultades que para ello le concedía la estipulación 8.ª del contrato, el arrendatario cedió en favor de una Sociedad los derechos y acciones dimanantes de la escritura de arrendamiento.

Con el fin de hacer uso del derecho de opción de las dos fincas objeto del arrendamiento, la entidad cesionaria requirió notarialmente al nuevo propietario, notificándole su propósito de comprar aquéllas, y transcurrido con exceso el plazo de un mes, entabló demanda pidiendo que se dictara sentencia, condenando al demandado—como continuador de la personalidad contractual de su causante—a otorgar, en el plazo de ocho días, a partir del en que adquiriera firmeza la resolución, en favor de la entidad demandante escritura de compra-venta de las dos fincas por el precio convenido (40.000 pesetas), que debería

serle entregado en el acto del otorgamiento de la correspondiente escritura pública. También se solicitaba que se comprendiera en la venta el derecho a lizar 5.000 litros diarios de agua del caudal que circula por la acequia que atraviesa la finca en cuestión y lo demás que se menciona en los arts. 346 y 334 del C. c.

Seguido el juicio en todos sus trámites, el Juzgado estimó la demanda, condenando al demandado a que en el plazo de ocho días desde que sea firme la sentencia, otorgue escritura de compraventa, a favor de la actora, de las dos porciones de terreno por el precio de 40.000 pesetas, en los mismos términos que consta en la escritura de arrendamiento, comprendiéndose en tal venta los hornos, depósitos, construcciones y cobertizos, así como el derecho a utilizar 5.000 litros diarios de agua del caudal que circula por la acequia que atraviesa la finca, sin perjuicio de que el sobrante de esa cantidad sea utilizable por el demandado, haciendo para ello las obras oportunas en la referida acequia y estableciendo el correspondiente módulo.

Interpuesta apelación por el demandado, la Audiencia revocó la sentencia apelada, absolviéndole de la demanda contra él formulada por la actora, a la que condenó a que esté y pase por la declaración que hace la Sala, de que es nulo, con todas sus consecuencias legales y únicamente en lo que se refiere a la mención del pacto de opción de compra consignado en la estipulación 10.ª de la escritura de arrendamiento, el asiento de inscripción de dicho arrendamiento, así como también las sucesivas reinscripciones, en lo que se refiere a aquella mención exclusivamente.

Formalizado recurso de casación por parte de la actora, el Tribunal Supremo, en atinada sentencia, de la que es ponente el Magistrado D. Manuel Ruiz Gómez, lo admitió con base en los siguientes

CONSIDERANDOS.—1.º Que al pasar de la abstracción de las normas a la realidad social, las fórmulas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes, fin de los contratos se propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes, y a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales, previstas por la Ley o por la teoría, a la variedad de las necesidades y deseos que pueden presentarse en la realidad, responde el art. 1.255 del Código civil.

2.º Que una de las manifestaciones de la libre adaptación indicada es la posibilidad de fusión de dos formas contractuales de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto; pero que también pueden unirse, por la voluntad de los interesados, insertando una de ellas como condición, estipulación, antecedente o complemento de la otra, quedando confundidas en un solo contrato (mixto) por la unidad del fin, no del formal de las relaciones jurídicas derivadas del convenio, sino del real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas, causa para cada uno de ellos, en los onerosos, como es el de autos, según el artículo 1.274 del Código civil.

3.º Que de esa posible fusión de formas típicas y atípicas, no sólo por la voluntad de los interesados, mirando a la unidad del fin económico, sino por disposición de la ley, proporciona demostración práctica el Código civil, al regular, por ejemplo, el retracto convencional, en el que fusiona en uno dos contratos: el de la primera compraventa, actualmente perfeccionada por el mismo contrato, y el de la promesa de venta del comprador al vendedor, obli-

gación correspondiente al derecho de retracto, y la enfiteusis, cuyo derecho de redención a favor del censatario equivale a la promesa del censalista de ceder su dominio directo mediante el pago por aquél de lo fijado para la redención.

4.º Que en la notoria convergencia legislativa del arrendamiento de inmuebles con la enfiteusis, que ha llegado a reconocer en aquél los derechos de tanteo, retracto y aun de una especie de laudemio en ciertos casos (artículo 51 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), el derecho de opción a favor del arrendatario, comb pacto todavía voluntario, cumple el mismo fin que el de redención en la enfiteusis, de asegurarle la posibilidad de adquirir el predio mejorado por su constante trabajo durante un largo plazo, como es el de cincuenta años, por prórrogas de cinco en cinco años, a voluntad del arrendatario, derecho cuya compensación debe entenderse comprendida en la contraprestación impuesta al arrendatario del precio del arrendamiento.

5.º Que estimada, por las razones expuestas, la imposibilidad de separar del contrato de arrendamiento el derecho de opción a favor del arrendatario, convenido en la cláusula 10 de dicho contrato, la sentencia recurrida, cuyo fallo se funda exclusivamente en la consideración de constituir aquella cláusula un contrato independiente y sin relación alguna con el arrendamiento, en el que ésta se inserta, infringe el citado artículo 1.255 del Código civil, negando la libertad de los contratantes a pactar, como estipulación especial del arrendamiento, el derecho de opción, que no es contrario a las leyes, a la moral ni al orden público, y que, lejos de ello, pudiera llegar a considerarse como un pacto natural y propio del arrendamiento a largo plazo.

6.º Que estimado el derecho de opción como uno de los convenidos en el contrato de arrendamiento, por la cláusula 10 del mismo, inscrito íntegramente en el Registro de la Propiedad, según nota de inscripción puesta por el Registrador al pie del documento, sin salvedad de suspensión ni denegación de inscripción de nada de su contenido, se demuestra que la opción de compra, a la que se extendía el derecho de arrendatario, fué inscrita, cumpliendo lo dispuesto en el artículo 9.º, núm. 2, de la Ley Hipotecaria, y la sentencia recurrida, al estimar que la inscripción no debió expresar esa circunstancia que señalaba la extensión del derecho del arrendatario, infringe el precepto legal citado, por su errónea interpretación, nuevo motivo para dar lugar al recurso, sin necesidad de examinar los demás alegados.

FALLO.—Ha lugar.

En su segunda sentencia, el Tribunal Supremo falló lo siguiente: 1.º Que el demandado está obligado a vender a la actora, que puede comprarlas, las dos porciones de terreno descritas en la escritura de arrendamiento, por el precio de 40.000 pesetas. 2.º Que en dicha compraventa deben entenderse comprendidos los hornos, depósitos, cobertizos y demás construcciones existentes en las dos porciones de terrero existentes en la misma. 3.º Que en la expresada venta no se comprenderá derecho alguno al uso de aguas procedentes de otros predios. 4.º Que no ha lugar, en la transmisión de las porciones de terreno expresadas, a reserva alguna, a favor del demandado, de dominio sobre agua, cauce, cajeros y márgenes de acequias y acueductos que las crucen, ni de

constitución de servidumbre perpetua de acueducto. 5.º Que no ha lugar a la revisión, liquidación y pago de rentas del arrendamiento vencidas desde 1 de abril de 1939 hasta el 30 de noviembre de 1942, sin perjuicio del derecho del demandado respecto a las vencidas posteriormente a la última fecha señalada. 6.º Que no ha lugar a la declaración de nulidad de parte alguna de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de arrendamiento.

