

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

El negocio jurídico "per relationem"

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

María Dolores Díaz-Ambrona Bardají

Madrid, 2015

4-111-146

MARIA DOLORES DIAZ-AMBRONA BARDAJI



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



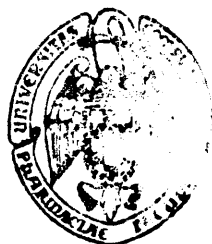
5322944870

TE
396

EL NEGOCIO JURIDICO "PER RELATIONEM"

Tesis presentada para la obtención del grado de doctor.

DIRIGIDA por el Prof. Dr. D. Antonio Hernández Gil
Catedrático de Derecho Civil



BIBLIOTECA
DE DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Civil

Madrid, 1982

CAPITULO PRELIMINAR

S U M A R I O

I, ORIGEN DE LA DOCTRINA DEL NEGOCIO "PER RELATIONEM".- II, ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA EN NUESTRO DERECHO.- III, PROYECCIÓN EN LAS LEGISLACIONES MODERNAS.- IV, DELIMITACIÓN PREVIA DE ESTA FIGURA NEGOCIAL.

I

ORIGEN DE LA DOCTRINA DEL NEGOCIO "PER RELATIONEM".

A partir de la teoría general del negocio jurídico, iniciada con rigor y profundidad por la pandectística alemana, se ha elaborado por obra de la sagacidad e intuición de los juristas italianos la teoría del negocio "*per relationem*", como una categoría específica de los negocios determinables. Sus primeros formuladores fueron ALLARA (1) y DI PACE (2). El primero lo construye en torno a los actos de disposición *mortis causa*, y el segundo nos ofrece -- una visión general del negocio "*per relationem*" dentro de la teoría del negocio jurídico y su presencia en determinadas relaciones jurídicas en particular.

Después, también han sido muy importantes para el estudio de esta figura las aportaciones de CORRADO (3) y de GIORDANO-MONDELLLO, (4) que han puesto de relieve el tema principal de la incidencia de la "*relatio*" en la estructura del negocio *inter vivos* y *mortis causa*, partiendo también de la distinción entre negocio "*per relationem*" sustancial y formal (o "*relatio*" determinativa o ex - plicativa para el último de los citados).

II

ESTADO ACTUAL DE LA DOCTRINA EN NUESTRO DERECHO

En la doctrina española, como en la de otros países, el tema ha merecido escasa atención; la mayoría de nuestros autores no mencionan el negocio "*per relationem*"; otros se limitan a darnos noticia de su existencia, tangencialmente, en relación al estudio de otras instituciones jurídicas. Suele acudirse a él para explicar determinadas relaciones jurídicas de controvertida estructura y difícil encuadre en los esquemas tradicionales.

Así, el profesor DIEZ-PICAZO (5), al estudiar la figura del -arbitrador, le sitúa en el marco del negocio "*per relationem*", al afirmar que el arbitrio es una remisión negocial y toda remisión es un reenvío a un elemento extraño al negocio. De ahí, agrega, -que la actividad del tercero sea aportar un criterio y decidir el punto de vista por las partes. Por ello, el arbitrio penetra en -el negocio ya iniciado, aunque no se encuentre plenamente formado. Con esta descripción de la actuación del arbitrador en el negocio jurídico, el profesor DIEZ-PICAZO configura el negocio en que interviene como "*per relationem*". Nótese que, a su juicio, el arbitrador no interviene en la perfección del negocio; es una mera --

sustitución en la realización de una actividad comercial, porque recibe el encargo de los sujetos del negocio. Hay, pues, una "*relatio*" porque las partes se remiten a su decisión que, como tal, supone un reenvío a un criterio extraño al negocio. Concurren, por todo ello, los requisitos necesarios para la existencia del negocio "*per relationem*".

IGLESIAS CUBRIA (6), al estudiar los derechos eventuales y -- las situaciones jurídicas de pendencia, considera el contrato sobre una cosa futura con objeto indeterminado, aunque siempre determinable "*per relationem*" en función de datos objetivos, y entonces el objeto del negocio -afirma- es precisamente esa eventualidad puesta en juego, o la existencia de un hecho que se considere como causa determinante de la prestación (7). Este hecho -diríamos nosotros- no es otra cosa que la "*relatio*". Asimismo, a propósito de la indeterminación de los sujetos, cree que el caso del *nasciturus* y el de las personas jurídicas en formación pueden en cierta manera ser tratados como casos de individualización "*per relationem*" a algunos efectos (8).

El profesor ALBALADEJO (9), cuando trata de si la revocación de la revocación es acto *inter vivos* o *mortis causa*, plantéase la cuestión del alcance del art. 739, 2º, del Código civil, y llega a la conclusión de que, revocado el testamento, para evitar la sucesión intestada no hay otro recurso que testar otra vez, aunque sea "*per relationem*".

PASTOR RIDRUEJO (10) explica la revocación de la revocación - del art. 739, 2º, del Código civil a través del negocio "*per relationem*" (aunque sea sólo en sentido formal). A su juicio, el testa

mento que revoca al posterior y declara la validez del primero -- puede hacerse "*per relationem*" (11). Es más, el art. 739, 2º, para declarar subsistente el testamento anterior, exige que se haga en forma de testamento, es decir, que precisa la existencia de otro testamento "*per relationem*", cuyo contenido no se determina por sí mismo, sino por otro negocio o documento (12). La resurrección del testamento revocado la construye en nuestro Derecho sobre la base de que el nuevo testamento es "*per relationem*". También ve otro caso de esta modalidad negocial en el supuesto del art. 672 del Código civil.

El profesor GARCIA CANTERO (13), al tratar sobre la determinación del precio por un tercero en el contrato de compraventa, se inclina por considerar que existe en este caso un negocio "*per relationem*" en el que una parte de la actividad negocial se realiza mediante la remisión a la decisión de un tercero. Si a tenor del art. 1447 del Código civil el precio se tiene por cierto cumpliéndose los requisitos del art. 1445, cuando se encomienda su señalamiento a un tercero, la compraventa es ya perfecta por reunir todos los requisitos legales, si bien no puede desplegar plenamente su eficacia mientras el arbitrio no cumpla su función. Fijado el precio, se produce la total integración del contrato sin que pueda hablarse de cumplimiento de una condición con retroactividad de efectos; simplemente lo que ocurre es que los efectos que podían haberse producido (por ejemplo, la entrega de la cosa) se -- consolidan y los demás comenzarán a desplegar su eficacia a partir de la fecha del contrato.

En el estudio de la compraventa de cosa futura, ROGEL VIDE -- (14) hace notar que el contrato de compraventa, que, en su esquema típico, es un negocio con voluntad autónoma comprende algunas figuras especiales en las cuales algún elemento es determinado "*per relationem*", y entre las figuras típicas de venta debidas a la -- existencia de la voluntad "*per relationem*" en las partes contra -- tantes, cita la *emptio rei speratae* y la determinación "*per relatio-
nnem*" del objeto de la compraventa.

Por último, el profesor DE CASTRO (15) se limita a citar el -- negocio "*per relationem*" entre el estudio de las figuras negocia- les que han contribuido a que se pueda ver mejor la multiplicidad de manifestaciones de lo que se puede llamar laxamente la conexión de negocios, comprendiendo además los negocios preparatorios, de- clarativos, de documentación, de interpretación, de fijación, --- aclarativos, integrativos, modificativos y extintivos. Pero no de sarrolla ni ofrece un concepto de lo que entienda por negocios de referencia o "*per relationem*".

En todos estos autores, a pesar de acudir a la categoría nego cial del negocio "*per relationem*", echamos en falta el presupues- to básico de un concepto previo que nos delimita la figura. Se ha- bla de negocio "*per relationem*" pero no se nos dice en qué consis- te, y así, vemos que unos sólo parecen entenderlo en sentido for- mal mientras otros lo contemplan desde el punto de vista sustan- cial, que, a nuestro juicio, es donde reside la verdadera peculia- ridad de esta modalidad negocial. Falta, pues, una construcción - dogmática de la figura, y a suplir este vacío en nuestra doctrina

jurídica es lo que nos ha movido a realizar este modesto trabajo, porque además, como veremos más adelante, creemos no tiene sólo - interés especulativo, sino fundamentalmente práctico. Muchas figuras jurídicas encuentran explicación en cuanto a su naturaleza y verdadera estructura sólo a través del negocio "*per relationem*".

Ante la falta de interés que por la elaboración y estudio del negocio "*per relationem*" acusa nuestra doctrina jurídica cabe preguntarse si este hecho es debido a que no existe base científica suficiente para construirla o si, habiéndola, carece su formulación de ese sentido práctico a que antes nos referíamos. A nuestro juicio, ninguna de las respuestas aparentemente lógicas a estas interrogantes responden a la realidad. Porque dentro de la teoría general del negocio jurídico existe base dogmática bien fundada para situar en su seno al negocio "*per relationem*" que, además, constituye una realidad en el complejo mundo de las relaciones jurídico-privadas con indudable proyección en la práctica. Lo que sucede es que los supuestos en que aparece esta modalidad negocial la doctrina, por falta de una elaboración adecuada del concepto, no acierta a encuadrarlos en la categoría del negocio "*per relationem*". Una vez más el mundo de la realidad nos ofrece matices que escapan a la construcción dogmática en un momento dado, y tal vez se olvide que el ámbito de aplicación del Derecho es el de la propia vida, realidad radical en que se produce la acción y la conducta y a la que el jurista no debe volver la espalda en el proceso de aplicación e interpretación de las normas (16).

III

SU PROYECCIÓN EN LAS LEGISLACIONES MODERNAS.

En las modernas legislaciones también se abre paso la exigencia de incorporar a ellas el concepto de negocio "*per relationem*" en la forma en que está siendo elaborado por la ciencia jurídica moderna. Un ejemplo nos lo ofrece el Código civil portugués de -- 1966, en que da acogida a esta figura a propósito de la sucesión testamentaria. El artículo 2183, bajo la rúbrica "*testamento per relationem*", declara nula la disposición que depende de instrucciones hechas a otro secretamente, o se remita a documentos no escritos y firmados por el testador, con fecha cierta, anteriores o -- contemporáneos al testamento.

IV

DELIMITACIÓN PREVIA DE ESTA FIGURA NEGOCIAL.

Punto de partida del estudio del negocio "*per relationem*", es la distinción entre negocio "*per relationem*" sustancial y formal, como categorías diferenciadas dentro de una misma modalidad negoci-
cial.

ALLARA, seguido por DI PACE, define el negocio jurídico "*per relationem*" sustancial como aquél en el que se realiza la determi-
nación no autónoma (mediata, indirecta, por elementos accidenta-
les) de la voluntad (17). Es decir, el fenómeno del negocio "*per relationem*" surge cuando la voluntad mediata, o el contenido, no está concretamente individualizada, necesitando para su determina-
ción el reenvío a una fuente externa (18).

No autónoma, en el sentido de que el contenido de la voluntad depende de una situación extraña a la misma; mediata, porque di-
cha situación funciona como medio para determinar el contenido de la voluntad; indirecta, porque el concreto contenido de la dispo-
sición no es establecido directamente por el sujeto de la volun-
tad; es determinada por elementos accidentales, porque la volun-

tad se determina por elementos extrínsecos, accidentales, no intrínsecos, esenciales, para el sujeto de la volición (19).

El desarrollo de la teoría del negocio "*per relationem*" tiene como fundamento el dogma de la voluntad en los negocios jurídicos.

En el negocio "*per relationem*" sustancial existe una voluntad determinable de todo el contenido volitivo o sólo respecto de determinados elementos (20). Teniendo siempre en cuenta que ha de haber un mínimo de voluntad para que el negocio jurídico nazca, en el negocio "*per relationem*" se parte de un negocio jurídico -- formado pero no completo, ya que la falta de determinación concreta del contenido por obra del sujeto de la volición no debe implicar la existencia de esa misma voluntad (21).

El negocio "*per relationem*" no crea ni perfecciona un negocio que antes no existe (22), sino que, por el contrario, se parte de ese negocio formado, pero no completo, que debe ser determinado. Por tanto, se puede hablar de mayor o menor indeterminación concreta del contenido volitivo, pero no de absoluta indeterminación de éste (23).

Por otra parte, el negocio "*per relationem*" en sentido formal es aquél en que se produce la manifestación indirecta o mediata de una voluntad autónoma. Esto, porque implica siempre la individualización del contenido, que viene sólo manifestado de modo indirecto (24). Se distingue así entre "*relatio*" sustancial y "*relatio*" meramente formal.

En la primera, sustancial, es indirecta y mediata la misma de

terminación volitiva respecto al contenido negocial; su consecuencia es, en este caso, que la "*relatio*" funciona como fuente de de terminación externa del contenido del querer.

En la segunda, formal, el contenido negocial está completamen te determinado y concretado en todos sus elementos; mediata es só lo la manifestación de la voluntad, en el sentido de que se mani- fiesta con referencia a una fuente externa de confirmación del -- significado de la declaración.

En el negocio "*per relationem*" sustancial la "*relatio*" incide en el contenido volitivo; en el negocio "*per relationem*" formal - la "*relatio*" incide en la manifestación de la voluntad.

Esta distinción del negocio "*per relationem*", aceptada tam + bién por la Jurisprudencia italiana, ha sido sometida a revisión por otro autor italiano, GIORDANO-MONDELLO. Este no considera ade cuada la terminología adoptada al hablar la doctrina de una volun- tad no autónoma, ya que, por definición, la voluntad no puede ser más que autónoma, en cuanto se determina en virtud de su propia - esencia (25).

Cuando se habla de que la "*relatio*" no es admisible respecto al entero contenido de la voluntad (26) entiende que esto no es - posible jurídicamente porque un reenvío de voluntad (27) se tradu- ce en una *contradictio in adiecto*. La remisión total a otro no es po sible jurídicamente porque la voluntad no puede ser más que autó- noma. A su juicio, una voluntad no autónoma no es concebible, es - una no voluntad (28). ¿Cómo puede, dice, hablarse de una voluntad

"*per relationem*" completa si tal voluntad se concibe después como no autónoma?. No se querrá sostener que la volición "*per relationem*" es completada porque la "*relatio*" la integra y deviene parte integrante, ya que así la doctrina que combatimos, dice, desvela un error de perspectiva en la descripción y, en consecuencia, en la valoración conjunta del fenómeno. Opina GIORDANO-MONDELLO que la voluntad y el contenido preceptivo del negocio están completos en abstracto y sólo con respecto a lo extrínseco del negocio el contenido preceptivo asume el carácter de la determinabilidad dado que, dentro de ciertos límites y presupuestos, se coloca por la ley sobre el mismo plano de la determinabilidad. A tal fin, la "*relatio*", en cualquier forma que se presente, y aún cuando consista en una declaración de voluntad, asume la función clarísima de mero instrumento pasivo por cuyo trámite se aclara e individualiza el contenido efectivo de la voluntad de las partes. Si la determinación no se realiza directamente por la voluntad de las partes que generan el negocio jurídico, es debido a la indiferencia de aquéllas por los elementos cuya determinación puede encomendarse a la "*relatio*".

Propugna GIORDANO-MONDELLO sustituir la anterior terminología, que considera impropia y equívoca, por la denominada "*relatio*" de terminativa y explicativa, que considera más en consonancia con los resultados de su investigación; ya que 'determinar' no es completar, integrar o añadir *ex novo*; sólo equivale a establecer exactamente los límites del negocio (29).