Todo ello en méritos de la siguiente doctrina :

a) Que inscrito el arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario, como se dice en la anterior sentencia, cuando el demandado adquirió lo arrendado, surtía sus efectos contra éste, y, en consecuencia, es procedente el ejercicio del derecho de opción en la demanda presentada por la actora, como causahabiente por compra también inscrita del anterior arrendatario, razones que asimismo imponen desestimar la demanda de nulidad de la última inscripción, presentada por el demandado y acumulada al pleito promovido por la actora.

b) Que estando vigente el arrendamiento al presentar la demanda la actora, lo estaba también el ejercicio derecho de opción, porque éste, según la cláusula 10 del contrato inscrito, se convino «... para mientras estuviese en vigor el arriendo», y éste lo estaba, no por prórroga tácita o legal a que se refiere el último párrafo del artículo 14 del Reglamento Hipotecario, sino por prórroga expresamente convenida en el contrato en su cláusula 6, que también tuvo su expresión, como se ha demostrado, en la inscripción del arrendamiento.

c) Que en cuanto a la extensión del derecho de opción respecto a su objeto, éste, según la cláusula 10 del contrato, se concedía para «... la compra de las dos porciones de terreno objeto del arrendamiento», y como el artículo 1.007 del Código civil dispone que la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados, y accesorios de aquellas determinadas porciones de terrenos son, por disposición general del artículo 353 del mismo Código, los hornos, depósitos, cobertizos y demás construcciones adheridas a dichas porciones, acciones que, comprendidas también en el arrendamiento, según la estipulación 2.ª del contrato, deben entenderse también comprendidas en el derecho de opción de compra ejercitado en la demanda de la Sociedad.

d) Que si bien en la súplica de la demanda se pide se comprenda en la venta a que se refiere el derecho de opción, el de seguir utilizando las aguas a que se refiere el pacto 5.º del contrato de arrendamiento, es lo cierto que en tal pacto no se otorgó por el arrendador en el contrato derecho definido alguno al uso de aguas, ni en cuanto al objeto, pues no se fijaba cantidad, tiempo, origen ni uso determinado y preciso : ni en cuanto al título, ni al propio derecho del arrendatario, ya que nada se decía de ellos : ni al derecho que el arrendatario supone fué otorgado, porque la única significación que puede atribuirse en derecho a la frase de «no poner dificultades» al uso de agua no determinada es la de una obligación de no hacer, pero de ninguna manera la de otorgar un derecho cierto y determinado al uso de ciertas aguas, y como esa obligación de no hacer, personal del arrendador, se ha de extinguir por confusión (artículo 1.192 del Código civil) al desaparecer la persona de dicho arrendador por reunirse con la del arrendatario, al adquirir éste la propiedad de lo

arrendado, mediante el ejercicio de su derecho de opción de compra, es improcedente la demanda, en cuanto a la petición indicada.

e) Que el demandado no ha acreditado el dominio y ni siquiera la existencia de las casas sobre las que dice tener tal derecho, cuya reserva pide, por reconvencción, en la súplica de la demanda, reserva, por ende, improcedente, como también lo es la que pide respecto a la constitución, conforme al artículo 85 de la Ley de Aguas, de servidumbre perpetua de acueducto, cuyo establecimiento, de tener derecho a ella, se regularía, en primer lugar, por lo previsto en el Código civil (artículos 557 y sigs.), como dispone el 503.

f) Que probado el pago por la actora de las rentas vencidas por razón del arrendamiento, es improcedente la reconvencción del demandado respecto a la revisión, liquidación y pago que solicitó.

COMENTARIO

1. Con el fin de penetrar en todo su alcance la doctrina sentada en el primer considerando de esta importante sentencia de nuestro más Alto Tribunal, nos será muy útil referirnos, siquiera a grandes trazos, a la distinción entre el supuesto de hecho abstracto o legislativo y el supuesto de hecho concreto, corrientemente presentada por los autores (1).

Supuesto de hecho (*Tatbestand, fattispecie*) es el complejo de los elementos necesarios para la producción de uno o más efectos jurídicos. Supuesto de hecho abstracto es el previsto hipotéticamente por la norma, es decir, su premisa mayor, como tal genérica, comprendiendo abstractamente, por tanto, todo un conjunto de casos posibles. El supuesto de hecho concreto, o mejor aún, los diferentes supuestos concretos, ya que ninguno de ellos es exactamente igual a otro (tan cambiantes son como los propios hechos), son los de la vida jurídica, los producidos por el *ius vivens* en su continuo y multiforme devenir histórico: con otras palabras, son los que realizan y concretan, de modo siempre diferente, en el espacio y en el tiempo, la hipótesis genérica contenida en el supuesto de hecho abstracto, a manera de premisa menor, para conservar la clara terminología escolástica.

Cierto que cada *factum* de la realidad sólo muy remotamente se corresponde con el supuesto de hecho hipotizado de forma incolora por la ley, pero, a través de un proceso de simplificación (momentáneo y limitado al fin normativo), que lleva a prescindir de los elementos menores y a servirse tan sólo de los más salientes, todos y cada uno de los supuestos reales o concretos son encuadrados en el esquema abstracto de determinado supuesto de hecho típico o legislativo (2).

(1) Vide, entre otros, SCHNORR V. CAROLSFELD, *Beiträge zur Lehre v. Vergleich*, Breslau, 1929, pág. 152; RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milán, 1939, páginas 3-4; ORTEGA, *Quasi-contratos atípicos*, en este ANUARIO, t. I, fase, 2, págs. 513-514.

(2) RUBINO (op. et loc. cit.) y, tras de él, ORTEGA (op. et loc. cit.) distinguen aun el supuesto de hecho concreto—que en su opinión consiste en un supuesto de hecho correspondiente al abstracto, mas pensado en su devenir histórico—de los supuestos de hecho reales. El supuesto de hecho concreto, por un lado, se separaría del supuesto de hecho legislativo por no ser concebido como parte constitutiva de la norma, y, por otro, se aproximaría al mismo porque también el supuesto de hecho concreto es simplemente pen-

La uniformidad y constancia de muchas de las necesidades que determinan los hombres a contratar, hicieron surgir en el curso de la historia modelos o tipos de contrato que la ley recogió, dibujando en abstracto sus contornos y sus efectos (3). Son los contratos nominados—sujetos a una disciplina propia y normalmente dotados de un *nomen iuris*—tipificados legislativamente (4).

Las codificaciones modernas, en efecto, con su elenco de figuras contractuales típicas, al contrario de las compilaciones romanas que preferentemente tienen el carácter de verdaderas colecciones de decisiones jurisprudenciales sobre casos prácticos, surgen como complejos de normas de conducta y tienen un valor abstracto (5). Por ello, las normas jurídicas dictadas para cada tipo de contratos sólo sirven para regular los supuestos de hecho concretos que, por la identidad de sus elementos esenciales, correspondan a los supuestos de hecho abstractos o legales (6).

La sentencia en examen, haciéndose eco de la distinción que venimos refiriendo, declara que «al pasar de la abstracción de las normas a la realidad social, las fórmulas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes, fin de los contratos, se propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes, añadiendo que a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales previstas por la ley

sado y, en cierto sentido, una abstracción, no creada *ex lege* como el supuesto de hecho legislativo, sino inducida por el intérprete a partir de todos los posibles supuestos de hechos reales.

Siguiendo a ELTZBACHER (*Handlungsfähigkeit*, vol. I, Berlín, 1903, págs. 18 y sigs.), creemos que, a nuestro objeto, no se debe distinguir entre el supuesto de hecho concreto y el supuesto de hecho real, y que tranquilamente se pueden atribuir al primero las características propias del segundo. Por ello asimilamos en el texto los supuestos de hecho reales y los supuestos de hecho concretos.

(3) Cfr. GALVAO TELES, *Dos contratos em geral*, Coimbra, 1947, pág. 324.

(4) GRASSETTI (*L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti*, Padua, 1938, págs. 167-168) distingue entre *tipicidad social* y *tipicidad legislativa*: la primera tiene por base las concepciones dominantes en la conciencia social de la época, y es individualizada por obra de la doctrina (recuérdese que la sentencia en examen habla también de «formas contractuales previstas por la teoría» junto a las previstas por la ley); la segunda tiene por base una esquematización fijada mediante calificaciones técnico-legislativas, y es individualizada por obra de la legislación.

La última es la única que tiene relevancia a efectos de saber si un determinado contrato es nominado (típico) o no. No basta que tenga un *nomen iuris* (puede no tenerlo y ser típico por estar dotado de regulación legal específica) ni que esté tipificado socialmente por obra de la doctrina científica (y de la jurisprudencia, según entiende MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3.ª ed., Milán, 1948, pág. 213, nota 2) (y de la costumbre—usos sociales y convencionales—, añadiríamos nosotros), pues entonces sería innominado, si bien en cierto sentido se pudiera considerar «típicos»: así—dice GRASSETTI (*Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milán, 1936, pág. 21)—, aun cuando pueda parecer afirmación paradójica, todo negocio atípico debe corresponder a un tipo (social).

(5) Cfr. DE GENNARO, *I contratti misti*, Padua, 1934, pág. 182.

(6) En el mismo sentido, SCHREIBER, *Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht*, en *Jherings Jahrbücher*, LX (1911), págs. 216 y sigs., si bien entiende que los complejos normativos legales sólo son aplicables cuando los supuestos de hecho de la práctica coincidan exactamente, hasta en la más mínima particularidad (elementos accidentales), con los previstos por la ley. Así resulta que los supuestos de hecho abstractos vendrían a constituir en realidad meras edificaciones de casos concretos, restringiéndose en grado sumo el carácter general, lo más plástico posible, a que debe aspirar toda norma.

o por la teoría a la variedad de las necesidades y deseos que pueden presentarse en la realidad, responde el artículo 1.255 del Código civil.

De este modo, en virtud del principio de la libertad contractual, las partes pueden configurar a su gusto el contenido del contrato, es decir, se le consiente la autodeterminación de las respectivas cláusulas concretas, con tal que se respeten las normas legales imperativas de la disciplina general y particular de los contratos, la moral y el orden público e, incluso, están habilitadas para concluir contratos con finalidades prácticas no previstas por la ley (contratos innominados o atípicos).

Así, pues, los contratos típicos o nominados, en su plasticidad real, admiten sin perder su propio cuño o fisonomía la inserción de pactos, cláusulas o condiciones tendentes a modificar o enriquecer—siempre que permanezca inalterados los *essentialia negotii*—los efectos previstos en el ordenamiento. Pero, a veces, la calificación del convenio se torna difícil y hay dudas sobre si pertenece a esta o aquella categoría legal, o si constituye un puro contrato innominado.

2. Sin embargo, esa variada modelación de los contratos típicos en la vida jurídica y la amplia facultad de crear nuevas figuras contractuales, no agotan por completo el vasto campo reservado a la autonomía de la voluntad.

«Una de las manifestaciones de la libre adaptación indicada—dice el segundo considerando de la sentencia—es la posibilidad de fusión de dos formas contractuales de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto: pero que también pueden unirse por la voluntad de los interesados, insertando una de ellas como condición, estipulación, antecedente o complemento de la otra, quedando confundidas en un solo contrato (mixto) por la unidad del fin, no del formal de las relaciones jurídicas derivadas del convenio, sino del real y concreto de las recíprocas prestaciones, causa para cada uno de ellos en los onerosos, según el artículo 1.274 del Código civil».

Hay que añadir, por tanto, la fusión por la voluntad de los interesados de dos (o más) contratos autónomos (contrato mixto) y la simple acumulación o yuxtaposición de dos—o más—relaciones jurídicas contractuales (unión de contratos), que el Tribunal Supremo contrapone, describiendo las diferentes maneras de realizar aquella fusión y señalando un criterio seguro para determinar cuándo se está frente a una u otra categoría.

Examinaremos, por separado, cada una de estas cuestiones y aun otras más o menos directamente con ellas relacionadas.

3. Los contratos mixtos son aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte propias de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí. Cuando todas o algunas de las prestaciones características de dos o más contratos se encuentran en relación de recíproca *coordinación*, tendremos un negocio mixto.

Hace falta, por tanto, que las prestaciones o elementos negociales combinados tengan ya, y conserven después de la fusión, la virtud informadora del tipo legal o social a que pertenecen, pues si a la prestación principal de un determinado negocio se añade otra prestación, mas *subordinada* a la primera, no

se estará frente a un verdadero negocio mixto, sino ante un negocio puro correspondiente a la prestación preponderante. En ese caso, la mezcla no tiene ninguna autonomía; se tratará, entonces, de un *simple* negocio nominado o innominado, según los casos.

La sentencia que anotamos habla en su tercer considerando de la «posible fusión de formas típicas y atípicas». Caben, en consecuencia, todas las combinaciones factibles, que son tres: 1.^a Fusión de diferentes prestaciones, todas ellas legales; 2.^a Fusión de varias prestaciones, unas legales y otras extralegales; 3.^a Fusión de diversas prestaciones, extralegales todas.

Cuanto a la primera no hay lugar a dudas (7). Las dificultades surgen a propósito de la posibilidad de la segunda y de la tercera combinación. Pero, como observa Rubino, si bien la primera hipótesis es la que ha suscitado mayor interés, no parece exacto excluir las otras dos del concepto de contrato mixto (8), siempre que—añadimos nosotros—cada una de las prestaciones extralegales combinadas tenga y conserve la virtud informadora de un determinado *tipo social*, ya reconocido como tal—con una disciplina propia más o menos flexible—por la doctrina o jurisprudencia y consagrado por el uso, porque entonces esa tipicidad social equivale, en cierto sentido, a la tipicidad legal característica de los contratos típicos o nominados. Por ello, no es cierto que cuando se unen—en relación de mutua coordinación—elementos no pertenecientes a negocios típicos se está en presencia de un puro negocio atípico, siendo indiferente la diversidad de los elementos que lo componen si no son propios de diferentes negocios regulados por la ley (9). Como veremos más adelante, esa diversidad no es indiferente a efectos de determinar su disciplina jurídica, verificándose el requisito a que poco más arriba nos referimos.