Nosotros, sin desconocer la importancia que ha tenido en el -

estudio y construcción del negocio "*per relationem*" la distinción entre negocio formal y sustancial, vamos a limitar nuestro estudio principalmente al segundo, porque es donde aparece con características propias y verdaderamente diferenciadas el negocio jurídico "*per relationem*". El formal carece de entidad propia, por cuanto no deja de ser una modalidad en la manifestación de la voluntad negocial, sin que en ella concurren los demás presupuestos o requisitos necesarios para la existencia del fenómeno relacional.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- (1) *Il testamento*, Padova, 2a. ed., 1936
- (2) *Il negozio per relationem*, Torino, 1940.
- (3) *La publicita nel Diritto privato*, Torino, 1947.
- (4) *Il testamento per relationem*, Milano, 1966.
- (5) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957, Id. Bosch.
- (6) *Los derechos patrimoniales eventuales*, Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia, Oviedo, 1961.
- (7) Ob. cit., pág. 215.
- (8) Ob. cit., pág. 47.
- (9) *Cuestiones en materia de revocación de testamento*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XII, Madrid, 1961, págs. 35 a 60 y separata, ed. Reus, Madrid, 1961, págs. 5 y 6. En el mismo sentido, LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, V. Derecho de sucesiones, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 284.
- (10) *La revocación del testamento*, Barcelona 1964, ed. Nauta.
- (11) Ob. cit., pág. 30.
- (12) Ob. cit., pág. 149.
- (13) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIX, Madrid, ed. Edersa, 1980, pág. 47 y ss.
- (14) *La compraventa de cosa futura*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pág. 143.
- (15) *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pág. 215.

- (16) LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 3a. ed. 1972, Barcelona, Ed. Bosch, pág. 264.
- (17) DI PACE, ob. cit., pág. 32. ALLARA, ob. cit., pág. 252. FERRARA, *Ca-riota, El negocio jurídico*, trad. esp. ALBALADEJO, Madrid, 1956, pág. 153.
- (18) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 6.
- (19) ALLARA, ob. cit., pág. 252, nota 1a.
- (20) DI PACE, ob. cit., pág. 33.
- (21) DI PACE, ob. cit., pág. 26.
- (22) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 25. SCADUTO, *Gli arbitratori nel -diritto privato*, (Estratto de Annali del Seminario giuridico dell'Universita di Palermo), Cortona, 1923, pág. 56 y 79.
- (23) DI PACE, ob. cit., pág. 32.
- (24) DI PACE, ob. cit., pág. 69. ALLARA, ob. cit., pág. 252, dice "mani-
festazione di una determinazione non autonoma (mediata, indiretta, per elemen-
ti accidentali) della volontà testamentaria".
- (25) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 30, se remite aquí a KANT, *La cri-
tica della ragion pratica*, Bari, pág. 41 y ss.
- (26) DI PACE, ob. cit., pág. 33.
- (27) ALLARA, ob. cit., pág. 256, "In tal caso non vi e un rinvio ad volon-
tá, ma piuttosto un rinvio di volontà".
- (28) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., págs. 30 y 31.
- (29) Ob. cit., págs. 32 y ss.

C A P I T U L O I

1. PRESUPUESTOS Y CONCEPTO DEL NEGOCIO JURIDICO "PER RELATIONEM".

S U M A R I O

I. PRESUPUESTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO "PER RELATIONEM",.- II. PRIMER PRESUPUESTO,- 1. NEGOCIOS DE FORMACION SUCESIVA.- 2. NEGOCIOS COMPLEJOS.- 3. UNION DE NEGOCIOS.- 4. NEGOCIO "PER RELATIONEM" Y REPRESENTACION.- III. SEGUNDO PRESUPUESTO,- 1. ELEMENTO SUBJETIVO .- 2. ELEMENTO OBJETIVO.- 3. LOS ELEMENTOS CIRCUNSTANCIALES O ACCIDENTALES.- 4. ELEMENTO CONTENIDO.- 5. ELEMENTO FORMA.- IV. TERCER PRESUPUESTO,- 1. LA "RELATIO" COMO ACTIVIDAD NEGOCIAL.- 2. LA "RELATIO" COMO NEGOCIO JURIDICO.- 3. LA "RELATIO" COMO JUICIO.- 4. LA "RELATIO" COMO HECHO.- 5. LA "RELATIO" COMO ELEMENTO MARGINAL NECESARIO O CONCAUSA NECESARIA.- 6. LA "RELATIO" COMO COELEMENTO NECESARIO.- V. DEFINICIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO "PER RELATIONEM".

I

PREPUESTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO "PER RELATIONEM"

El negocio jurídico "*per relationem*" presupone:

- 1°.- Un negocio jurídico ya formado.
- 2°.- Que el contenido o alguno de sus elementos esenciales sean meramente determinables.
- 3°.- Que la determinación se realice mediante la remisión a elementos extraños al negocio.

II

PRIMER PRESUPUESTO.

Negocio jurídico formado equivale a negocio jurídico existente; el negocio "*per relationem*" parte de la existencia del negocio.

Sabemos que el negocio jurídico, en el momento de nacer, puede tener todos los requisitos necesarios para desplegar sus consecuencias jurídicas o, por el contrario, faltarle alguno de ellos de modo que sus efectos se encuentren en un estado de pendencia.

En el negocio jurídico la doctrina más generalizada suele distinguir dos momentos, el de la formación y el de su eficacia.

Por formación se entiende la concurrencia de todos los elementos requeridos por las partes y por la Ley para que se produzca el negocio jurídico en general o en particular. MESSINEO dice que la formación del negocio no es distinta de su perfección, y perfecto es el negocio aunque no sea eficaz (1).

Para una parte de la doctrina formación, perfección y conclusión son términos equivalentes, que se refieren a un mismo momen-

to de la vida de un negocio jurídico. Perfecto es el negocio formado que no reúne todos los requisitos necesarios para desplegar su eficacia jurídica. Otro sector doctrinal entiende que perfecto es el negocio jurídico que contiene todos los requisitos necesarios para producir consecuencias jurídicas (2).

Conviene precisar la distinción entre perfección del negocio y su eficacia, pues aun cuando en muchos casos tenga tracto único, en otras ocasiones sus efectos se producen en el futuro o en momentos distintos (negocios condicionales, a término, testamento, etc...), aunque siempre cabe observar la aparición de efectos inmediatos, si bien secundarios, en virtud de la existencia de la relación negocial (3).

En nuestro Derecho positivo la palabra perfección alude al momento del nacimiento del negocio y equivale a formación (Así, el art. 1258 del Código civil cuando dice que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y art. 1262 al afirmar que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato).

En realidad, son dos órdenes de calificación jurídica del supuesto de hecho, que se expresan positivamente en los institutos de la existencia jurídica y de la eficacia jurídica; negativamente en los institutos de la inexistencia y de la ineficacia. FALZEA (4) hace notar que la existencia es una situación de hecho -- concreta constituida por todos los elementos requeridos por la -- norma jurídica para que el acto venga reconocido por el Derecho y

por eso apto para producir efectos jurídicos. Por ello puede darse la hipótesis de un acto jurídicamente existente pero ineficaz. Jurídicamente eficaz es el supuesto de hecho que, poseyendo todos los elementos constitutivos y los elementos marginales eventualmente requeridos por la norma cualificadora, despliega actualmente los efectos jurídicos que esta dispone.

Técnicamente debe designarse ineficaz el acto jurídico en el que la falta de producción de los efectos jurídicos no deriva de un estado patológico del supuesto de hecho, sino de la actual falta de una concausa de la eficacia; es decir, el acto jurídico meramente existente. Mientras la ineficacia se define como suspensión de las consecuencias jurídicas del acto, la inexistencia, -- por el contrario, se define como exclusión de tales consecuencias. Cuando se habla de ineficacia en sentido técnico, se alude a una situación transitoria y, como tal, excepcional del supuesto de hecho, pero no de un estado patológico de él porque es sólo la separación de dos momentos cualificativos (existencia-eficacia) (5).

El sentido jurídico capta que la distinción entre existencia y eficacia del negocio, en su significado tradicional, no es una pura sutileza lógica; a la existencia corresponde una situación efectiva que se advierte claramente cuando la eficacia final se difiere. Asimismo, el efecto que deriva inmediata y necesariamente no es el efecto final (que puede producirse después o faltar), sino la misma existencia del negocio, entendida como situación efectiva. Compréndese ahora cual es el significado del efecto --- 'existencia del negocio': una vez que el negocio existe, nace una

situación obligatoria y por consiguiente un vínculo entre las partes, cambiándose así la situación jurídica preexistente (6).

En la hipótesis de eficacia diferida, el negocio existe, está formado como acto en los términos de una o más declaraciones de voluntad; o, según otra doctrina más reciente, como autorregulación de intereses privados.

Se ha visto que el negocio, en cuanto existe como tal, produce el efecto llamado negocial que sirve para identificarlo, se objetiviza, sin más, en el plano del Derecho; y nada impide que los efectos finales puedan sobrevénir en un momento posterior distinto (7).

Constatados los dos distintos momentos en la vida del negocio jurídico (o *iter* negocial), el de su existencia y el de su eficacia, es preciso ahora considerar perfecto al negocio jurídico --- existente que reúne todos los requisitos necesarios para que se produzcan las consecuencias jurídicas (económico-sociales) requeridas por las partes, independientemente de que estas se produzcan o no.

Perfecto y completo será aquél negocio que puede (*ex nunc*) desplegar todos sus efectos.

Perfecto e incompleto será el que, teniendo existencia en la vida del Derecho, le falta algún requisito no esencial para producir sus efectos finales.

Dentro de este segundo supuesto es donde se realiza el negocio -

cio "*per relationem*". Todo negocio "*per relationem*" presupone un negocio perfecto e incompleto, pero no al revés.

1

NEGOCIOS DE FORMACION SUCESIVA.

Sin embargo, la existencia de estos dos momentos, perfección y eficacia, en el negocio jurídico no debe confundirse con el fenómeno de la formación sucesiva.

Cabe pensar, desde la dinámica del 'negocio "*per relationem*"', que éste sea una especie de los negocios jurídicos de formación sucesiva, fenómeno que se presenta como muy fecundo para encuadrar instituciones que presentan la característica de descomponer, a través de algunos estadios de formación, unificados por un ciclo formativo, el nacimiento de la relación.

De formación sucesiva se ha hablado en un sentido muy amplio, comprensivo de formas que mantienen su autonomía y en una acepción más restringida que parece preferible para fines científicos. Según esta última concepción, al elemento neutro de la duración para definir el fenómeno de la formación sucesiva, debe añadirse también aquél de la autónoma existencia de los singulares momentos que concurren en la formación del acto (8).

Para que este fenómeno tenga lugar es necesario que concurren dos momentos esenciales:

- 1.- La autonomía jurídica de cada fase.
- 2.- El carácter preparatorio de la esfera de eficacia particular de cada fase respecto al fin jurídico final - (9).

En los negocios de formación sucesiva su nacimiento depende de que se realicen las distintas fases, de modo que, mientras tanto, existe una situación de incertidumbre, ya que el negocio no nace hasta el acto definitivo.

En los negocios "*per relationem*", el negocio existe, ha nacido y la "*relatio*" actúa para posibilitar la determinación de aquel elemento que sólo era meramente determinable. La "*relatio*" es un medio de determinación de algún elemento del negocio, cierto y -- perfecto, que sólo espera la presencia de aquélla (10).

2

NEGOCIOS COMPLEJOS

Dentro de la polémica categoría de los actos complejos la doctrina favorable (11) comprende en ellos las declaraciones de voluntad que expresan voluntades distintas puestas al servicio de las partes o de terceros, por quienes actúan los que emiten la declaración. Se llama igual o desigual, según que las declaraciones sean equivalentes entre sí o alguna sea principal o fundamental y la otra o las otras secundarias. Acto complejo igual es el que re

sulta de las declaraciones de los socios a quienes compete la administración de una sociedad simple (art. 1694 CC); acto complejo desigual es el constituido por las declaraciones de la persona limitadamente capaz de obrar y sus padres o su tutor (arts. 323, 324 y 1329 del CC.) (12).

El negocio surte eficacia cuando se forma, pero sólo en el momento en que se han completado las diversas declaraciones que en él confluyen. Una vez fusionadas el negocio queda formado y opera sus efectos *ex nunc*.

Pues bien, tampoco debe confundirse el negocio "*per relationem*" con los actos complejos, incluso cuando la "*relatio*" consiste en una declaración de voluntad, como en el caso del tercero arbitrador. Dice SANTORO PASARRELLI (13) que la declaración no es parte constitutiva del negocio principal, ni se combina con la declaración de voluntad principal. Respecto a ésta, se encuadra, -- por su misma función, en un plano distinto. Tampoco perfecciona el negocio principal, ya perfecto, sino que sólo viene a determinar un elemento; ni sirve a formar, como se ha afirmado, un acto complejo. Trátase de una declaración de voluntad accesoria, que completa el contenido (es el caso de elección de legatario) y provoca la eficacia de la declaración principal (en el caso del legado).

Además, en el fenómeno del acto complejo, señala GIORDANO-MONDELLO (14), las declaraciones singulares tienen el mismo contenido y el mismo efecto. Esto, obviamente, no sucede en la "*relatio*", en la que las declaraciones de voluntad de las partes y del terce

ro no tienen idéntico contenido. Es más, el tercero -arbitrador- puede ignorar que su determinación sirva para integrar uno de los elementos del negocio. Bastará el hecho simple de su pronunciamiento, al que la autonomía privada reconoce el valor y la esencia formal revestida de una estructura perfecta en abstracto, para que los efectos del negocio se produzcan.

Próximos al acto complejo, tenemos que situar al acto colectivo y al acto colegial.

Para MESSINEO (15), el primero tiene lugar cuando una pluralidad de declaraciones confluyen para la realización de un fin común que coincide con la satisfacción de intereses paralelos, formando una unión y no una fusión de actos separados.

El segundo, colegial (16), es el que deriva de la suma de declaraciones de voluntad de los miembros de un mismo órgano, encaminado a formar un sujeto distinto y propio de una persona jurídica. SANTORO PASARRELLI (17) afirma que en el acto colegial se funden las declaraciones de los individuos, que actúan como componentes del órgano colegial, al que el acto es de esta manera imputado.

En ambas figuras, como en el acto complejo, la singular declararación de voluntad tiende a producir el mismo efecto jurídico, ya permanezca diferenciada, o se una a otra de modo que pierda del todo su autonomía, o en fin, el contenido sea o no coincidente.

En cambio en el fenómeno relacional, cuando la "*relatio*" consiste en una declaración de voluntad, ésta no se emite en la dist

rección de los efectos del negocio; o mejor dicho, la significación jurídica que le atribuye el derecho no es porque se dirija directamente a los efectos del negocio, sino porque interesa la constatación de su simple existencia fenoménica en cuanto que por esa declaración de voluntad se determina la volición negocial. Como dice SCADUTO, (18) se delinea así su función instrumental y su naturaleza formal respecto a un negocio abstractamente formado.

3

UNION DE NEGOCIOS

La unión de negocios (19) puede darse en una gama muy variable, pues, como dice el profesor LOPEZ VILAS (20), en la simple observación del tráfico jurídico es fácil comprobar cómo junto a los contratos independientes, esto es, aquéllos desprovistos de todo nexo con cualquier otro, a veces nos encontramos con negocios o contratos que tienen entre sí una cierta vinculación que de alguna manera los pone en contacto o comunicación. Unión que, pudiendo ser de la más variada índole y naturaleza, infunde ya de por sí a todos aquellos contratos, de un modo genérico, unas ciertas especialidades o una particular apariencia jurídica. Pero tampoco estamos ante un caso de negocio "*per relationem*". En los negocios unidos existen, al menos, dos negocios en relación de dependencia o conexión uno de otro, conexión que puede derivarse de la misma naturaleza de los negocios o de la voluntad de las partes (21). LOPEZ VILAS (22) dice que puede hablarse genéricamente

de contratos unidos (precisamente por su vinculación a otro) en los contratos de garantía, los recíprocos, los accesorios, auxiliares y complementarios en general, los llamados contratos parasociales, el contrato fiduciario, el precontrato, etc... Con otra terminología, DE CASTRO (23) incluye entre los negocios dependientes, el negocio "*per relationem*" y, dice, al lado de la categoría admitida de antiguo de los contratos de garantía, los autores proponen las figuras de negocios preparatorios, declarativos, de documentación, de interpretación, de fijación, aclarativos, integrativos, de referencia, "*per relationem*", modificativos y extintivos.