4. Según el T. S., existen diferentes modos de llevar a cabo la fusión de todos o, por lo menos, de parte de los elementos esenciales de dos o más contratos: insertando en una determinada forma contractual elementos caracteris-

(7) Para algunos autores los negocios mixtos se reducirían a esa combinación de diferentes elementos o formas típicas. Así, según MESSINEO (op. cit., pág. 206), los contratos mixtos se componen en su totalidad de *elementos conocidos* (elementos legales), atinentes a varios contratos nominados, si bien dispuestos en combinaciones diversas de las que pueden darse dentro de los mismos. En igual sentido se pronuncia CARIOTA FERRARA (*Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Nápoles, 1948, pág. 227), según el cual existe verdadero contrato mixto solamente cuando se unen elementos cada uno de ellos pertenecientes a un negocio típico.

(8) RUBINO, *Il negozio giuridico indiretto*, Milán, 1937, pág. 52, nota 22. A su juicio pueden existir contratos mixtos aun con la simple combinación de prestaciones todas ellas atípicas. Lo mismo opina ASCARELLI, *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donacione*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1930, II pág. 465. Por el contrario, según ORTEGA (*Donaciones indirectas*, en este ANUARIO, t. II, fasc. 3, págs. 955-956), en el negocio mixto existe una mezcla de elementos legales, o legales y extralegales, pero no solamente extralegales, pues si todos los elementos fuesen atípicos el resultado sería un negocio innominado.

De acuerdo; pero el negocio formado por la combinación de dos o más formas atípicas ya consagradas por el uso, es decir, con tipicidad social (vide supra, nota 4), no se identifica con el puro negocio innominado totalmente nuevo, que ni siquiera tiene aún esa tipicidad social. Como veremos, ello tiene extraordinaria importancia a la hora de reconstruir su compleja disciplina. Vale la pena, pues, continuar hablando en este caso de negocio mixto.

(9) Así lo cree CARIOTA FERRARA, op. cit., pág. 227.

ticos de otra u otras formas contractuales, como a) condición, b) estipulación, c) antecedente o d) complemento de la misma, quedando confundidas en un solo contrato por la unidad del fin. Como se ve, la enumeración, por su gran elasticidad, puede decirse que es exhaustiva.

En cualquiera de los casos, las prestaciones o elementos correspondientes a varios moldes contractuales se conjugan o agremian entre sí en orden a la realización de una función práctica *unitaria*. El contrato mixto es, pues, un solo contrato y no se identifica con la unión o pluralidad de contratos, a la que en el lugar oportuno haremos una referencia más detallada.

5. Es muy delicado el problema de la posición de los contratos mixtos respecto de las dos grandes categorías constituidas, de una parte, por los contratos típicos o nominados, y de otra, por los atípicos o innominados.

Algunos autores, como Cariota Ferrara (10), Messino (11) y Galvão Telles (12), comprenden los contratos mixtos en el ámbito de los innominados, manteniendo la clasificación bipartita, que quedaría establecida del siguiente modo:

- 1) Contratos nominados.
- 2) Contratos innominados *lato sensu*.
 - a) Contratos innominados puros.
 - b) Contratos innominados mixtos.

Estos últimos constituirían un grupo *a se stante* dentro de los contratos innominados, perfectamente individualizable.

No participamos de esa opinión. A nuestro juicio: hay lugar para un *tertium genus* intermedio o híbrido, que forma una categoría autónoma con valor teórico y práctico, por estar sujeta a un régimen jurídico propio y, en consecuencia, munida de defectos jurídicos peculiares (12 bis).

Esto nos lleva como de la mano a tratar, siquiera muy sumariamente, del problema de la disciplina jurídica del contrato mixto.

6. A este propósito, en la doctrina se debaten el campo las tres conocidas teorías de la absorción (*Absorptionstheorie*) (13), de la aplicación analógica (14)

(10) Op. cit., págs. 227-228.

(11) Op. cit., pág. 226.

(12) Op. cit., págs. 326-327.

(12 bis) En el mismo sentido ORTEGA (*Donaciones indirectas cit.*, págs. 956 y 963): «Hay que sostener decididamente—afirma—que negocio mixto y negocio atípico forman dos categorías distintas: toda equiparación entre ambas carece de base científica». Contra: ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, en *Studi di Diritto commerciale in onore di C. Vicante*, vol. I, Roma, 1911, pág. 37, donde habla genéricamente de «contrato atípico, mixto o innominado».

(13) Vide, especialmente, LOYMAR, *Der Arbeitsvertrag*, vol. I, Leipzig, 1908, págs. 193 y siguientes, y ASQUINI, *Parte generale del trasporto terrestre di persone*, Padua, 1915, páginas 69 y sigs. Sobre esta teoría vide DE GENNARO, op. cit., págs. 173 y sigs y bibliografía ibi cit.

(14) SCHREIBER, op. cit., esp. págs. 111 y sigs. y 209 y sigs.; ARCANGELI, *Il servizio bancario delle cassette-forti di custodia*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1906, I, págs. 101 y siguientes, esp. núms. 11-13; LA LUMIA, *I depositi bancari*, Turin, 1913; *Contratti misti e contratti innominati*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1912, I, págs. 719-724; FUBINI, *Il con-*

y de la combinación (*Kombinationstheorie*) (15), no faltando tampoco quienes postulen un cómodo eclecticismo (16).

Según la primera, lo decisivo para individualizar las normas aplicables al contrato mixto es el elemento preponderante: su disciplina vendría dada por las normas que regulan el elemento que imprime carácter a todo el contrato. Para la segunda teoría, los contratos mixtos se deben equiparar a los contratos innominados puros, sujetándolos, por ende, a la disciplina propia de los mismos: aplicación directa de las disposiciones generales sobre los contratos, aplicación analógica de las disposiciones especiales relativas al contrato nominado que más se asemeje al contrato a disciplinar y, como recurso último, la analogía *iuris*. Para la tercera teoría, la disciplina jurídica del contrato mixto es la resultante de la combinación de las normas establecidas para cada uno de los negocios concurrentes y fusionados entre sí. Por último, la posición ecléctica se reduce a aplicar las diferentes teorías, según los casos (17).

A nuestro modo de ver es preferible adoptar la teoría de la combinación. La primera (teoría de la absorción) tan sólo es aplicable a los casos en que, según dejamos escrito más arriba, no existe verdadero propio contrato mixto, o sea cuando los elementos conjugados no están en relación de mutua coordinación, sino de subordinación, asumiendo uno de ellos el papel de elemento dominante frente a los demás. Como se recordará, en nuestra opinión, se requiere siempre para que haya *contrato mixto* que los diversos elementos combinados estén en un pie de igualdad.

La teoría de la aplicación analógica prescinde por completo de un factor importantísimo, que es el representado por la tipicidad legal o social de las

tratto li locazione di cose, vol. II, 2.ª ed., Milán, 1917, págs. 553 y sigs.; *Contribución al estudio de los contratos complejos (llamados mixtos)*, en *Revista de Derecho privado*, 1931, páginas 1 y sigs.; DUALDE, *La materia contractual única*, en el *Libro homenaje al profesor D. Felipe Clemente de Diego*, Madrid, 1940, págs. 25 y sigs., si bien manteniendo una postura original.

(15) HÖNIGER, *Vorstudien zum Problem des gemischten Verträge*, Freiburg, 1906, páginas 28 y sigs.; *Die gemischten Verträge in ihren Grundformen*, Mannheim-Leipzig, 1910; MESSINA, *Scritti giuridici*, vol. I, *Negozi fiduciari*, Milán, 1948, págs. 89-90; MOSSA, *Il contratto di somministrazione*, Roma, 1915, pág. 122 nota 68; DE GENNARO, op. cit., págs. 182 y sig., si bien con restricciones. En cierta medida la aceptan también ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol. 2, págs. 5 y sigs., y OERTMANN, *Kommentar zum B. G. B.*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlín, 1929, pág. 552.

(16) Como, por ejemplo, LEONHARD, *Allgemeines Schuldrecht des B. G. B.*, vol. I, páginas 325 y sigs., según el cual se debe acoger ambos métodos (el de la absorción y el de la combinación), empleando ya uno u otro, conforme la diversa combinación de elementos que se encuentre en la hipótesis a regular. Para ASCARELLI (*Contratto misto* cit., páginas 465 y sigs.), el principio de la combinación debe aplicarse en el contrato mixto cuando no sea posible llegar a la absorción, por la imposibilidad de determinar cuál de las prestaciones es la principal.

(17) Posición bastante personal es la de ORTEGA, quien declara que «no se trata de aceptar una cómoda postura ecléctica: el contrato mixto es un fenómeno complejo compuesto de diversos elementos contractuales, y es natural que su disciplina—también compleja—no pueda determinarse por un único criterio, que puede resultar simplista». Como criterio general acepta el de la combinación, propugnando el recurso al principio de la aplicación analógica tan sólo para cuando algunos de los elementos del negocio mixto sean atípicos; el principio de la absorción, o mejor aún, el de la «exclusión», jugaría en materia de requisitos de capacidad, forma e ineficacia (*Donaciones indirectas* cit., páginas 965-967).

funciones prácticas de cada uno de los negocios fundidos, con sus respectivos complejos normativos fijados por la ley o por las demás fuentes del Derecho (jurisprudencia, costumbre, usos negociales). Esos complejos se presentan como algo previamente dado que no se puede ignorar a la hora de reconstruir la disciplina jurídica del contrato mixto, tanto si exclusivamente está formado por la mezcla de formas típicas, como si lo está por la fusión de formas típicas y atípicas o, incluso, tan sólo atípicas ya conocidas, so pena de identificarlo, en cualquiera de sus tres posibles combinaciones, con el negocio totalmente nuevo, que ni siquiera tiene aún tipicidad social, como no sea en sentido negativo (no corresponderse con ninguno de los moldes contractuales consagrados extralegalmente).

Concluyendo, pues, el contrato mixto, como negocio constituido por la *combinación* de diversos elementos o formas negociales típicas y atípicas ya *conocidas*, tiene una unívoca disciplina peculiar que consiste en la combinación de las normas legales o extralegales pertinentes a los varios moldes que, fundidos, componen el contrato. Claro es que el juez o el intérprete deben, ante todo, acudir a la autorregulación de los intereses libremente escogida por las partes (arg. art. 1.255 C. c.) (17 bis), y sólo en su defecto o falta podrán recurrir al método de la combinación. Únicamente nos resta advertir que con él no queremos significar una combinación meramente mecánica, sino, más bien, la combinación hecha con criterio orgánico, «mirando a la unidad del fin económico», para repetir palabras del Supremo, porque—conviene tenerlo muy en cuenta—el contrato mixto es *síntesis* y no *suma* de diversos elementos negociales.

7. Veamos ahora qué criterio debe seguirse para determinar cuándo se está frente a una síntesis de dos o más formas contractuales (contrato mixto) o frente a una mera suma o acumulación de varios negocios (unión de contratos).

Ante todo debe advertirse que el concurso de varios negocios se ofrece como *extrema ratio*: lo normal será la unidad de las relaciones establecidas *inter partes*. Admitida ampliamente la categoría general de los contratos mixtos, hay que procurar comprender dentro de ella toda posible combinación de formas contractuales, rechazando en principio la pluralidad de negocios como resultado, a menos que exista alguna íntima razón contraria a la unificación jurídica de los diversos elementos, porque ésta tiene casi siempre a su favor el sentido lógico, el substrato económico y la utilidad práctica (piénsese, por ejemplo, en las eventuales ventajas del contrato único a efectos fiscales y, sobre todo, registrales, tan decisivos en el caso de autos). Puede decirse con Schreiber que normalmente las partes tienen un interés digno de tutela en la unidad del negocio (18).

Al margen de esa directriz general favorable a la unidad del complejo negocial, resulta difícilísimo en teoría sentar un seguro criterio distintivo, válido para todos los casos de la realidad.

Los criterios formales fallan. En efecto, la unidad de acto y la unidad del documento contractual son irrelevantes, pues no se debe excluir que *uno actu*

(17 bis) En sentido análogo. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, t. III, 6.ª ed. revisada, Madrid, 1944, pág. 404, quien recoge afirmaciones de ENNECERUS.

(18) *Op. cit.*, pág. 115.

o bajo un solo documento se concluyan dos o más negocios y, viceversa, que un mismo negocio se realice en dos momentos consecutivos o quede plasmado en más de un documento (basta pensar en la llamada reproducción del negocio jurídico) (19). Sin embargo, podrán constituir en muchos casos un indicio o principio de prueba.

También el recurso a la voluntad de las partes, presentada por algunos autores como decisiva (20), tiene una utilidad muy relativa, pues por regla general los contratantes no prevén la cuestión o no se cuidan de exteriorizar su voluntad sobre este punto.

Tampoco es prueba de la unidad la circunstancia de ser común el objeto. Esto lo reconoce implícitamente el T. S. cuando en vía hipotética admite «la posible coexistencia separada de dos formas contractuales, aun recayendo sobre el mismo objeto», que a seguir considera como unión externa de las relaciones jurídicas derivadas del convenio por la unidad del fin *formal* (objeto). Y, en verdad, que sobre una misma cosa pueden recaer distintos contratos *materialmente* (intrínsecamente) independientes entre sí, pero unidos *formalmente* (externamente) por la comunidad de su objeto.

Quedan, pues, como únicamente utilizables los criterios basados en los restantes elementos objetivos: retribución o equivalente y causa.

Según el primero, la unidad del contrato se inferiría del hecho de existir una contraprestación única frente a dos o más prestaciones características de otros tantos contratos, y la pluralidad de contratos autónomos cuando para cada prestación se fijase una retribución especial.