En el negocio "*per relationem*" existe solamente un negocio; la "*relatio*", en sí misma considerada, no es un negocio, como más adelante tendremos ocasión de exponer; es solamente el medio que las partes establecen para determinar un elemento determinable.

GIORDANO-MONDELLO (24), por su parte, señala que la "*relatio*" no está dotada de existencia autónoma, sino que se justifica y se origina en la misma voluntad de las partes, que se proponen determinar por ella algún elemento del negocio.

Dentro de los negocios unidos no deben incluirse aquellos negocios externamente relacionados, como los que, a veces, se contienen en un mismo documento, sin que haya nada aparte de esto -- que pueda suponer dependencia entre ellos. El que se dé esta --+-- unión formal no es base suficiente para deducir la existencia de negocios unidos (25).

Estos negocios, unidos formalmente, tampoco constituyen un su- puesto de negocios "*per relationem*" porque para el nacimiento ---- de la "*relatio*" es indispensable, como presupuesto necesario, la existencia de un negocio, de tal modo que entre la "*relatio*" y el negocio al que ésta tiene acceso nace una interdependencia que no se da en los negocios unidos formalmente.

4

NEGOCIO "PER RELATIONEM" Y REPRESENTACION.

El negocio "*per relationem*" no es un negocio por representaci - ción, ni aún en aquellos casos en que la "*relatio*" se realice por la voluntad y manifestación de un tercero.

La doctrina distingue dos modalidades de representación, la - llamada indirecta o mediata (26), en que el representante actúa - por cuenta del representado, pero en nombre propio, y la representa - ción directa en que el representante actúa en nombre y por cuenta - del representado. Solamente la llamada representación directa es verdadera representación, porque en la indirecta el representa - tante queda vinculado personalmente con los terceros, siendo men - nester otro negocio ulterior para transferir al representado los efectos del anterior. En cambio, en la representación directa, el representado queda vinculado con los terceros en virtud del negoci - cio celebrado por el representante, limitándose la intervención - de éste a que su voluntad valga como voluntad del representado (27)

El negocio jurídico "*per relationem*" es un negocio jurídico ya formado, pero no tiene determinado todos sus elementos esenciales, realizándose esta determinación por una circunstancia extraña al negocio y que, indudablemente, puede consistir en la voluntad de un tercero.

Esta voluntad delimita dicho elemento para que el negocio produzca sus efectos.

En el negocio "*per relationem*" también se emite una declaración de voluntad, que trata de delimitar un elemento o varios elementos que en el negocio ya concluido o formado quedaron sin determinar. Se parte, pues, de un negocio ya formado, mientras que en la representación se utiliza ésta para hacer nacer o formar un negocio. El representante ocupa el lugar del representado; el tercero, en los negocios jurídicos "*per relationem*", se comporta como un elemento extraño al negocio sobre el que incide; no sustituye al sujeto ni actúa *alieno nomine*. De ahí que el arbitrador (tercero) no pueda configurarse como representante, en el tradicional sentido de persona que sustituye a una de las partes (28).

La función de la actividad del representante es precisamente sustituir a uno de los sujetos del negocio jurídico en la emisión de las declaraciones de voluntad tendentes a su formación (29).

En cambio, presupuesto del negocio "*per relationem*" es la existencia de un negocio formado.

III.

SEGUNDO PRESUPUESTO:

Que el contenido del negocio o alguno o algunos elementos esenciales sean meramente determinables.

En la estructura de todo negocio jurídico deben distinguirse, según DIEZ-PICAZO (30), elementos subjetivos, objetivos y circuntanciales (o accidentales, según otra terminología muy generalizada), además del elemento forma, que es aquella manera como el negocio aparece, es decir, su figura exterior, y el elemento contenido.

1

ELEMENTO SUBJETIVO.

Los sujetos que intervienen en la fase de formación o perfección de un negocio no pueden determinarse "*per relationem*" porque lógicamente y cronológicamente son anteriores al mismo nacimiento de la "*relatio*"; es necesario el concurso de su voluntad para que el

negocio surja y sólo ellos podrán establecer la manera de determi
nar aquél o aquellos elementos que, en otro caso, pudieran quedar
indeterminados.

Sin embargo, es admisible que los sujetos que intervengan en
la fase de ejecución del negocio sean distintos de los que lo hi-
cieron en la fase de formación. Este fenómeno es normal en los ne
gocios unilaterales, donde el sujeto de la ejecución -destinata -
rio de aquella primera declaración unilateral- no interviene en -
el momento de su formación, y por ello es posible que la determi-
nación del sujeto de la ejecución se realice "*per relationem*".

Como señala DIEZ-PICAZO (31), también en los negocios plurila-
terales cabe que en la ejecución intervengan personas que no par-
ticiparon en la formación. Es el caso de todos aquellos contratos
que tienen por denominador común la individualización de un suje-
to después de la formación del contrato, que algún autor ha consi-
derado como supuesto de 'formación progresiva del sujeto' y en --
los que es posible la determinación "*per relationem*", ya que no -
estamos ante una formación sucesiva de un negocio, como se ha pre
tendido sostener, sino ante un negocio formado pero determinable
alguno de sus elementos.

2

ELEMENTO OBJETIVO

Donde se puede dar la más amplia indeterminación es en el ob-

jeto del negocio. Y, en consecuencia, es también el elemento obje -
tivo en donde tiene más campo de aplicación la determinación me -
diante "*relatio*".

Partimos, para nuestro estudio, de considerar el objeto del -
negocio como elemento autónomo, no identificable con el contenido,
con el fin ni con las cosas. Objeto será, como dice el profesor -
ALBALADEJO (32), la materia del negocio, es decir, los bienes, --
utilidades, intereses o relaciones sobre que recae la voluntad ne -
gocial, o, si se quiere, que se regulan por el negocio. En otro -
caso, el objeto sería un doble inútil de otros elementos e impli-
caría una peligrosa confusión de conceptos (33).

Entre los requisitos o cualidades que debe reunir el objeto -
negocial, además de los de posibilidad y licitud, está la determi -
nación o determinabilidad, requisito éste que tiene especial sig-
nificación en la elaboración del negocio "*per relationem*", que, -
en general, aparece cuando el objeto es determinable mediante un
criterio objetivo de determinación o por la voluntad de un terce-
ro. Lo que no puede faltar es la determinación, sea en su sentido
estricto, o mediante la determinabilidad, siempre que exista una
voluntad negocial para lograrla. No compartimos la opinión de un
sector importante de la doctrina (34) que considera posible la de -
terminabilidad de un objeto totalmente indeterminado. Sin embargo,
esto ofrece serias dificultades, pues para que pueda realizarse -
la determinación es presupuesto necesario un negocio formado en -
el que, aunque sea en sus rasgos mínimos, tiene que estar delinea -
do el objeto. Este, en suma, puede ser determinable pero no inde-

terminado. No es posible una inicial formación del negocio con ab soluta indeterminación del objeto, porque sería tanto como admi - tir, según afirma DIEZ-PICAZO (35), la existencia y validez de u - una declaración de voluntad llamada a ser jurídicamente ineficaz, sin un soporte material, prácticamente caída en el vacío.

Para DIEZ-PICAZO (36), en el negocio hay una primera determi - nación-conversión de lo indeterminado en determinable, que ha de ser obra de las partes, y sólo la segunda determinación -conver - sión de lo determinable en determinado- puede encomendarse a un - tercero. Entendemos que solo cabe el negocio "*per relationem*" - en esta segunda conversión de lo determinable en determinado.

3

LOS ELEMENTOS CIRCUNSTANCIALES O ACCIDENTALES.

La "*relatio*", según la doctrina italiana mayoritariamente, ac - túa también respecto a los elementos circunstanciales (o, según - nuestra común terminología, elementos accidentales), como son la condición, el término y el modo (37).

Nada impide que las partes remitan a criterios extraños al ne - gocio la determinación de la condición, el término y el modo.

La condición puede ser determinada "*per relationem*", dice DI - PACE (38), y pone el siguiente ejemplo: "Te doy mi reloj con la - condición que Cayo juzgue establecer". En esta hipótesis, conti -

nua diciendo, la voluntad condicional existe, pero se determina "per relationem"; las dos voluntades, la condicional y "per relationem", coexisten.

Es incuestionable que en el supuesto propuesto como ejemplo hay un negocio condicional, ¿pero puede también predicarse de él que sea "per relationem"? ¿El hecho de que la condición sea determinable "per relationem" comunica al negocio, del que es elemento accidental, el atributo de "per relationem"?

DI PACE parecè inclinarse por una respuesta afirmativa, aunque la cuestión no quede suficientemente clara. De un lado, considera la condición determinable "per relationem"; es un supuesto de voluntad no autónoma, que, por consiguiente, genera un negocio también "per relationem". Y de otro, (39) entiende que la condición no sirve para individualizar el contenido del negocio, constituyendo un límite a la voluntad misma, por lo que pudiera pensarse que no es generadora de una verdadera "relatio" negocial.

Por nuestra parte, creemos que en este caso existe una voluntad negocial autónoma, porque el hecho de que las partes establezcan una condición determinable "per relationem" no afecta a la calificación del negocio, y esto en base principalmente en la distinción entre negocio "per relationem" y negocio condicional, como figuras jurídicas diferentes.

Cuestión de suma importancia para nuestro estudio es la distinción entre negocio "per relationem" y negocio condicional, porque en una primera aproximación la dinámica relacional y la condi

cional pudieran confundirse.

Ambas figuras crean una situación de incertidumbre y la necesidad de remover un obstáculo para que los efectos queridos por las partes se produzcan. Pero así como la incertidumbre es esencial para la condición, no ocurre lo mismo con la "*relatio*".

Entendemos por condición la limitación añadida a una declaración de voluntad en virtud de la cual un efecto jurídico o su cesación se hace depender de una circunstancia incierta para el saber humano. También se llama condición a la circunstancia misma, es decir, el acontecimiento incierto del que se hace depender los efectos del negocio (40).

En el negocio condicional, la voluntad sólo quiere el negocio en un caso determinado: no es que se quiera una cosa y luego otra, sólo se quiere bajo condición (41).

La contemplación de un suceso incierto (o, como dice el Código civil, con expresión poco afortunada, suceso futuro e incierto) es lo que caracteriza a la condición, en su aspecto técnico. En cambio, en el negocio "*per relationem*" el hecho extraño que se incorpora al negocio es siempre cierto en su producción, o presupone la certeza de su realización.

La condición no puede referirse a un suceso presente o pasado, pues falta en ellos la incertidumbre (aunque es preciso reconocer, en nuestro Derecho, la excepción del art. 1113 del Código civil, tan debatido, al incorporar también la incertidumbre el suceso pasado que los interesados ignoren). Nada impide que la "*relatio*" -

pueda consistir en un hecho pasado (42) o presente. Pero no sólo en esto radican las diferencias entre ambas figuras. Son más importantes las que descubrimos desde su aspecto funcional.

En primer término, la condición hace incierto el negocio sujeto a ella; la "*relatio*" asegura la determinabilidad de alguno de los elementos y hace cierto el negocio mismo. No cabe duda que en ambos negocios existe una incertidumbre, pero mientras en el condicional esa incertidumbre es absoluta, en el negocio "*per relationem*" es solamente relativa.

Por otro lado la condición no incide en ninguno de los elementos del negocio; el suceso incierto permanece ajeno a él; su cumplimiento o no, afecta a todo el negocio. Por eso se define la condición como una disposición de la parte que enlaza por un nexo hipotético el precepto del negocio a una determinada previsión, para suspender o resolver, al producirse, la regulación de intereses establecida (43).

La "*relatio*" se integra en el negocio ya formado para determinar algún elemento y, en cierto modo, forma parte de la estructura esencial de la regla de autonomía privada. Sin la "*relatio*", dice GIORDANO-MONDELLO (44), el negocio no puede aspirar a estar completo, ya que falta el medio necesario para conseguir la determinación de algún elemento, que de otra manera quedaría indeterminado.

Es indudable que la condición influye sobre los efectos jurídicos, constituyendo en tal sentido una causa de eficacia del ne-

gocio. Pero es igualmente indudable que no toda causa de eficacia constituye una condición.

A la más superficial observación, dice FALZEA (45), emerge al menos la certeza genérica de que la condición no es un determinante autónomo, y tampoco el determinante principal de la consecuencia jurídica; es, en todo caso, un elemento colateral, un coeficiente accesorio, que no despliega efectos por sí solo, sino en concurso con otros factores. A la producción de los efectos jurídicos concurren factores principales y secundarios. Entre estos últimos se encuentra la condición.

Para PERLINGIERI (46) la condición no tiene, por su definición, existencia autónoma; su concepto es esencialmente accesorio y marginal. El negocio condicionado existe antes de verificarse la condición, y esto quiere decir que la condición es elemento externo al negocio.

La "*relatio*" también se considera por la doctrina como elemento externo, colateral y marginal, porque presupone la existencia del negocio jurídico, pero no se identifica con la condición.

FALZEA (47) hace notar que en todo negocio jurídico se incluyen dos categorías de elementos, esenciales o principales unos, (causa de la eficacia), y otros inesenciales o marginales (concausa de la eficacia). Estos, a su vez, pueden presentarse como concausa necesaria o concausa accidental. Entiende por concausa el elemento externo al *nomen iuris* pero indispensable para la producción de sus efectos. La categoría general de la concausa jurídica

comprende todos aquellos elementos del negocio a los que el Derecho asigna una función colateral en la determinación de la eficacia jurídica de un acto.

Pero así como la condición comunica la incertidumbre a los efectos, en la hipótesis de coelementos necesarios, estos permanecen ciertos, la incertidumbre incide sobre el sujeto o el objeto del negocio, es decir, de los coelementos necesarios depende que el negocio en sí mismo cierto, se atribuya a un sujeto en lugar de a otro, o se refiera a uno y otro objeto, aunque no directamente. De ahí que se distinga la condición como concausa accidental de eficacia, de la concausa necesaria, la cual cuando es constitutiva de eventos futuros e inciertos da lugar a fenómenos distintos de los condicionales (48).

La "*relatio*" es una concausa necesaria, mientras la condición es una concausa accidental.

De lo expuesto hasta ahora resulta que un negocio condicional cuya condición venga determinada "*per relationem*" no origina incertidumbre en cuanto a la estructura del negocio, sino sólo respecto a sus efectos.

Para el negocio en sí, es indiferente que una condición sea determinada o determinable y que ésta se realice o no "*per relationem*". La "*relatio*" opera en relación a la condición, pero completamente extraña al negocio, que queda ajeno a ella.

Si consideramos "*per relationem*" un negocio condicional, con condición determinada "*per relationem*", estaremos asignando a la "*relatio*" una función condicional, y ya hemos visto que ambos ele

mentos (llámense concausa o requisitos esenciales). tienen fun --
ción distinta. Pertenecen a un mismo género, pero como especies -
distintas.

Creemos más correcto considerar que no existe negocio "*per re*
lationem" en el negocio condicional, sino negocio condicional con
condición "*per relationem*".