Así formulado, no parece que sea un criterio estable ni seguro. Con razón observa De Gennaro (21) que la unidad de contraprestación no determina sin más la unidad del contrato; será en todo caso un elemento de juicio no apreciable, pues, por lo general, los contratantes suelen establecer la contraprestación conforme a su deseo sobre la unidad o pluralidad del negocio: si sólo se pacta una contraprestación, el contrato será único, salvo prueba en contrario; si se estipulan varias contraprestaciones, habrá pluralidad de contratos, a no ser que se pruebe su unidad.

A primera vista pudiera parecer que éste fué el criterio seguido por el Supremo al enjuiciar la posible unidad o pluralidad del contrato de autos: un arrendamiento de inmuebles con pacto de opción anexo (como se recordará, se discutía si formaban *dos* contratos separados recayentes sobre igual objeto, unidos formalmente en el mismo documento, o *un* negocio mixto, integrado por un contrato típico—arrendamiento—y otro atípico—opción—inseparables). En efecto, tras de sentar la doctrina de que en el negocio mixto las diversas formas contractuales quedan confundidas en un solo contrato por la unidad del fin real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas de los interesados, causa para cada uno de ellos en los contratos onerosos, según el artículo 1.274 C. c., el T. S. subraya con especial empeño en el cuarto considerando que la compensación del derecho de opción debe entenderse comprendida en la

(19) Vide DR. BONO, *Dichiarazione riproduttiva (Contributo alla teoria del documento contrattuale)*, Milán, 1948. Cfr. también GORLA: *La riproduzione del negozio giuridico*, 1933.

(20) HÖNSIGER, *Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge* cit., pág. 23; SCHUBERT: *Op. cit.*, pág. 114 y sig.

(21) *Op. cit.*, págs. 50-51.

contraprestación impuesta al arrendatario (precio del arrendamiento o alquiler). De esta suerte, cabría pensar que lo que movió al Supremo a decretar la imposibilidad de separar del contrato de arrendamiento el derecho de opción a favor del arrendatario fué el hecho de existir una contraprestación única, que según se desprende del mencionado artículo 1.274, combinado con el 1.261, 3.º, constituye la causa de las obligaciones establecidas a cargo del arrendador. Pero, propiamente, el T. S. hace uso del concepto de *causa de la obligación* —referido preferentemente al arrendador—, que según nuestro Derecho coincide en el caso de autos en la prestación de la otra parte (contraprestación del arrendatario: alquiler).

El Supremo está, pues, en la pista del único criterio que puede ofrecer alguna seguridad: la *causa mixta*. Basta situarse en el ángulo visual opuesto, es decir, contemplar el convenio desde el punto de vista del arrendatario-optatario. Para éste la causa de su obligación (pago de las cantidades estipuladas) es —según el art. 1.274, teniendo en cuenta, además, el 1.543 y la disciplina social del contrato de opción— la promesa del arrendador de darle el goce o uso de las fincas por el tiempo convenido y de vendérselas cuando quisiera por el precio fijado. Nos encontramos, por tanto, con dos promesas interdependientes frente a una contraprestación única: o sea ante un contrato mixto de comixión bilateral o sinalagmática (no simplemente unilateral), y ello porque, de un lado, existe fusión de las dos posibles contraprestaciones en una sola contraprestación y, de otro, fusión de las dos promesas referidas, que están en íntima conexión causal, pues causa de la obligación del arrendatario no es apenas la promesa de recibir en goce la cosa arrendada, sino también, y conjuntamente, la de poder adquirirla por compra a su voluntad y por el precio estipulado. Muy posiblemente una sola de ellas no hubiera sido bastante para mover a concluir el convenio: sin el derecho de opción el arrendatario no habría aceptado el arriendo, y sin éste el arrendador no habría otorgado la opción.

Hace falta dar un paso más, y ascender del fin (subjetivo) real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas de cada una de las partes contratantes (causa de la obligación) al fin (objetivo) abstracto y genérico del contrato considerado en su conjunto (causa del contrato o función económico-social del mismo) (22). Y entonces se descubrirá o una *pluralidad de causas*, señal clara de que bajo la apariencia de un contrato único se esconden varios contratos (tantos como causas), o una *causa mixta o compleja*, resultante de la combinación de las causas correspondientes a los elementos de dos o más negocios típicos o atípicos, que justifique la unidad del contrato, a pesar de la plurali-

(22) Como observa DR GENNARO (op. cit., pág. 33 y nota 1 *in fine* de la misma página), refiriéndonos a la causa de la obligación, no podríamos nunca hablar de causa (en singular) de un determinado contrato, sino que en todo contrato deberíamos encontrar varias causas correspondientes a cada uno de los elementos constitutivos del contrato mismo. Esta heterogeneidad sólo puede ser superada cuando se considere que el concepto de *causa de la obligación* no constituye el concepto primario y fundamental, sino que es un significado trasladado de la causa del contrato. La causa, como *motivo último* de la asunción de las dos obligaciones contractuales, no es otra cosa que el fin objetivo (*causa en sentido propio*) del contrato, contemplado desde el punto de vista de cada uno de los contratantes, es decir, fraccionado en sus necesarios elementos constitutivos, que las dos prestaciones o promesas que se quieren cambiar plenamente reflejan.

dad de prestaciones o promesas. Existirá esa causa cuando las partes puedan conseguir a través del contrato, no uno, sino varios fines *conexos y coherentes*, sin lo cual se tornaría de nuevo a la pluralidad de causas y, consiguientemente, a la pluralidad de contratos.

Y preciso es reconocer que no tiene nada de chocante que la opción concorra con el arrendamiento en estrecha interdependencia y en relación de mutua coordinación, insertando la primera como estipulación especial del segundo, al amparo del principio de la libertad contractual (art. 1.255), como pacto atípico voluntario no opuesto a las leyes, a la moral y al orden público, y que lejos de ello—como dice la sentencia en examen en su quinto considerando—pudiera llegar a considerarse como un pacto natural y propio del arrendamiento a largo plazo, por lo que el T. S., muy acertadamente, rebate el fallo del Tribunal *a quo*, fundado exclusivamente en la consideración de constituir aquella cláusula un contrato independiente y sin ninguna relación con el arrendamiento, estimando la imposibilidad de separar del contrato de arrendamiento el derecho de opción convenido a favor del arrendatario.

Excluidos los criterios puramente formales (*unitas actus* y unidad del documento contractual), el criterio voluntarístico y los criterios basados en la unidad del objeto y de la contraprestación, como poco seguros o improbables, resta como único criterio aprovechable el de la causa del contrato, que es el más simple, puesto que donde haya causa única, siquiera compleja, se puede afirmar que existe unidad de contrato y, por el contrario, siempre que hay pluralidad de causas existirá pluralidad de contratos (23).