Lo que hemos dicho de la condición puede predicarse igualmen-
te de los negocios a término y modales, cuando el término y el mo
do se determinan "*per relationem*". Se trata de negocios a término
con término "*per relationem*" y de negocios modales con modo "*per*
relationem".

No cabe, pues, calificar un negocio de "*per relationem*" cuan-
do los elementos extraños a que remiten las partes sirvan solamen
te para delimitar una condición, un término o un modo.

En un negocio condicional con condición determinada mediante
"*relatio*" todos los efectos se retrotraen al momento de la perfec
ción del negocio. Por el contrario, en un negocio "*per relationem*"
(p.e., la venta de bienes futuros) no es posible que los efectos
se retrotraigan al momento de la conclusión. La cosecha vendida, -
verbigracia, no puede pertenecer al comprador durante el tiempo -
que no existió.

EL ELEMENTO CONTENIDO.

Para DIEZ PICAZO (49) el contenido del negocio es algo perfectamente diferenciado de los otros elementos, como los subjetivos, objetivos y los circunstanciales. Estos constituyen solo una realidad exterior. Por el contrario, el contenido del negocio es su interna sustancia, a la cual sirven de soporte o de sustrato material los elementos exteriores.

Siguiendo a BETTI (50), el contenido del negocio jurídico es un precepto de la autonomía privada en orden a concretar intereses propios de quien los formula, precepto destinado a tener eficacia constitutiva, es decir, a desplegar inmediatamente los efectos correspondientes. El contenido, en suma, está formado por el conjunto de derechos y deberes que las partes establecen para regular sus propios intereses. Entre estos derechos y deberes se comprenden tanto los que son necesarios o consustanciales con la clase de negocio como los que las partes tienen a bien formular o definir mediante determinaciones de su voluntad. De aquí surge la distinción entre contenido esencial y contenido accidental del negocio.

Desde un punto de vista jurídico, no cabe la determinación mediante la "*relatio*" de todo el contenido del negocio (llámese precepto o voluntad). Para que la "*relatio*" actúe es necesario una formación del negocio, aunque sea mínima, ya realizada; supone --

que las partes hayan fijado el contenido esencial del negocio.

Como dice DI PACE (51), se puede hablar de mayor o menor indeterminación concreta del contenido del negocio, pero no de absoluta indeterminación de éste.

Así como no es posible la determinación "*per relationem*" del contenido esencial, porque daría lugar a una indeterminación del mismo negocio y, en consecuencia, de su existencia, cabe la posibilidad de determinar su contenido accidental, mediante la remisión a elementos extraños al mismo negocio (52).

DI PACE (53), al hablar del negocio "*per relationem*" en sentido formal, sostiene que en tales negocios la "*relatio*" puede afectar a todo el contenido volitivo o sólo a parte del contenido. Pero nosotros creemos que en lugar de a todo el contenido volitivo, la "*relatio*" solo puede afectar a la manifestación del contenido volitivo, ya que los negocios "*per relationem*" en sentido formal son, como hemos dicho, las manifestaciones indirectas mediatas de una voluntad autónoma. Y refiriéndose el reenvío a la manifestación de voluntad, sí es posible que la "*relatio*" comprenda toda la manifestación del contenido volitivo. En este caso dicha remisión total no afecta a la existencia misma del negocio, que es ya, de por sí, existente y perfecto.

Otro tanto ocurre con la "*relatio explicativa*". Como también se refiere a la manifestación, no existe inconveniente alguno para que la remisión se haga de todo el contenido.

Cuestión distinta -y de la que trataremos más adelante- es si

tanto el negocio "*per relationem*" en sentido formal como la "*relatio*" explicativa' constituyen un verdadero negocio *per relationem*".

5

ELEMENTO FORMA.

Una de las cuestiones más conflictivas en la construcción dogmática del negocio "*per relationem*" es la referente a la forma, a si en ella cabe la "*relatio*".

La doctrina más extendida (54) considera que el negocio formal -su contenido- no puede surgir válidamente fuera de la forma establecida. Por tanto, no es posible determinar el contenido --- "*per relationem*", acudiendo a una fuente de conocimiento extraña al negocio a la que se haga referencia (p. e., otro negocio). Sería necesario que este otro negocio pudiera considerarse integrado con el primero en un acto objetivamente complejo.

Sin embargo, nosotros creemos que no debe negarse de manera tan categórica la posibilidad de la "*relatio*" en los negocios que exijan forma solemne. Dentro de la categoría de los negocios formales, es preciso distinguir, en relación al tema que nos ocupa, dos supuestos diferentes:

- a) Determinación "*per relationem*" de la forma, sin más, y
- b) Determinación del contenido o de algún elemento en negocios jurídicos que exigen forma solemne.

A nuestro parecer, así como no cabe la posibilidad de negocios "*per relationem*" en el primer caso, puesto que si se exige una determinada forma, ésta no puede realizarse mediante la remisión a elementos extraños (indirectos, mediatos o accidentales), porque entonces el negocio no existiría, y esto es un presupuesto esencial, como hemos visto anteriormente, para que surja el negocio "*per relationem*".

En cuanto al segundo supuesto, en que la determinación no autónoma (mediata, indirecta o por elementos accidentales) actúa sobre el contenido o algún elemento esencial, opinamos que merece distinto tratamiento, y no excluimos la posibilidad del negocio "*per relationem*" (55).

Algunos autores italianos (56), no dudan en admitir el negocio "*per relationem*", entre la categoría de los negocios que exigen forma solemne, cuando la "*relatio*" es explicativa o formal, es decir, cuando consiste en una manifestación no autónoma, ya que en este caso el negocio tiene perfectamente determinado el contenido y los elementos y sólo su manifestación es la que se remite a elementos extraños al propio negocio.

La duda surge cuando se trata de la "*relatio*" sustancial, que constituye el aspecto más interesante del fenómeno relacional. La función de la "*relatio*" no consiste en perfeccionar el negocio al que accede, ya perfecto, sino en hacer determinado el elemento que sólo era determinable, a fin de que el negocio pueda desplegar los efectos económicos y sociales deseados por las partes.

Como dice GIORDANO-MONDELLO (57), en los negocios formales el contenido preceptivo tiene un valor y una eficacia jurídica en tanto en cuanto se revista de la forma determinada, requerida por la exigencia general de seguridad en las relaciones. La forma cumple siempre la función de garantizar el conocimiento y exteriorización del negocio cualquiera que sea la concepción que aceptemos (teoría subjetiva o preceptiva).

Si lo que trata el ordenamiento jurídico, al exigir la forma solemne, para algunos negocios, es lograr la certeza y seguridad jurídicas, no se pone en duda esta certeza y seguridad por el hecho de que las partes acuerden la determinación de algún elemento mediante la remisión a criterios extraños al negocio. Porque de terminable no quiere decir indeterminado; si fuera indeterminado, la misma existencia del negocio se pondría en duda al precisar un nuevo acuerdo para su ulterior concreción.

Por otro lado, la realidad práctica nos ofrece casos de negocios solemnes "*per relationem*" (el testamento). En este mismo sentido, GIORDANO-MONDELLO (58) llega a la conclusión de la admisibilidad de la "*relatio*" determinativa también en los negocios formales. En contra se manifiesta CORRADO (59), para quien los negocios formales no pueden ser expresados "*per relationem*" a una fuente de conocimiento a ellos extraña, viniendo a prejuzgar en tal modo el rigor del formalismo. SANTORO PASSARELLI (60) dice que el contenido del negocio solemne no puede deducirse de una fuente que no sea la declaración negocial, debe resultar del acto. Por eso, agrega, no es, en concreto, posible un negocio solemne -

"*per relationem*", es decir, que haga referencia a determinaciones de la voluntad ajenas a la declaración. Tampoco es favorable a la "*relatio*" en el negocio formal FERRARA, Cariota (61). A su juicio, es, en tesis de principio, nulo el negocio solemne en cuanto falta la forma de manifestación de voluntad impuesta por la ley. Insiste en esta misma línea de pensamiento BETTI (62). Puesto que la intención negocial -afirma- no tiene eficacia sino en la medida en que es expresada, debe deducirse de las palabras empleadas el contenido esencial del negocio jurídico; y donde la ley o la conciencia social lo exijan, este debe resultar de modo explícito y completo, sin que sea admisible remisión o referencia a datos o hechos extrínsecos al negocio.

La doctrina, pues, se encuentra ciertamente dividida. Mientras unos admiten la "*relatio*" en toda clase de negocios, incluso los formales, otros excluyen precisamente éstos, fundándose en líneas generales, en que el contenido y los elementos del negocio solemne no pueden deducirse de una fuente distinta a la propia declaración negocial.

Nosotros, como hemos dicho más atrás, creemos preciso distinguir, dentro del negocio formal, entre la forma en sí, cuando esta es *ad solemnitatem*, en que, en efecto, no es posible dejar su determinación mediante "*relatio*", y otros elementos del negocio formal, en que entendemos que sí es posible que actúe la "*relatio*" - cuando ésta deja intacta aquélla.

Para MESSINEO (63) no es posible la "*relatio*" en la forma cuando es constitutiva porque no admite equivalente; pero será po

sible dentro del propio negocio formal cuando la "*relatio*" se refiere a otros elementos.

NICOLO (64), que ha tratado con profundidad esta cuestión, advierte que, si bien es verdad que una autorizada doctrina afirma que la "*relatio*" no es posible en los negocios formales, a su juicio esta afirmación no es exacta porque refuerza, sin razón, el rigor de la forma en un sistema demasiado orientado en sentido formalístico. El criterio que la ley desea seguir -agrega- cuando establece la necesidad de la forma está en relación directa con la naturaleza del efecto, de modo que el ámbito de aplicación de la norma que establece el requisito de la forma como condición o presupuesto de la validez del acto, deba delinearse en relación a determinados efectos típicos más que en relación al contenido integral de la declaración en su posible configuración concreta. Desde un punto de vista general -añade- puede afirmarse que el criterio que determina para los negocios formales los límites de admisibilidad de la "*relatio*" es idéntico al establecido para los negocios acogidos al sistema de libertad de forma; la diferencia es puramente cuantitativa, porque en los primeros -formales- el contenido mínimo necesario de la declaración debe acomodarse al tipo de efecto en función al que se prescribe el requisito o exigencia formal, pudiendo precisar una definición más completa, sea en orden al objeto o al propio tipo negocial de que se trate.

En consecuencia, es admisible la "*relatio*" -que, como sabemos, se resuelve en una integración del contenido de la declaración -- por medio de una fuente distinta de la directa determinación de -

los sujetos- que consista en una ulterior determinación que respete la exigencia formal del negocio. La disposición que contenga - la "*relatio*" debe estar en conformidad con la forma, y sólo será ineficaz si no respeta el contenido mínimo necesario del negocio en orden al que está prevista la propia exigencia formal.

IV

TERCER PRESUPUESTO:

La determinación se realiza mediante la remisión a elementos extraños al negocio: La "*relatio*".

Elemento indispensable y característico del negocio "*per relationem*" es la "*relatio*". Su presencia configura al negocio jurídico como "*per relationem*". Desde un punto de vista funcional, "*relatio*" es el instrumento por el que un elemento determinable del negocio jurídico se convierte en determinado.

Para que surja la "*relatio*" es inexcusable la existencia de un negocio perfecto. Y en cuanto hecho, no supone que sea posterior al negocio en el tiempo, ya que puede consistir en un evento presente, pasado o futuro.

A simple vista pudiera parecer que estamos ante una contradicción cuando creemos posible la preexistencia de un negocio y una "*relatio*" posterior, y, a su vez, una "*relatio*" anterior a la existencia del negocio. Pero, en realidad, no hay contradicción, ya que el hecho o evento constitutivo de la "*relatio*" (incluso pasado, con relación al nacimiento del negocio), no se convierte en

tal sino en el momento que nace el negocio. Anteriormente existía sólo como simple hecho o evento. Por ello, la "*relatio*" es para GIORDANO-MONDELLO (65) un ejemplo preeminente de hecho jurídico no autónomo, que es absorbida por el negocio al solo fin de garantizar la determinabilidad de algunos de sus elementos no determinados.

Las partes dan vida a la "*relatio*" y establecen su contenido. Este no es otro que el criterio establecido para determinar aquel elemento determinable que no quisieron o no pudieron determinar.

La "*relatio*" puede contemplarse en su aspecto estático -qué es- y en su manifestación dinámica -cómo funciona-. Quizás, en -- una primera consideración parezca más relevante su aspecto dinámico, como medio o instrumento de determinación de ciertos elementos del negocio; pero en reflexión detenida, decúbrese que lo verdaderamente importante en la "*relatio*" es llegar a averiguar su naturaleza jurídica, por la influencia decisiva que tiene esta -- cuestión, no meramente doctrinal, en la cotidiana labor de interpretación y aplicación de las normas reguladoras de determinadas instituciones jurídicas.

Interesa, ante todo, considerar el fenómeno relacional de una manera unitaria en sus dos manifestaciones, como acto humano y como fenómeno de la naturaleza.

La doctrina, en términos generales, puede decirse que ha estudiado con más atención su manifestación como acto humano, con referencia concreta al caso del arbitrador. Pero creemos que no de-

ben separarse ambas manifestaciones para conseguir el adecuado en cuadramiento dogmático de la figura, ya que en ambos casos la "relatio" cumple una función similar.

El proceso lógico que da vida a la "relatio" implica, por un lado, un reenvío a una fuente externa o una referencia a un quid ya precisado precedentemente o que se precisará en el futuro. Constituye, por otro, una unión, un vínculo conceptual entre el objeto del discurso y el objeto de la "relatio". Esta unión tiene función instrumental respecto a aquella parte del discurso que parece a primera vista contener una laguna, cuya existencia justifica y determina la particular necesidad de la "relatio" (66).

Siendo la función propia de la "relatio" determinar un elemento determinable, es preciso trasladarla al campo del negocio jurídico, para saber cómo incide el elemento extraño al negocio en el negocio mismo.

El problema más complejo está en la naturaleza de la propia -determinación. Suscítase el problema de si la determinación es -- una actividad negocial, un negocio jurídico, un juicio, un hecho o un elemento que sirve para completar el negocio mismo.

1

LA "RELATIO" COMO ACTIVIDAD NEGOCIAL.

Entiéndese por actividad negocial toda actuación realizada --

por las partes encaminada a dar vida a un negocio jurídico.

Como hace notar el profesor DIEZ-PICAZO (67), la celebración del negocio jurídico exige de las partes la emisión de una serie de declaraciones sobre cada uno de los puntos del negocio. Cada una de estas declaraciones de voluntad puede, sin dificultad, denominarse actividad negocial. En el supuesto que ésta consista en la declaración de un tercero, lo que ocurre es que las partes omitirán su declaración sobre determinados puntos del negocio, remitiéndose al tercero (arbitrador), de suerte que éste también realiza una actividad negocial.

La incidencia de esta actividad negocial sobre el negocio "*per relationem*" ha recibido distintas explicaciones:

a) Las partes quieren aquello que el tercero declarará -- después (68), de manera que la voluntad del tercero completa la voluntad de las partes con su declaración; las partes quieren que sea su voluntad lo que el tercero determine.

b) Las partes quieren la declaración del tercero como si hubiese sido establecida por ellas mismas (69). Es decir, el tercero no hace otra cosa que declarar la auténtica voluntad de las partes (70).

Ambas teorías parten de la existencia de una voluntad incompleta que debe integrarse con una nueva declaración, para constituir una sola unidad.

La crítica de estas teorías ha sido realizada principalmente

por CARNELUTTI (71) y, entre nosotros, por DIEZ-PICAZO (72). Es -
cribe este autor: "Cuando las partes de una compraventa dejan la
determinación del precio al arbitrio de una persona, ello puede -
ocurrir por varias razones, porque el comprador pretendía que el
precio fuese 3, mientras el vendedor deseaba que fuese 5. Cuando
el arbitrador decide que el precio sea 3, 4 ó 5, no está determi-
nando la conjunta voluntad de las partes, esto es evidente. Las -
partes pudieron también remitirse al tercero con objeto de evitar
la discusión, en cuyo caso el tercero determinará una voluntad --
que prácticamente no ha existido. La decisión del arbitrador no -
es querida por las partes. Es obligatoria para las partes".

c) Otra teoría considera la actividad negocial como un ca
so de representación. Anteriormente hemos expuesto la imposibili-
dad de configurar el negocio "*per relationem*" como un negocio por
representación.

Sin embargo, creemos que ninguna de estas teorías consiguen -
dar una explicación clara de la naturaleza de la "*relatio*" como -
actividad negocial.

FURNO (73) señala que no es posible en absoluto ver una acti-
vidad negocial, normativa, en la actuación del tercero; la decla-
ración del tercero o contiene la determinación de un elemento de
la relación o constituye un juicio meramente lógico. En ambos ca-
sos la actividad del tercero es puramente intelectual, no volitiva,
y está encerrada y absorbida en la economía interna del negocio,
que sigue siendo negocio *inter partes*.

No es la voluntad del tercero la que interviene en el ciclo formativo de la relación, sino únicamente su mera declaración de contenido no volitivo, no negocial, de puro hecho. Tratar la declaración del tercero como acto dispositivo o normativo significa olvidar que las partes siguen siendo dueñas absolutas de la situación jurídica, de la relación, y que su voluntad concorde es la única técnicamente relevante para el ordenamiento jurídico; tanto es así, que la declaración del tercero viene a la relación precisamente "por concorde determinación de voluntad de las partes"; - su resultado se incluye, *a priori*, voluntariamente entre los elementos de la relación '*inter partes*'. El tercero no ejercita una actividad normativa, negocial, sino una actitud intelectual-cognoscitiva.

CORRADO (74), a su vez, afirma que para la norma es indiferente que la declaración del tercero tenga un contenido volitivo o intelectual, y tanto menos que el sujeto dé a la declaración una cierta dirección o manifestación, de tal modo que tenga la intención de querer, con su declaración, determinar la situación jurídica causada por el negocio. La "*relatio*", aunque consista en una declaración, no participa activamente en la creación del cambio individualizado en cada actitud del negocio, sino que realiza una función pasiva de evento por el que se deduce que ha sido querido.

Por otra parte, el que la declaración de un tercero sea obligatoria para las partes no dice nada acerca de cuál sea la naturaleza de la actividad negocial. La declaración no tiene más valor que, v. gr., un listín de bolsa. Ambos cumplen la misma función,

están en un mismo plano: hacen determinado lo que antes sólo era determinable.

2

LA "RELATIO" COMO NEGOCIO JURIDICO.

GIORDANO-MONDELLO (75) ha puesto de relieve que la construcción de la declaración del tercero, en la hipótesis considerada como arbitrador, como negocio jurídico, ha encontrado adeptos por parte de la doctrina, a pesar de las muchas objeciones que se le han hecho, tanto de los que adoptan un criterio subjetivo del negocio, como por parte de los que propugnan una concepción rigurosamente objetiva.

Para DIEZ-PICAZO (76), la actividad del arbitrador, naturalmente, no es, por sí sola, un negocio jurídico. La actividad viene a encajarse dentro del negocio jurídico celebrado por las partes.

Y tanto desde el punto de vista de la doctrina tradicional o voluntarista como del de la concepción normativista del negocio jurídico, la voluntad del tercero no adquiere autonomía negociada.

En la concepción voluntarista no es posible considerar negocio jurídico la declaración del tercero, ya que ésta se emite para determinar un elemento determinable y no para conseguir un cambio en las relaciones jurídicas de las partes; el tercero puede -

muy bien no haber dirigido su voluntad a los fines negociales de la situación efectiva.

Es evidente que, aun siguiendo la doctrina tradicional, el es quema o estructura del negocio no puede ser adecuadamente utiliza do para aclarar la naturaleza jurídica de la "*relatio*" (77).

En cambio, SANTORO PASSARELLI (78) afirma, refiriéndose a la disposición a título particular en favor de persona a elegir por un tercero entre más personas determinadas por el testador, que se explica mediante la combinación de dos negocios unilaterales. De un lado, un negocio de atribución patrimonial, a favor de la persona que será elegida por el tercero y subordinada a la *conditio iuris* de la elección; y junto al negocio de atribución, coloca un negocio autorizativo, que es aquel por el que el testador atribuye al tercero el derecho a poder influir, con una declaración de voluntad, sobre una esfera jurídica extraña (la esfera jurídica patrimonial constituida por la herencia del testador).

La determinación del arbitrador no tiene, de por sí (como acto del tercero), carácter de manifestación negocial, en el sentido que el tercero no sustituye la propia voluntad de las partes y menos aún puede admitirse que la determinación del tercero constituye un negocio jurídico distinto, con su propia relevancia y eficacia, incluso dándole el carácter de auxiliar.

La declaración del tercero encierra un acto de Ciencia o de inteligencia, que ha de imponerse a las partes, no por voluntad del tercero, sino por voluntad exclusiva de las partes mismas, --

que lo han anteriormente asumido, en su materialidad, como elemento determinativo del negocio entre ellas concluido.

VON TUHR (79), por su parte, señala que en ocasiones se exige que las declaraciones de las partes vengan completadas o reforzadas por otras, ya sean de las mismas partes o de terceras personas (estas declaraciones accesorias son, aisladamente consideradas, negocios jurídicos unilaterales, y, a su vez, parte integrante del negocio jurídico al que se incorporan, completándolo) para determinar con mayor precisión el contenido del negocio jurídico. Y cita como ejemplos, la elección en las obligaciones alternativas, o el acto de llenar un formulario o documento firmado en blanco.

Con la teoría normativista (80), es más fácil distinguir los sujetos de la volición negocial del negocio mismo. Este, una vez que surge, adquiere su propia autonomía, alcanzando naturaleza perceptiva y vinculante.

Aplicando esta doctrina a la declaración del tercero parece incuestionable que su comportamiento como tal no alcanza la potestad de crear normas jurídicas; no es posible, en consecuencia, concebir su declaración como negocio jurídico. La declaración, el juicio (la fijación) del tercero arbitrador es, ciertamente, un acto intelectual y no puede ser considerado, a juicio de FURNO (81), de ningún modo y en ningún caso como un acto de voluntad, como un negocio.

LA "RELATIO" COMO JUICIO.

También se ha intentado configurar la "*relatio*" como juicio, especialmente al estudiar el caso del arbitrador.

Es corriente, dice CARNELUTTI (82), considerar el arbitrio no como una actividad negocial, sino como un juicio, que no tiene el carácter de emitido por un Juez investido de poder jurisdiccional, ni tampoco del que emite un árbitro o Juez privado en la cuestión sometida a su decisión. En el caso del arbitrador se trata de un Juez llamado a decidir un conflicto de intereses. De ahí que haya sido definido por DIEZ-PICAZO (83) como aquella actividad mental cuyo objeto es dar certidumbre a una realidad problemática o in - cierta.

Presupuesto lógico y necesario para la actuación del tercero es la existencia de una realidad incierta cuya resolución se le encomienda. No es esencial, en cambio, la controversia, ni que -- las partes tengan posiciones antagónicas. Por ejemplo, en la de - terminación del precio en la compraventa, es suficiente que acuer - den la remisión al tercero si han convenido, en el momento de la - formación del contrato, no decidir sobre la fijación del precio. Esta falta de acuerdo puede derivarse bien porque no se mantiene ninguna posición, bien porque exista desacuerdo.

Entendido el juicio como actividad destinada a resolver con - flictos de intereses entre partes, es evidente que la declaración

emitida por un tercero no puede ser considerada como juicio. Y menos aún cuando la "*relatio*" consiste en la remisión a un simple -
dato (como pueda ser una fecha o a listines de mercado).

El profesor DIEZ-PICAZO (84), sin negar que la actividad des-
tinada a resolver los conflictos de intereses entre partes es la
más importante forma de juicio jurídico, admite que el juicio pueda
producirse en ocasiones diferentes; ante realidades problemáticas,
de distinto cariz, y que el concepto se hace utilizable para
el tratamiento del arbitrio del tercero. Cuando las partes, entre
quienes no hay conflicto ni controversia, dice, encomienden a un
tercero la determinación de un precio, no se le pide al tercero -
que resuelva un conflicto, sino que solucione un problema que le
ofrecen. Para el arbitrador la realidad se presenta problemática
y necesita desarrollar una actividad mental que le dé certidumbre.
Cuando el arbitrador dice "el precio es X", no resuelve un conflicto,
que no tiene por qué existir, pero emite un juicio. Y te-
niendo presente este concepto de juicio y considerando que no ---
existe antagonismo entre juicio y actividad comercial llega a la -
conclusión de que no sería aventurado hablar de un *judicium in nego*
tio, que, junto al clásico *judicium in litigio*, compusiera la especie
de los juicios privados, porque -agrega más adelante- los juicios
negociales, como categoría específica de los juicios privados,
permiten la armonización de dos ideas aparentemente antagónicas
-juicio, negocio- y la configuración de un concepto que puede
ser de alguna utilidad para la Ciencia del Derecho.

El negocio -aparte de que la voluntad sea su fuerza vivifica-

dora- es una realidad objetiva, la realidad de una autorregula ci ón de intereses en las relaciones privadas, con expresión de BE TTI. Por ello, no es necesario acudir a la coincidencia de voluntades para explicar la manera que el árbitro se encaja en el nego ci o.

El desarrollo y elaboración del negocio exige a veces una actividad comercial de las partes que no se agota en sí misma, por q ue es preciso acudir para ello a la actividad de un tercero, --- cuando las propias partes lo hayan acordado así. El arbitrio e n tonces se presenta como una fase del desarrollo comercial, o, como dice DIEZ-PICAZO, es un jalón del *iter* comercial por su propia naturaleza, y por su propia naturaleza también pasa a ser un elemento componente del mismo negocio. Y como el arbitrador juzga y decide, añade el mismo autor, el negocio se compone, en algunos casos, de una actividad de las partes y del juicio de un tercero. Este, al juzgar o decidir, establece una regla parcial a los inte reses de las partes. Entiende que la manera de explicar su inserción en el negocio jurídico no puede ser más que acudiendo al mecanismo de la remisión. Las partes se remiten al juicio de un ter cero. El arbitrio es siempre un caso de remisión en el negocio ju rídico. A su juicio, la decisión del tercero funciona como cri te rio exterior y obligatorio al que las partes remiten; y no hay in conveniente en admitir que entre con la actividad de las partes a componer el negocio jurídico, lo que no choca con su auténtica na turaleza jurídica. La actividad del arbitrador es, en sí misma, - un juicio; pero, en cuanto ordenada por las partes, en cuanto objeto de su remisión, se convierte en una actividad comercial.

La actuación del tercero como juicio y actividad negocial, que propugna el profesor DIEZ-PICAZO, no satisface plenamente a la doctrina. FURNO (85) y SCADUTO (86) están entre sus más relevantes impugnadores.

Es correcto por ello hablar de actividad en la actuación del arbitrador, pero no lo es calificar esa actividad negocial. Es un juicio, sí, la declaración del arbitrador, pero un juicio lógico intelectual, y no un juicio negocial.

Sin embargo, tampoco esta conclusión nos aclara la verdadera naturaleza de la "*relatio*". Afirmar que la declaración del arbitrador es un juicio lógico, sin más, no desentraña la cuestión que -suscita la interacción de un tercero en el negocio ni la naturaleza de la "*relatio*"; para desentrañar el problema será preciso averiguar qué es el juicio lógico para el negocio en el que se integra.

4

LA "RELATIO" COMO HECHO.

Suele definirse el hecho jurídico como todo suceso o acontecimiento al que el ordenamiento atribuye la virtud de producir, por sí o en unión de otros, un efecto jurídico, es decir, la adquisición, la pérdida o la modificación de un derecho, o, en general, -con más precisión- la producción de cualquier alteración en la situación jurídica preexistente (87).

El concepto de hecho entendido sólo como el acontecimiento de

la realidad al que el derecho reconoce consecuencias jurídicas, - comprendiendo entre estas sólo la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos, es insuficiente e incompleto, porque los efectos del hecho jurídico no pueden limitarse a aquellas consecuencias jurídicas taxativamente enunciadas. Del hecho jurídico pueden derivarse consecuencias distintas a la creación, modificación o extinción de derechos subjetivos, como ha puesto de relieve la doctrina italiana desarrollando el concepto de '*rilevanza giuridica*' entendida como la aptitud del hecho para ser punto de referencia de consecuencias jurídicas, ampliando con ello la no - ción del hecho jurídico (88).

También singular atención ha merecido el concepto de hecho jurídico por la doctrina alemana (cuya exposición detenida rebasa - los propósitos de nuestro estudio), sobre todo a partir de las sugestivas y ya clásicas formulaciones de OERTMANN, para quien toda modificación jurídica se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, necesitando, por tanto, ciertos procesos de actividad percepti - bles por los sentidos, o requisitos de hecho a los que va ligado como consecuencia un efecto jurídico. Tales acontecimientos con - importancia jurídica son los hechos jurídicos, constituidos por - dos elementos, a saber, un hecho o acontecimiento positivo o nega - tivo y una declaración del ordenamiento jurídico que ligue con -- aquel hecho determinado efecto jurídico. Ambos elementos son igual - mente necesarios para el nacimiento del efecto jurídico, por lo - que la vieja disputa sobre si es el hecho o el precepto el que -- produce el efecto jurídico constituye, por anticipado, un plantea - miento erróneo de la cuestión. Constituye, a su juicio, un error

hablar de origen legal de los derechos, puesto que la Ley, en éste como en los demás casos, no es otra cosa que la premisa mayor (causa remota) a la que se le agrega el requisito de hecho concreto, a modo de premisa menor en el sentido lógico, como causa próxima, para que se produzca la conclusión jurídica (89).

Otra opinión, hoy bastante consolidada, muestra su disconformidad con el pensamiento de OERTMANN, por entender que el fenómeno de calificación jurídica del hecho y la atribución de consecuencias no constituyen operaciones distintas, por cuanto son aspectos de una misma relación entre hecho y norma jurídica (90). Esta conexión entre hecho y norma jurídica viene a ser destacada en particular por GIORDANO-MONDELLO (94) para la construcción de lo que podríamos llamar teoría general del negocio "*per relationem*". En su opinión, cualquier acontecimiento del mundo exterior tiene en sí aptitud para ser tomado en consideración por la norma, porque cualquier acaecer de la multiforme realidad social y jurídica es apto para servir de presupuesto de determinadas consecuencias jurídicas. Hecho y norma, a su juicio, constituyen dos términos de una relación sin la que no puede verificarse el fenómeno. El hecho, por tanto, no es causa; pero la norma precisa la mediación del hecho para producir efectos jurídicos. Cuando hablamos de hecho jurídico, en la propia terminología está ya insito el momento inicial del fenómeno, que es común a todos los fenómenos jurídicos, porque sin la valoración normativa ningún fenómeno de la realidad puede calificarse de jurídico. Ahora bien, el hecho es jurídico sólo en cuanto, en cierto modo, le toma en consideración la norma. Antes de ello, no es más que un mero acontecimiento, un

fenómeno extrajurídico.