8. Como dijimos, de los contratos mixtos debe distinguirse la unión o pluralidad de contratos. En ésta, los contratos conservan su autonomía: se acumulan o yuxtaponen, no se funden o mezclan. Dentro de la amplia categoría de la unión de contratos cabe separar dos grandes grupos:

A) La unión meramente formal, externa o aparente, que resulta del hecho fortuito de haberse concluido los contratos en la misma ocasión, constando, por ejemplo, en el mismo documento. Este tipo de unión está desprovisto de valor dogmático, pues en nada afecta a la individualidad y régimen de los respectivos contratos: cada uno de ellos debe seguir exclusivamente su disciplina peculiar.

B) La conexión o ligamen de contratos (negocios coligados), que también supone la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes como un todo, bien en relación de mutua dependencia (contratos recíprocos), de subordinación (contratos subordinados) o de alternancia (contratos alternativos), que presenta mayor relieve teórico y práctico, pero en cuyo estudio no nos detenemos por ser un tema ajeno a la *quaestio iuris* planteada al Supremo en esta ocasión (24).

(23) Así se pronuncia la doctrina más reciente. Vide MESSIRIO: Op. cit., págs. 73-74 y 224; CARIOTA FERRARA: Op. cit., pág. 324; OFFO: *Contratti parasociali*, Milán, 1942, páginas 30 y sigs. y 38-39.

(24) Sobre el tema vide GIORGIANNI: *Negozi giuridici collegati*, en *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1937, págs. 275 y sigs.; MERRU: *I contratti reciproci*, Cagliari, 1923; OFFO: Op. cit. y autores ibi cit.

9. ¿Es posible la existencia de «negocios mixtos legales»?

El T. S. parece admitirlos cuando en el tercer considerando de la sentencia comentada se refiere a la «posible fusión de formas típicas y atípicas, no sólo por la voluntad de los interesados mirando a la unidad del fin económico, sino por disposición de la ley».

Pero esta doctrina, que puede justificarse considerándola como eslabón en la cadena de razonamientos lógicamente ensartados por el juzgador a lo largo de sus considerandos, suscita fuertes reparos desde el punto de vista dogmático.

Entendemos que hablar de *negocios mixtos* como resultado de la fusión *op. legis* de dos contratos típicos en un solo contrato implica una *contradictio in adjecto*: en efecto, si están previstos por la ley y dotados de una disciplina peculiar, aun formada por la combinación de las normas pertinentes a varios moldes contractuales, esos negocios son nominados, pero nunca podrán ser negocios mixtos en sentido propio, que no son del todo nominados ni innominados, mas mixtos. Así, la fusión de dos o más formas típicas participa, por un lado, de los contratos nominados, en tanto en cuanto es mezcla de figuras contractuales ya tipificadas legislativamente, y, por otro, participa de los contratos innominados, en tanto en cuanto esa mixción no fué contemplada *ex lege*. Por ello la fusión legal de varias formas típicas entra de lleno, por uno y otro lado, en el ámbito de los negocios nominados, siendo indiferente el procedimiento seguido por el legislador al dictar la disciplina propia del contrato que regula.

Tampoco nos parecen afortunados los dos ejemplos que a este propósito cita el Supremo cuando dice que de esa posible fusión de formas típicas por disposición de la ley proporciona demostración práctica el Código civil, al regular la compraventa con pacto de retro y la enfiteusis con su natural derecho de redención a favor del censatario.

Según el T. S., en el retracto convencional la ley fusiona en uno dos contratos: el de la primera compraventa actualmente perfeccionada por el mismo contrato, y el de la promesa de venta del comprador al vendedor, obligación correspondiente al derecho de retracto.

Aunque ello fuera así, la compraventa con pacto de retro nunca constituiría un verdadero y propio negocio mixto, por las razones antes apuntadas. Se trata, más bien, de una *modalidad típica* del contrato de compra y venta, perfectamente definida por la ley en sus particulares efectos (Sec. I, cap. IV, título IV, lib. IV del C. c.), buena prueba de que el legislador al disciplinarla, no tuvo muy en cuenta la referida combinación de negocios (contrato de compraventa y promesa de venta, regulada en el artículo 1.451 C. c.), sino, de manera directa, el fin práctico que dicha modalidad normalmente persigue (recuperar la cosa vendida) (25), de completa armonía con el cual dictó su propia disciplina.

Menos aún cabe decir que la enfiteusis, cuyo derecho de redención a favor del censatario equivale a la promesa del censalista de ceder su dominio directo mediante el pago por aquél de lo fijado para la redención, sea un con-

(25) Lo que no obsta a que la compraventa con pacto de retro pueda también ser empleada indirectamente para alcanzar otras finalidades económicas (por ejemplo, con el propósito de garantizar una deuda del vendedor).

trato mixto «por disposición de la ley». Y ello porque el derecho de redención constituye uno de los elementos esenciales del censo enfiteútico (art. 1.688 Código civil). Con otras palabras: la promesa del censalista de ceder su dominio directo mediante la entrega de lo determinado en el art. 1.651 es una de las prestaciones o promesas típicas del contrato de enfiteusis y mal podrá configurarse como una promesa anómala ínsita en aquél que dé lugar a un negocio mixto.

Tras de considerar—erróneamente, como se ha visto—el censo enfiteútico en unión con el derecho de redención del censatario como negocio mixto *ope legis*, el Supremo se refiere seguidamente a la notoria convergencia legislativa del arrendamiento de inmuebles con la enfiteusis que ha llegado a reconocer en aquél los derechos de tanteo, retracto y aun de una especie de laudemio en ciertos casos (art. 51 Ley A. U.), respondiendo a la tendencia favorable a la ampliación de los derechos del arrendatario en la evolución reciente del Derecho inmobiliario, añadiendo que el derecho de opción a favor del arrendatario, como pacto todavía voluntario, cumple el mismo fin que el de redención en la enfiteusis, es decir, asegurarle la posibilidad de adquirir el predio mejorado por su constante trabajo durante un largo plazo, como es el de cincuenta años por prórrogas de cinco en cinco años, a voluntad del arrendatario, fijado en el contrato de autos.

La digresión hecha en el anterior considerando (tercero) permitió así al Supremo establecer en éste (cuarto) un curioso paralelismo, que refuerza la argumentación tendente a considerar el arrendamiento con opción de compra como negocio mixto unitario y no como coexistencia formal de dos negocios independientes sin relación alguna entre sí, como pretendía el Tribunal *a quo*. Pero la verdad es que hubiera podido muy bien prescindir de esa digresión tan poco convincente, para estimar—como hace en el quinto considerando—la imposibilidad de escindir el contrato de arrendamiento y el de opción, basándose exclusivamente en la unidad de la causa compleja (a la que se refiere en el segundo considerando), formada por la aglutinación de dos funciones económico-sociales que, lejos de ser incompatibles, pueden coordinarse mutuamente, como lo demuestra el hecho de que en la práctica frecuentemente se usa la opción entre arrendador y arrendatario, concediéndole el primero al segundo el derecho de compra de la finca alquilada; nada más natural que consentir que el que tomó en arrendamiento *longo tempore* un inmueble lo pueda algún día adquirir definitivamente.

ro. Y llegamos, por fin, a la conclusión más sustanciosa desde el punto de vista práctico, que la sentencia anotada deduce de la unidad del negocio en cuestión: sus efectos en el orden registral con relación a terceros, por lo que se refiere al derecho de opción concedido al arrendatario.

La Audiencia Territorial, considerando que la cláusula por la que se convino el derecho de opción constituía un contrato autónomo, separado del arrendamiento, declaró nulo con todas sus consecuencias legales el asiento de inscripción de este último, únicamente en cuanto a la mención del pacto de opción de compra consignado en la estipulación 10.^a de la escritura, así como también las sucesivas reinscripciones tan sólo en lo referente a aquella mención.

El Tribunal Supremo, en cambio, partiendo del carácter mixto y, consiguientemente, unitario del negocio, considera que, estimado el derecho de opción como uno de los convenidos en el contrato de arrendamiento, inscrito íntegramente en el Registro de la Propiedad sin salvedad de suspensión ni de denegación de inscripción de nada de su contenido, queda demostrado que la opción de compra, a la que se extendía el derecho del arrendatario, fué válidamente inscrita según el art. 9.º, núm. 2, de la L. H., añadiendo que la sentencia recurrida, al juzgar que la inscripción no debió expresar esa circunstancia que señalaba la extensión del derecho del arrendatario, infringe dicho precepto legal por interpretación errónea.

En su segunda sentencia el T. S. precisa los efectos de esa extensión del derecho del arrendatario, válidamente registrada a tenor del art. 9.º, núm. 2, de la L. H., afirmando que «inscrito el arrendamiento con opción de compra a favor del arrendatario, cuando el demandado (causahabiente por título particular del primitivo arrendador) adquirió lo arrendado, surtía sus efectos contra éste, y en consecuencia es procedente el ejercicio del derecho de opción en la demanda presentada por la actora, como causahabiente del anterior arrendatario por compra también inscrita», y que «estando vigente el arrendamiento al presentar la demanda la actora, lo estaba también el ejercido derecho de opción, porque éste, según la cláusula 10.ª del contrato inscrito, se convino para mientras estuviese en vigor el arriendo, y éste lo estaba, no por prórroga tácita o legal (art. 14, pr. últ. R. H.), sino por prórroga expresamente convenida en el contrato en su cláusula 6.ª, que también tuvo su expresión en la inscripción del arrendamiento».

Así pues, tenemos que si hubiera prosperado en casación la tesis de la unión externa de los contratos de arrendamiento y opción de compra, mantenida por la Sala de instancia, cada uno de ellos, conservando su individualidad, se habría exclusivamente regido según su propia disciplina, y en ese caso, negado el acceso al Registro del derecho de opción concedido de modo independiente por el arrendador al arrendatario o a quien su derecho tuviera, la entidad cesionaria no hubiera podido ejercitarlo contra el causahabiente por título particular del locador, ajeno al pacto de opción (cfr. art. 1.257 C. c.). De esta forma, aunque se sostuviera que el derecho de opción tiene naturaleza real (26)—extremo sobre el cual no se pronunció la Audiencia—, no ha-

(26) CASTÁN: (Op. cit., pág. 346), siguiendo la opinión generalmente aceptada por nuestra doctrina, estima que el derecho positivo español no hay base legal para considerar como real el derecho de opción y juzgarlo, por ende, inscribible en el Registro, lo que a su juicio—no obsta para que se hayan de reconocer las ventajas que ofrecería una construcción más moderna, que permitiese dar al mismo una publicidad registral. En el mismo sentido, ALONSO MOYA: *El contrato de opción como un contrato preparatorio*, en *Universidad*, 1933, págs. 81 y sigs.

Según la Jurisprudencia, la promesa de venta no crea ningún derecho real ni es, por consiguiente, inscribible en el Registro (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de noviembre de 1902 y sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre 1928).

Para SALDAÑA (*La opción y el Registro de la Propiedad*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1928), si la opción figura como pacto anejo a un derecho real—arriendo de minas—es inscribible, produciendo entonces efectos parecidos a los de no enajenar. OSSORIO Y GALLARDO (*El contrato de opción*, 2.ª ed., Madrid, 1930, págs. 195 y sigs.), en cambio, opina que la opción es un *ius ad rem*, intermedio entre la *obligatio* y el *ius in re*,

biendo sido registrado separadamente, no podría perjudicar a tercero (artículos 606 C. c. y 32 L. H.); y en el caso de autos lo era, sin duda alguna, el demandado que adquirió por compra las fincas arrendadas. Con toda razón se le habría absuelto, por tanto, de la demanda.

Pero el Tribunal Supremo, muy correctamente, mantuvo la tesis contraria (contrato único formado por la fusión del arrendamiento con la opción), por más ajustada a la voluntad real de las partes, respetando su conjunta autodeterminación y coordinando con criterio armónico la disciplina registral del arrendamiento de inmuebles con el derecho de opción simultáneamente conve-nido, al que da entrada en el Registro con eficacia *erga omnes*, como pacto anejo a un derecho (arrendamiento) legalmente equiparado—a efectos registra-les—a los *iura in re aliena*, sin prejuzgar la intrínseca naturaleza real o perso-nal de uno y otro.

De esta suerte, el Supremo dió un paso decisivo en orden a permitir que el derecho de opción goce de las ventajas de la publicidad registral, si no como derecho independiente (para lo cual tendría que ser real por su misma naturaleza o por ficción de la ley), al menos como secuela del arrendamiento, que, según creemos, todavía no constituye un verdadero y propio derecho real (repárese en que el poder de goce del arrendatario no es autónomo, sino hete-rónomo: depende del arrendador, según se desprende del núm. 3 del artículo 1.554 C. c.), aunque a efectos registrales sea considerado, en ciertos casos, *como si efectivamente lo fuese* (art. 2.º, núm. 5.º L. H.) (27).

En la continua evolución de los derechos personales de más trascendencia social, los dos estadios indicados son camino lento pero seguro en la sucesiva transformación de su naturaleza, hasta que, llegado el momento de la plena madurez, plasman en otros tantos derechos reales, situándose ya abiertamente al lado de los tradicionalmente consagrados.

La segunda sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia también sobre otros problemas, de interés no despreciable, como los referentes a la obliga-ción de entregar cosa determinada, comprensiva de la entrega de todos sus accesorios, obligaciones de no hacer y derecho al uso de aguas, constitución de servidumbre perpetua de acueducto, etc., en cuyo examen no entramos por no alargar excesivamente este comentario, inicialmente ceñido de propósito al tema central de los contratos mixtos.

JUAN BAUTISTA JORDANO

siendo inscribible conforme al art. 14 del Reglamento Hipotecario (antiguo), puesto que constituye una limitación temporal de la facultad dominical de disposición. Vide también MENGUAL: *La opción como derecho y como contrato*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1936, págs. 131 y sigs., esp. págs. 187 y sigs.

(27) Por esta razón no nos repugna hablar de «hipoteca de arrendamiento», sin que para ello sea preciso forzar los textos legales referentes a la locación, que por mucho que se haga siempre continuarán postulando la naturaleza personal del derecho del arren-datario. Sobre el tema vide, ARANGO Y CANGA: *Hipoteca de arrendamiento de inmuebles*, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, 1948, págs. 557 y sigs.