Aplicando lo anterior al tema de nuestro estudio, ¿puede considerarse la "*relatio*" como un hecho jurídico?.

A primera vista, parece incuestionable que la "*relatio*", considerada en sí misma, aisladamente, no produce efectos jurídicos; sólo los produciría si pudiera ser contemplada por la norma, ya - que hecho y norma constituyen los dos términos de una relación -- sin los cuales no pueden verificarse el fenómeno (el hecho jurídico).

La "*relatio*" accede a un negocio jurídico perfecto, que necesita de ella para que se produzcan los efectos jurídicos del propio negocio. Es decir, la "*relatio*", por sí, no produce efectos. Estos tienen lugar en cuanto, con ocasión de la "*relatio*", se dan los presupuestos necesarios que el ordenamiento jurídico establece para que se produzca una consecuencia jurídica.

Es el negocio jurídico, en el que se incrusta la "*relatio*", - el que produce los efectos; no la propia "*relatio*". Existe un solo negocio y unos solos efectos.

Sin embargo, GIORDANO-MONDELLO (92), construye la "*relatio*" - como hecho jurídico, sobre la base de distinguir entre hechos jurídicos autónomos y no autónomos, según que la norma tome en consideración el hecho directamente o indirectamente por medio de la potestad normativa de la autonomía privada, y sitúa la "*relatio*" entre los hechos jurídicos no autónomos, cuya '*rilevanza*' es asumida por el precepto negocial al único fin de garantizar la deterg

minabilidad de los elementos del negocio que están indeterminados. Entiende que la manera en que la norma toma en consideración al hecho no es siempre la misma, pero el hecho sólo es jurídico cuando, en cierto modo, se toma en consideración por la norma. Antes de su valoración normativa no es más que un mero suceso o acontecer de la realidad, un fenómeno extrajurídico.

Considerada por GIORDANO-MONDELLO (93) la '*rilevanza*' como el modo de la contemplación normativa, distingue los hechos jurídicos, los actos y los negocios. Se da el primer fenómeno cuando la norma toma en consideración el hecho en su aspecto exterior solamente, en su objetiva materialidad; se da el segundo cuando el hecho se toma en consideración en su aspecto exterior, valorado desde los puntos de vista volitivo e intelectual; estamos ante la última categoría cuando el hecho es considerado en su contenido normativo, a saber, como fuente productora de norma jurídica.

Aplicando estos principios construye la naturaleza de hecho jurídico de cada "*relatio*", significando que la norma toma en consideración siempre en su aspecto externo.

Ahora bien, cuando el hecho, antes que por una norma legal de modo directo se toma en consideración por el contenido normativo del negocio, la '*rilevanza*' debe referirse al negocio y sólo indirectamente a la norma jurídica que permite el fenómeno de la autonomía privada.

En tal caso, el hecho pierde su valor de hecho jurídico autónomo. Y no en cuanto viene a formar parte del negocio, al que per

manece extraño, sino en cuanto la '*rilevanza*' deriva directamente de la fuente normativa del negocio y sólo indirectamente de una norma legislativa. En consecuencia, la "*relatio*" constituye un ejemplo preeminente de hecho jurídico no autónomo.

Hasta aquí la concepción de GIORDANO-MONDELLO, que, sin desconocer la autoridad de su pensamiento, no compartimos plenamente, porque se propone derivar la naturaleza jurídica de la "*relatio*" del carácter meramente normativo del negocio jurídico; y de que - el hecho en que consiste la "*relatio*", aunque escape a la norma, produce efectos jurídicos por la simple contemplación del negocio. Considerado éste como precepto de la autonomía privada es, al mismo tiempo, el medio por el que el ordenamiento jurídico atribuye efectos jurídicos a la "*relatio*".

Esta doctrina intenta demostrar que los efectos jurídicos derivan exclusivamente de la "*relatio*", que es ésta la que produce la consecuencia jurídica y no el negocio jurídico a que se incorpora. Pero el planteamiento no es correcto, puesto que en el negocio "*per relationem*" la consecuencia jurídica está determinada -- por las partes; nace del negocio jurídico que las partes crean, y la "*relatio*" sólo es el medio, el criterio que ellas establecen - para hacer determinado el negocio que dejan indeterminado por su libre decisión.

La "*relatio*" no produce por sí misma efectos jurídicos; sólo es ocasión de que esos efectos se produzcan. Y al no producirse - efectos jurídicos, tampoco puede considerarse un hecho jurídico - ni siquiera no autónomo.

La "*relatio*" es, simplemente, un mero hecho. (94). Si en un contrato de compraventa se deja la fijación del precio al arbitrio de un tercero o se determina con referencia a una fecha, la consecuencia jurídica viene determinada por el contrato de compraventa, no por la declaración del tercero o por el precio del día señalado. Ambas determinaciones constituyen un elemento marginal necesario para que se produzca la consecuencia jurídica, pero no son la fuente de imputación de consecuencias jurídicas y no le podemos atribuir, en rigor, el carácter de hecho jurídico.

5

LA "*RELATIO*" COMO ELEMENTO MARGINAL NECESARIO
O CONCAUSA NECESARIA.

La misión de la "*relatio*" (tanto si se trata de una declaración de voluntad, como de un mero hecho), según se ha dicho, es hacer determinado aquel elemento o contenido del negocio mediante la remisión, por decisión de las partes, a un elemento extraño al propio negocio. Está fuera de dudas que la "*relatio*" influye sobre los efectos jurídicos, y constituye en tal sentido, una causa de eficacia. Pero también es igualmente indudable que no toda causa de eficacia constituye una "*relatio*". Ni siquiera puede decirse de la "*relatio*" que sea el causante principal de la consecuencia jurídica; es siempre un elemento colateral, un coadyuvante accesorio, que no despliega su eficacia por sí solo, sino en concurso con otros factores.

A la producción de los efectos jurídicos del negocio concurren factores principales y secundarios, como dice FALZEA (95). Entre estos últimos se encuentran la "*relatio*", que es un elemento externo, colateral. En cuanto tal elemento, viene a quedar absorbido por el esquema estructural del negocio mismo.

La "*relatio*" no tiene una existencia y una eficacia jurídica propia autónoma; se toma en consideración sólo en cuanto integra el negocio jurídico. Porque éste sólo tiene una sola existencia y despliega una sola eficacia. La influencia de la "*relatio*", en cuanto a las consecuencias jurídicas, no es directa; no se realizan tales consecuencias 'en virtud' del evento sino 'con ocasión' del evento, por el hecho que este último integra o completa el negocio.

La característica diferenciadora de los elementos marginales necesarios (concausa necesaria) recae en que tales elementos inciden en la estructura intrínseca de los efectos y constituyen la fuente de determinación de los elementos estructurales de la consecuencia jurídica. Por el contrario, los elementos marginales accidentales (concausa accidental) no operan directamente sobre la estructura del acto (96).

Entre los elementos marginales necesarios se encuentran la "*relatio*", ya que su función es colateral en la determinación de la eficacia jurídica del acto.

Pone de relieve FALZEA, con agudeza, que cuando la "*relatio*"

opera como fuente de cualificación subjetiva (razonamiento que - puede extenderse a la "*relatio*" como fuente de cualificación objetiva) de los efectos es una concausa, toda vez que la persona que debe asumir las consecuencias jurídicas no está completamente determinada en base a la mera designación contenida en el acto, y precisa, a tal fin, la realización de un evento ulterior. En este caso, el negocio surge perfecto en el momento de su conclusión y tiene presente todos los factores esenciales, incluso los subjetivos; pero no puede surgir la consecuencia jurídica, - puesto que se requiere, para esto, que venga previamente determinado el sujeto al que la consecuencia deba atribuirse.

Es preciso, por tanto, la realización de un hecho ulterior - para determinar la persona a la que deba imputarse la consecuencia jurídica (97). Este hecho constituye para nosotros la "*relatio*".

La "*relatio*" constituye una concausa del acto, porque es necesaria no ya para la existencia del negocio, sino para la sola producción de los efectos. Se puede considerar como un evento o he-cho futuro o pasado, cierto en su producción, que da lugar a una situación de pendencia, que se parece a la del negocio de naturaleza condicional. Pero no debe confundirse con la condición. Porque en el negocio condicional son inciertos los efectos, pero --- cierta la persona (objeto o contenido) a la que se imputan las -- consecuencias; en cambio, en los negocios "*per relatiomen*" son -- ciertos los efectos e incierta la persona (objeto o contenido). Por todo ello la disciplina aplicable a los dos institutos tiene

notables diferencias.

La "*relatio*", además de ser una concausa (o, en otros términos, un elemento marginal), es una concausa necesaria, porque su presencia resulta imprescindible para determinar los elementos -- constitutivos de la relación; sin su concurso el negocio no puede producir sus efectos, porque uno de sus elementos no está completo. Son los casos del precio determinable en la compraventa, la compraventa de bienes futuros, el legado a favor de quien realice una determinada obra o de quien realice un determinado descubrimiento, etc. En todos ellos resulta igualmente decisiva la función de la "*relatio*". Sólo mediante el evento específicamente determinado puede realizarse la determinación del destinatario, del precio o de los bienes. En todos estos casos falta la accidentalidad, que es requisito fundamental del negocio condicional. Por otra parte, los elementos constitutivos del negocio no pueden ser considerados como condición del negocio mismo. La condición, en sentido propio, supone la constitución del negocio; es sólo una modificación de aquél. Está fuera de duda que tanto el sujeto como el objeto de una relación jurídica no son más que elementos -- constitutivos del negocio jurídico (98). La "*relatio*", siendo necesaria para determinar uno de los elementos estructurales del negocio, no posee aquella naturaleza accidental que caracteriza a la condición. Por eso, mientras la condición es una concausa accidental, la "*relatio*" es una concausa necesaria.

La "*relatio*", incluso cuando consiste en una declaración de voluntad (caso del arbitrador), es un elemento marginal, necesari-

rio del negocio (también puede denominarse concausa necesaria o requisito de eficacia).

En definitiva, creemos ya poder ofrecer un concepto de la "*relatio*". Entendida en su sentido técnico y objetivo, la definimos como un evento presente, pasado o futuro, cierto en su realización, del que depende la producción de los efectos de un negocio jurídico ya perfecto. Desde un punto de vista funcional, la "*relatio*" es el instrumento o medio para determinar el contenido o algún elemento o elementos esenciales del negocio jurídico.

En su aspecto subjetivo, la "*relatio*" supone la querida subordinación del negocio jurídico a la realización de determinado acontecimiento.

También se denomina "*relatio*" al hecho, suceso o juicio lógico mismo al que se subordinan los efectos del negocio jurídico.

6

LA "RELATIO" COMO COELEMENTO NECESARIO.

Determinada la naturaleza de la "*relatio*" como elemento que se incrusta en el negocio para que éste produzca los efectos jurídicos queridos por las partes, conviene ahora precisar el término, vocablo o expresión terminológica más adecuada para este concepto. Hasta ahora hemos utilizado indistintamente las expresiones 'elemento marginal', 'concausa' y 'requisito'.

Todas ellas expresan la misma idea, aunque desde puntos de vista diferentes.

Cuando decimos elemento marginal, se quiere destacar, sobre todo, su diferencia con los elementos esenciales, siendo éstos necesarios para la propia existencia del negocio, mientras que el elemento marginal carece de toda relevancia en el nacimiento del negocio; es marginal precisamente por su falta de protagonismo negocial.

Al hablar de concausa ponemos el acento más en el eficacia, en el binomio causa-efecto; la "*relatio*" es una concausa en cuanto contribuye a que los efectos se produzcan, pero no es la causa eficiente de ellos.

Y al utilizar la palabra requisitos queremos resaltar, sobre todo, los componentes del negocio.

En esencia, la "*relatio*" coopera, colabora con los distintos elementos del negocio en la producción de los efectos jurídicos. Esa función de producción 'junto con' otros elementos esenciales de los fines económicos-sociales del negocio jurídico nos lleva a considerar la "*relatio*" como 'coelemento'. Con ello destacamos -- también su carácter complementario.

De esta manera, en el negocio jurídico "*per relationem*" dis-tinguimos tres categorías diferenciadas:

- a) elementos esenciales;
- b) elementos naturales; y

c) coelementos, (legales o voluntarios).

Estos últimos son los que colaboran en la producción de los efectos jurídicos. Dentro de los voluntarios, podemos distinguir, a su vez, dos clases:

a') los necesarios (la "*relatio*");

b') los accidentales (condición, término y modo) (99).

La "*relatio*" es un coelemento necesario en cuanto su colaboración es imprescindible para que los fines del negocio se realicen. Su misión es concretar, determinar el contenido o algún elemento esencial del negocio; sin esta determinación el negocio no puede cumplir sus fines, ni aspirar a la plenitud de sus efectos.

Los coelementos accidentales a diferencia de lo que ocurre -- con los coelementos necesarios, suponen sólo un condicionamiento o aplazamiento de un negocio que puede desplegar por sí todas sus consecuencias, pero las partes quieren que éstas sólo se produzcan si se cumple ese condicionamiento o el límite temporal impuesto.

De ahí que, p. ej., una condición imposible se considere como no puesta y el negocio despliegue todos sus efectos (art. 1116 -- del Código civil). En cambio, una "*relatio*" imposible conduce a la ineficacia total del negocio.

DEFINICION DEL NEGOCIO JURIDICO "PER RELATIONEM"

Como el negocio jurídico puede contemplarse desde distintos y variados criterios, son muy numerosas las definiciones y las clasificaciones que se han hecho de él; a los fines concretos de este estudio, tomaremos el negocio jurídico sólo desde el punto de vista de su contenido, en un sentido amplio, o, por ello, casi mejor sería decir desde el punto de vista estructural, teniendo en cuenta, en particular, el negocio jurídico ya perfecto, pero ineficaz, para situarnos así en la zona propia del negocio "*per relationem*". Cuando hablamos de ineficacia queremos significar que es debida a la falta de determinación del contenido o de algún elemento esencial del negocio.

Trataremos de ofrecer una definición del negocio jurídico "*per relationem*", y decimos una porque es sabido que todo lo relacionado con el negocio jurídico es materia controvertida y problemática, admitiendo criterios dispares y a veces antagónicos, y además porque en términos generales siempre es difícil, como en toda definición, encerrar, en esquema, los caracteres esenciales diferenciadores de una institución jurídica.

Hecha esta aclaración, entendemos por negocio jurídico "*per relationem*" el negocio perfecto e incompleto, en el que la determinación de su contenido o de algunos de sus elementos esenciales se realiza mediante la remisión a elementos extraños al mismo.

Es esta una definición descriptiva que comprende los tres pre supuestos esenciales, necesarios y suficientes, para que el negocio pueda calificarse de "*per relationem*", a saber:

a) Que el negocio sea perfecto, en el sentido que esté -- formado, haya nacido a la vida del derecho, es decir, tenga existencia real.

En todo negocio jurídico es necesario delimitar dos momentos, el de su conclusión y el de su consumación. Normalmente conclu -- si ón y consumación se confunden, porque se desarrollan contemporá neamente; pero, sin embargo, en otros casos la consumación tiene lugar en un momento posterior. Así como la consumación presupone la conclusión del negocio, no sucede lo mismo en el supuesto in -- verso.

La conclusión hace referencia a la existencia del negocio; la consumación a su eficacia. La terminología empleada para delimi -- tar estos dos momentos en la vida de todo negocio jurídico es con -- fusa, porque en ocasiones se habla de conclusión, de formación y de perfección como términos equivalentes para indicar el momento que el negocio jurídico viene a la existencia, esto es, cuando na -- ce. Otras veces también se emplea la palabra perfección para indi -- car el momento de la consumación, es decir, cuando el negocio ju-

rídico es apto para producir las consecuencias jurídicas queridas por las partes, porque contiene ya todos los requisitos exigidos por la norma cualificadora.

El negocio jurídico "*per relationem*" es un negocio jurídico - existente o concluso, pero no eficaz y no consumado; su eficacia depende de que se realice la "*relatio*". Sólo llegado este momento puede hablarse de negocio jurídico "*per relationem*" consumado, de negocio plenamente eficaz. La realización de la "*relatio*" agota - el *iter* negocial.

b) Que el contenido o alguno de los elementos esenciales sean determinables. Es preciso, por tanto, la existencia de una - indeterminación con posibilidad de ulterior determinación, de tal forma que dicha indeterminación no ponga en duda la misma existencia del negocio.

c) Que contenga una "*relatio*", o más claramente, que la - determinación de los elementos indeterminados se realice mediante la remisión a elementos extraños al negocio jurídico.

De donde resulta que perfección, determinabilidad y "*relatio*" son los tres presupuestos necesarios para que surja la categoría de los negocios jurídicos "*per relationem*".

Y como señala HERNANDEZ GIL, Antonio (100), algo es lo que es en la medida en que se diferencia, pero también en tanto incorpora algunas notas comunes. Nosotros decimos que el negocio "*per relationem*" se diferencia de otros negocios jurídicos en cuanto contiene la "*relatio*" (diferencia específica). E incorpora, a su vez,

las notas comunes de otros negocios jurídicos, como la perfección y la determinabilidad (género próximo).

De ahí que, teniendo en cuenta, con significación prevalente, la diferencia específica, podamos definir el negocio "per relationem" de una forma más sintética diciendo que es el negocio jurídico que contiene una "relatio". Definición sintética a la que, tal vez con razón, pudiera objetarse que, en cierta manera, lo definido entra en la definición (cosa que desde el punto de vista lógico, es incorrecto, ya que entonces la definición no es tal). Mas si no fuera por esta posible objeción es incuestionable que esta definición sintética configura, sin lugar a dudas, al negocio jurídico "per relationem".

La "relatio" es, como hemos visto, el elemento diferenciador o específico del negocio jurídico "per relationem", que le atribuye autonomía dentro de la vasta categoría de los negocios jurídicos.

Pero la "relatio" al mismo tiempo, desde el momento que se incluye o incorpora al negocio jurídico, significa dos cosas importantes: primera, que el negocio existe, y segunda, que el contenido o alguno de sus elementos tiene carácter determinable.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

(1) *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. esp. SENTIS MELENDO, Buenos Aires, 1971, tomo II, pág. 486.

(2) FERRARA, Cariota, ob. cit., pág. 121; STOLFFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. esp. SANTOS BRIZ, Madrid 1956, pág. 36.

(3) RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid 1977, pág. 70, nota 1a.

(4) *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, págs. 26, 27, 39 y ss.

(5) FALZEA, ob. cit., pág. 46.

(6) SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2a ed., Napoli, 1969, págs. 267, 268 y 269.

(7) SCOGNAMIGLIO, ob. cit., págs. 277 y 291.

(8) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 16.

(9) PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, pág. 12.

(10) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 17. La doctrina clásica alemana distingue aquellos negocios cuyos efectos se producen en el momento de la formación de aquellos en que los efectos, por defecto de algún otro elemento, quedan diferidos, afirmando que la voluntad de las partes queda vinculada. También distinguen entre los casos de eficacia diferida el de formación sucesiva del negocio, en el cual el negocio no existe, y formación del negocio con efectos diferidos, en el cual el negocio existe y también la voluntad queda vinculada (KOEPPEN, ENNECERUS, ZITELMANN). En suma, en los escritores clásicos ya se hace luz la idea de una distinción entre existencia y eficacia del negocio.

(11) NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, 3a. ed., Torino, 1957, tomo XI pág. 212; GULLON BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1969, pág. 115 y ss.

(12) SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. esp. LUNA SERRANO, Madrid, 1964, págs. 253 y 254. MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, cit., tomo II, pág. 347. GULLON BALLESTEROS, ob. cit., pág. 115, en el mismo sentido, pone de ejemplo el del menor emancipado que para vender bienes inmuebles necesita el consentimiento de su padre, madre o tutor. FERRARA, *Cariota*, ob. cit., pág. 114.

(13) *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, Rivista de Diritto Privato, 1932, págs. 272 a 296, pág. 289.

(14) Ob. cit., pág. 26.

(15) Ob. cit., tomo II, págs. 346 y 347.

(16) GULLON BALLESTEROS, ob. cit., pág. 115.

(17) *Doctrinas...*, cit., pág. 254. En contra FERRARA, ob. cit., afirma -- que en el acto colectivo o colegial la voluntad de los sujetos y las relativas manifestaciones se unen, en el acto complejo se funden. (Pág. 143).

(18) Ob. cit., pág. 62.

(19) Creemos preferible utilizar esta denominación siguiendo a LOPEZ VILLAS, *El subcontrato*, Madrid, 1973, págs. 211 y ss. y ALBALADEJO, en su traducción a la obra *El negocio jurídico* de L. Cariota FERRARA, cit., págs. 267-269, que a otro sector de la doctrina, que hablan de contratos "coligados" (traducción literal de la palabra italiana "collegati"). Entre otros, GULLON BALLESTEROS, ob. cit., pág. 116 y DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS, *Sistemas de Derecho civil*, volumen I (Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica), 4a. ed., Madrid, 1981, pág. 518.

(20) Ob. cit., pág. 211.

(21) DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS, en base a esta distinción, los clasifican en necesariamente conexos o negocios coligados. Para estos autores en los negocios necesariamente conexos el ligamen entre los mismos se basa en una razón objetiva. Prototipo de estos negocios son los llamados negocios accesorios, en tanto que requieren un negocio principal para su existencia y efectividad. En los negocios coligados, el ligamen entre ellos es intuito por la voluntad de las partes a fin de alcanzar un determinado resultado. Conciben un negocio en función de otro, de tal modo que la inexistencia o ineficacia de éste hace desaparecer la razón de existir del otro. El ligamen es puramente funcional o teleológico.

(22) Ob. cit., pág. 213.

(23) Ob. cit., págs. 214 y 215.

(24) Ob. cit., pág. 25.

(25) En este sentido, GULLON BALLESTEROS, ob. cit., pág. 118.

(26) ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil*, trad. esp. PEREZ GONZALEZ y ALGUER, ed. Bosch, 39 ed., tomo I, vol. II, Barcelona, 1935, pág. 239 y 167.

(27) ESPIN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. I (parte general), 4a. ed, Madrid, 1974, pág. 427.

(28) DIEZ PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, - cit., pág. 33.

(29) BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. MARTIN PEREZ, 2a ed., Madrid, 1959, pág. 418 y ss.

(30) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., pág. 41.

(31) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., págs. 204 y ss. Pone como ejemplo los contratos a favor del tercero, admitidos por el -- art. 1257, párr. 2º, del Cc.

(32) *Derecho civil*, tomo I, vol, 2º 5a ed., ed. Bosch, Barcelona 1977, -- pág. 258.

(33) Ob. cit., pág. 514.

(34) Vid, en contra, DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los nego -- cios jurídicos*, cit., pág. 206; y a favor, RUBINO, *La compravendita* (Trattato di Diritto civile e commerciale), ed. Giuffrè, pág. 107.

(35) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., pág. 206.

(36) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., pág. 206.

(37) DI PACE, ob. cit., pág. 33 y 34; ALLARA, ob. cit., pág. 253.

(38) Ob. cit., pág. 34.

(39) DI PACE, ob. cit., pág. 22.

(40) ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo I, vol. 2º cit., pág. 296.

(41) ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, cit., vol., I, Parte general, pág. 436.

(42) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 14.

(43) BETTI, ob. cit., pág. 384.

(44) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 15.

(45) Ob. cit., pág. 9.

(46) *I negozi su beni futuri, I La compravendita di cosa futura*, Napoli, 1962, pág. 131. En el mismo sentido, FALZEA, ob. cit., dice pág. 7, que la condición es un elemento externo, colateral y marginal que concurre a la eficacia del acto jurídico.

(47) Ob. cit., págs. 26, 59 y 155.

(48) FALZEA, ob. cit., pág. 160.

(49) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., pág. 213.

(50) Ob. cit., pág. 52. Para otro sector doctrinal el contenido del negocio es la voluntad de las partes.

(51) Ob. cit., pág. 33, quien ofrece el siguiente ejemplo: "Ticio dispone de sus bienes del modo establecido en el C.c. alemán en materia de sucesión legítima; el contenido es indeterminado respecto de las personas de los herederos y de la cuota de la herencia; pero es determinado respecto de los bienes a dividir" (el patrimonio del testador).

(52) En este sentido, DI PACE, ob. cit., pág. 33. ALLARA, en esta cuestión no se pronuncia. En contra, SCADUTO, ob. cit., pág. 5.

(53) Ob. cit., pág. 69.

(54) BETTI, ob. cit., pág. 205. CORRADO, *La pubblicittá nel Diritto privato*, cit., pág. 150. SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales*, cit., pág. 249. - FERRARA, Cariota, ob. cit., pág. 370.

(55) En el mismo sentido, IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, ed. Giuffrè, Milano, 1967, pág. 41. El reenvío a datos extraños, dice, no compromete el formalismo testamentario, siempre que el testador actúe en la forma prescrita.

(56) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 26 y otras.

(57) Ob. cit., pág. 37.

(58) Ob. cit., págs. 38 y 39.

(59) *La pubblicittá nel Diritto privato*, cit., pág. 150.

(60) *Doctrinas generales*, cit., pág. 249.

(61) Ob. cit., pág. 370.

(62) Ob. cit., pág. 103.

(63) *Contratto* (Voci estratta dall'Enciclopedia di Diritto, Milano 1961), pág. 62.

(64) *La "relatio" nei negozi formali*, en *Rivista di Diritto civile*, I, - 1972, págs. 117 a 129.

(65) Ob. cit., pág. 100.

(66) Para GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 4, el término latino "relatio", en sustancia, es un medio de explicación del lenguaje, una referencia conceptual a algo extrínseco al discurso de que se trate. La palabra "relatio" proviene del verbo latino "referre", referirse a.

(67) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., págs. 108 y 109.

(68) DI PACE, ob. cit., pág. 53.

(69) ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*. Rivista di Diritto Processuale civile, I, 1929, págs. 308 a 340, pág. 316. D'AMELIO-FINZI, *Commentatio al Codice civile*; Libro delle Obligazioni, vol. I., Firenze, 1948, pág. 397.

(70) SCADUTO, ob. cit., pág. 5.

(71) *Arbitri ed arbitratori*, Rivista di Diritto Processuale civile, I, -- 1924, págs. 121 a 135, pág. 135.

(72) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., págs. 111 y ss.

(73) *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. esp. SANCHO MENDIZABAL, ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1957, págs. 203 y 253.

(74) *La publicittá nel Diritto privato*, ob. cit., pág. 147.

(75) Ob. cit., pág. 87.

(76) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., pág. 108.

(77) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 89.

(78) *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, cit., págs. 286 y ss.

(79) *Tratado de las obligaciones*, tomo I, trad. esp. ROCES, ed. Reus, Madrid, 1934, pág. 107.

(80) BETTI, ob. cit., pág. 51. DIEZ PICAZO, *El negocio jurídico de Derecho de familia*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero-junio, 1962, págs. 771 a 792. DA MOTA PINTO, *Teoria geral do Direito civil*, Coimbra editora, Coimbra, 1976, págs. 65 y ss. SCOGNAMIGLIO, ob. cit., pág. 130. FERRI, *La autonomía privada*, trad. esp. SANCHO MENDIZABAL, Madrid, 1969, pág. 9.

(81) Ob. cit., pág. 203.

(82) *Arbitri ed arbitratori*, cit., págs. 126 y ss.

(83) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., pág. 117.

(84) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., págs. 118 y 122.

(85) Ob. cit., pág. 203.

(86) Cfr., *Gli arbitratori nel Diritto privato*, cit.

(87) Por todos, CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, to-

mo I, Introducción y parte general, vol. II, 12a ed., con adiciones de DE LOS - MOZOS, ed. Reus, Madrid 1978, pág. 646. Y ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 2º, cit., pág. 128. SAVIGNY da el nombre de hechos jurídicos a los acontecimientos, por los cuales se produce el nacimiento y la extinción de las relaciones jurídicas, *Sistema de Diritto romano attuale*, trad. italiana SCIALOJA, libro II, capítulo III, Torino, 1900, pág. 104.

(88) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., págs. 93 y ss; SCOGNAMIGLIO, ob. cit., págs. 293 y 310; FALZEA, ob. cit., págs. 26 y ss.; TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, pág. 3; FERRARA, Carriotta, ob. cit., pág. 4, - etc..

(89) *Introducción al Derecho civil*, trad. esp. 3a. ed. alemana SANCHO SERAL, ed. Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1933, pág. 173 y ss.

(90) PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, pág. 50.

(91) Ob. cit., pág. 97.

(92) Ob. cit., págs. 100 y ss.

(93) Ob. cit., pág. 98.

(94) CORRADO, *La pubblicità nel Diritto privato*, cit., pág. 14 .

(95) Ob. cit., pág. 9.

(96) FALZEA, ob. cit., pág. 160.

(97) FALZEA, ob. cit., pág. 255.

(98) FALZEA, ob. cit., pág. 294.

(99) El profesor ALBALADEJO (*Derecho civil*, I, vol. 2º, cit., pág. 294) - dice que los elementos accidentales no son tales elementos del negocio, sino --salvo el modo- requisitos de eficacia del mismo, por lo que la terminología es inexacta.

(100) *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 34.

C A P I T U L O I I

EL NEGOCIO "PER RELATIONEM"

EN LA SISTEMÁTICA DEL NEGOCIO JURÍDICO.

S U M A R I O

I., ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DEL NEGOCIO JURIDICO "PER RELATIONEM", - 1. NEGOCIOS CON CONTENIDO DETERMINADO Y NEGOCIOS CON CONTENIDO DETERMINABLE.- 2. NEGOCIOS EFICACES E INEFICACES.- 3. NEGOCIOS CIRCUNSTANCIALES.- II., CLASES DE NEGOCIOS "PER RELATIONEM", - 1.- NEGOCIOS "PER RELATIONEM" EN SENTIDO FORMAL Y SUSTANCIAL.- 2. NEGOCIOS "PER RELATIONEM" OBJETIVOS O FACTICOS Y SUBJETIVOS O PERSONALES.- 3. NEGOCIOS "PER RELATIONEM" CON "RELATIO" PERFECTA O IMPERFECTA.- 4. NEGOCIOS ESENCIALMENTE "PER RELATIONEM", ESPECIALMENTE "PER RELATIONEM" Y OCASIONALMENTE "PER RELATIONEM".

I

ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO DEL NEGOCIO JURIDICO "PER RELATIONEM".

También es cuestión controvertida determinar si el negocio jurídico "*per relationem*" contiene los requisitos necesarios para constituir una categoría dogmática dentro de la teoría del negocio jurídico en general (1). Por nuestra parte creemos que el negocio "*per relationem*" ofrece determinadas singularidades o características propias que delimitan plenamente su figura jurídica, dentro de la teoría general del negocio jurídico.

Encuadrarlo en la sistemática del negocio jurídico no entraña, a nuestro parecer, ningún problema, antes bien, ayuda a resolver otras cuestiones que no tenían una adecuada explicación en la dogmática jurídica y más concretamente en la del propio negocio jurídico.

NEGOCIOS CON CONTENIDO DETERMINADO
Y NEGOCIOS CON CONTENIDO DETERMINABLE.

Con referencia al contenido del negocio, FERRARA, Cariota, -- distingue los negocios con contenido determinado y negocios con contenido determinable. En los primeros, el contenido y el objeto están perfectamente identificados y son conocidos; si hay indeterminación, el negocio es nulo.

Sin embargo, a la efectiva y actual indeterminación se la puede suplir con la posibilidad de determinación; el contenido del negocio no es, en tales casos, determinado, pero sí determinable, es decir, no estando determinado en el momento dado puede llegar a determinarse sin necesidad de un nuevo acuerdo.

Entre los tipos de negocios de contenido determinable se encuentran los negocios "*per relationem*"; en ellos la determinación se realiza mediante la remisión a elementos extraños.

Del conjunto de negocios determinables, los negocios "*per relationem*" constituyen un subconjunto. Si los negocios determinables son un tipo de negocios jurídicos, los negocios "*per relationem*" forman un subtipo.

En la expresión matemática:

negocios "*per relationem*" (conjunto negocios jurídicos determinables).

NEGOCIOS EFICACES E INEFICACES.

Si en lugar de tomar como punto de referencia el contenido -- del negocio jurídico tenemos en cuenta su eficacia, observaremos la existencia de dos grandes grupos: los que desde su formación, perfección o conclusión despliegan todos los efectos jurídicos y aquellos en los cuales existe un obstáculo que impide que desde -- aquel momento el negocio produzca la consecuencia jurídica final. En el primer grupo se integran los negocios jurídicos eficaces y en el segundo los ineficaces.

El sentido jurídico nos advierte que la distinción entre existencia y eficacia del negocio (en su idea tradicional) no es mera sutileza lógica; a la existencia corresponde, ciertamente, una situación efectiva que claramente se advierte cuando la eficacia final aparece diferida. Igualmente, el efecto que deriva inmediatamente y necesariamente del negocio no es el final (que puede surgir después o faltar), sino lo que aparece a primera vista, es decir, la propia existencia del negocio, entendida como situación -- efectiva.

Una vez que el negocio existe se crea una situación obligatoria y, por consiguiente, nace un vínculo entre las partes, modificándose así la situación jurídica preexistente (3).

Para SCOGNAMIGLIO existen dos posibilidades en orden al momento en que se realizan los efectos: que la eficacia sea inmediata, que es la hipótesis normal (negocios jurídicos eficaces), o, por el contrario, que sea diferida al momento de realizarse un evento futuro (negocios jurídicos eventualmente ineficaces). A su juicio, esta posibilidad del diferimiento de los efectos es típico y exclusivo del negocio jurídico, no siendo concebible respecto a los hechos jurídicos o a los actos en sentido estricto.

En la hipótesis de eficacia diferida, el negocio existe y está formado como acto, en los términos de la doctrina tradicional, como una o más declaraciones de voluntad, o, según otra doctrina más moderna, como autorregulación de intereses privados. Pero se ha visto que el negocio, en cuanto existe como tal, produce el efecto llamado negocial que sirve para identificarlo; se objetiviza sin más, sobre el plano del derecho y nada impide que los efectos finales puedan sobrevenir en un momento posterior (4).

Los negocios jurídicos ineficaces no coinciden con los inexistentes ni deben confundirse ambas categorías; mientras la ineficacia se define como suspensión de la consecuencia jurídica, la inexistencia, por el contrario, se define como exclusión de toda consecuencia.

Como ya ha quedado expuesto, el negocio jurídico "per relationem" se encuentra situado en el grupo de los negocios ineficaces que tienen de común hallarse la consecuencia jurídica en situaciones de pendencia. Cuando esta situación de pendencia se debe a la falta de determinación del contenido o algún elemento esencial es

tamos en presencia de un negocio "*per relationem*". Cuando la si -
tuación de pendencia de los efectos se subordina a la realización
de un suceso futuro e incierto estamos ante un negocio condicioo -
nal.

Para PERLINGIERI (5), la condición es, temporalmente y lógica
mente, sólo ocasión y momento de la producción y de la resolución
del efecto.

Aunque sin referirse al negocio jurídico "*per relationem*", --
HERNANDEZ GIL, Antonio (6), llega a una conclusión semejante a la
que acabamos de exponer al tratar sobre la determinabilidad de la
prestación y en particular cuando la determinación se efectúa por
medio de la decisión de un tercero. Si el tercero no quiere lleva-
var a cabo la determinación, el contrato -dice- quedará ineficaz.
Pero si el tercero realiza la determinación -en este caso, del --
precio-, se plantea el problema de saber cuál es hasta ese momento
la situación de la relación obligatoria. Se ha sostenido la --
aplicación del mecanismo de la condición suspensiva, criterio este
que no lo cree correcto, porque entiende que el contrato sujeto
a condición suspensiva es un negocio jurídico que, en cuanto -
tal, reúne todos los requisitos esenciales, entre ellos el del obje
to, y solamente por una circunstancia extraña a los elementos -
esenciales del contrato -la condición- se subordina su eficacia -
al cumplimiento o no de aquella. Mas cuando el tercero no efectúa
la determinación y no se sabe si la efectuará o no, el contrato -
no reúne todos los requisitos esenciales, ya que falta justamente
el objeto. Por lo tanto, si el tercero realiza la determinación,

no se cumple propiamente una condición, sino que se termina, desarrolla y perfecciona el negocio jurídico dotándolo del elemento - que hasta ese instante le faltaba. Aquí el profesor HERNANDEZ GIL, sin proponérselo, nos describe la estructura y funcionamiento del negocio jurídico "*per relationem*"; le separa y distingue del negocio condicional y sólo le falta agregar que el negocio se termina y desarrolla mediante la "*relatio*".

El negocio "*per relationem*", en definitiva, es una clase (subconjunto) del conjunto de negocios ineficaces en sentido técnico.

Es decir:

negocios "*per relationem*" (conjunto negocios jurídicos ineficaces.

3

NEGOCIOS CIRCUNSTANCIALES.

Por último, si contemplamos el negocio jurídico desde el plano de sus elementos integrantes, está claro que el negocio jurídico "*per relationem*" pertenece a la clase o conjunto de negocios - circunstanciales (o, en otra terminología más usual, accidentales), toda vez que incorporan al negocio un elemento circunstancial. Y como ya hemos visto, la "*relatio*" es un coelemento (o en otras palabras, elemento circunstancial o marginal) como la condición el término o el modo, aunque se diferencia de éstos en que es necesaria.

En lenguaje matemático, puede expresarse así:

negocios "*per relationem*" (negocios jurídicos circunstanciales.

II

CLASES DE NEGOCIO "PER RELATIONEM".

1

NEGOCIOS "PER RELATIONEM" EN SENTIDO FORMAL Y SUSTANCIAL.

Los autores (7) que primero han tratado del negocio "*per relationem*" distinguen, por lo general, dos clases de negocios: los llamados negocios "*per relationem*" en sentido sustancial y los denominados negocios "*per relationem*" en sentido formal.

En los primeros hay una determinación no autónoma de la voluntad (mediata, indirecta, por elementos accidentales) en el sentido que la parte se remite, reenvía, en orden a esta determinación, a una situación extraña a su voluntad.

En los segundos, una determinación no autónoma en la manifestación de la voluntad (mediata, indirecta, por elementos accidentales) (8), porque la concreción del contenido viene manifestado de modo indirecto.

GIORDANO-MONDELLO (9), sin embargo, no acepta esta clasificación porque, al encuadrar al negocio jurídico dentro de la teoría normativista no toma como punto de referencia el contenido de la voluntad o de la manifestación, sino el precepto creado por la autonomía privada. De ahí que, a su juicio, deba hablarse en lugar de negocio "*per relationem*" sustancial y formal de "*relatio*" de-terminativa y "*relatio*" explicativa, terminología más acorde con su concepción normativista del negocio jurídico.

En cualquier caso, cabe preguntarse si estas clasificaciones son correctas o si, por el contrario, la "*relatio*" formal o expli-cativa no son, en realidad, supuestos de negocio "*per relationem*".

Creemos que en la hipótesis del negocio "*per relationem*" formal o de la "*relatio*" explicativa, el negocio jurídico que remite y al que tiene acceso la "*relatio*", es un negocio con todos y cada uno de sus elementos y contenido perfectamente determinados y se halla en condiciones de producir las consecuencias jurídicas deseadas. No es un negocio en situación de pendencia, puesto que no necesita una sucesiva o ulterior concreción; su única particularidad radica en la forma de manifestación de la voluntad que -- las partes realizan, pero esta particularidad no tiene especial interés desde el momento en que puede entrar en la amplia noción de manifestación de voluntad implícita o por circunloquio. En --- efecto, en su aspecto estructural, el llamado negocio "*per relati-*
tionem" formal no es otra cosa que una modalidad de manifestación de la voluntad del contenido negocial, sin que, para su plena efi-

cacia precise la remisión a un elemento extraño al negocio mismo. Por consiguiente, falta la "*relatio*" porque falta indeterminabilidad (10).

Está claro que, admitiendo el negocio "*per relationem*" en sentido formal, la determinabilidad del contenido y de los elementos esenciales no será requisito para que un determinado negocio podamos calificarle de "*per relationem*". Criterio a nuestro juicio -- erróneo, porque la determinabilidad del contenido o de un elemento esencial del negocio es presupuesto esencial para aquella calificación. El concepto de negocio jurídico "*per relationem*", a nuestra manera de pensar, es más restringido que el adoptado comúnmente por la doctrina. Por ello creemos que este concepto restringido nos lleva a una clara delimitación de la figura con la posibilidad de deslindarla de otras afines.

Antes que nada queremos advertir que en los negocios "*per relationem*" en sentido formal la función de la "*relatio*" no es real, limitándose a una cuestión terminológica o de expresión de la voluntad. De ahí que, según sus propugnadores, pueda tener lugar -- respecto a todo el contenido volitivo, lo que no es posible cuando la "*relatio*" es sustancial.

Otra consecuencia de la admisión del negocio "*per relationem*" formal es que el objeto de la "*relatio*" sólo podrá estar constituido por un acontecimiento o situación preexistente o contemporánea, porque sólo entonces es posible la plena representación del contenido del negocio, mientras que difícilmente podrá alcanzar la "*relatio*" a las situaciones futuras, no siendo susceptibles de

ser objeto de reenvío porque el sujeto no puede tener su propia representación.

El llamado negocio jurídico "*per relationem*" formal carece, a nuestro juicio, de entidad bastante para considerarle como una modalidad del negocio "*per relationem*"; como hemos dicho, se trata de una simple cuestión terminológica que se pretende elevar a criterio distintivo o clarificador en la categoría negocial objeto de nuestro estudio. No creemos que la manifestación de voluntad indirecta o por circunloquio, que en realidad es una forma de expresión, alcance entidad suficiente para configurar una modalidad del negocio "*per relationem*" cuya única consecuencia consiste en traducir al lenguaje común lo que se quiso decir.

Si Ticio dice: Lego a Cayo mi caballo "Saeta"; o bien, lego al primogénito de Pompeyo mi caballo "Saeta", siendo Cayo primogénito de Pompeyo. ¿Existe, acaso, alguna diferencia entre estas dos disposiciones *mortis causa*? El contenido de una y otra es el mismo; sus efectos son los mismos. Sólo sucede que la voluntad se manifiesta de forma indirecta para la designación del legatario, en el segundo caso. Pues bien, por el sólo hecho de expresar de esta manera la voluntad, con relación a la designación del legatario, no existe un negocio "*per relationem*", como pretenden los autores que defienden la categoría del negocio jurídico "*per relationem*" formal. La esencia del negocio "*per relationem*" requiere una situación de incertidumbre, de dependencia de los efectos, debida a la indeterminación del contenido o de los elementos esenciales. El mismo ejemplo anterior puede constituir un caso de negocio ---

"*per relationem*" si la disposición dijera: Lego al primogénito de Pompeyo mi caballo "Saeta" (siendo así que en el momento de la -- disposición careciese de hijos). En este supuesto existe, en efecto, negocio "*per relationem*", porque hay una "*relatio*" en sentido sustancial. El nacimiento (hecho) determinaría la individualización del legatario. Sólo en el momento que tuviera lugar el nacimiento el negocio podría ser eficaz; hasta entonces existiría sólo una situación de expectativa o de pendencia por la falta de -- concreción de un elemento.

En resumen, los negocios "*per relationem*" en sentido formal no son, en realidad negocios "*per relationem*"; se trata simplemente de una forma de expresión de la voluntad negocial.

La misma conclusión cabe hacer respecto a la "*relatio*" explicativa de GIORDANO-MONDELLO (11) porque, con otra denominación, no es otra cosa que la llamada por otros "*relatio*" formal. El concepto que proporciona GIORDANO-MONDELLO de la "*relatio*" explicativa coincide con el concepto de "*relatio*" formal. Es decir, son la misma cosa. Porque entendemos que sólo hay negocio "*per relationem*" cuando existe una suspensión de los efectos por falta de determinación del contenido o de algún elemento esencial del negocio; determinación que se efectúa mediante la "*relatio*". Cuando no se dá esta incertidumbre, como en el caso de la denominada "*relatio*" explicativa, no debe hablarse de negocio "*per relationem*"; se trata sólo de un caso de expresión o manifestación de la voluntad implícita, por perífrasis, por circunloquio o indirecta. No va más allá de una mera cuestión de lenguaje sin una particular --

significación jurídica negocial.

2

NEGOCIOS "PER RELATIONEM" OBJETIVOS O FACTICOS
SUBJETIVOS O PERSONALES.

Atendiendo al contenido de la "*relatio*" podemos clasificarlos en objetivos o fácticos y subjetivos o personales. Para formular esta clasificación tomamos como punto de referencia el contenido de la "*relatio*", es decir, si se trata o consiste en un hecho o acontecimiento o en una declaración, o mejor dicho, en un juicio.

El negocio jurídico "*per relationem*" con "*relatio*" objetiva - tiene lugar cuando se hace el reenvío a un dato de hecho, como -- puede ser otra cosa de la misma o distinta naturaleza, o a un dato objetivo, o a un acontecer determinado. Así, cuando el art. 1447 del Código civil dice que para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, esta otra - cosa actúa como "*relatio*" y se incorpora al negocio para determinar por reenvío un elemento esencial, como es el precio. O cuando el art. 1448 del mismo Cuerpo legal establece que "también se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, Bolsa o mercado, o se fije un tanto - mayor o menor que el precio del día, Bolsa o mercado, con tal que sea cierto", recoge otro supuesto de "*relatio*" objetiva, referida

a dos acontecimientos o hechos, como es el señalamiento de una fe cha y el de un precio en esa fecha siendo irrelevante como se ha determinado ese precio, actuando, por tanto, como un mero hecho. En ambos casos la prestación (precio) se determina mediante la re misión a datos o hechos extraños a la relación jurídica obligatoria de compraventa, mencionados en su título constitutivo, y sólo a través de esa "*relatio*" puede conocerse el concreto contenido de la prestación del comprador respecto al precio de la compraven ta. La "*relatio*" consiste, pues, en un hecho.

Hay negocio "*per relationem*" con "*relatio*" subjetiva cuando el reenvío se hace bien al arbitrio de un tercero, es decir, persona distinta a las partes del negocio, o bien al arbitrio de una de las partes, cuando el ordenamiento jurídico lo autoriza. El Có digo civil, según hemos visto, rechaza la segunda hipótesis (arts. 1256 y 1449). Pero admite ampliamente la primera. El art. 1447 -- permite en la compraventa que el precio se deje su señalamiento al arbitrio de una persona determinada. Y a propósito del contrato de sociedad, al art. 1690, 1º, del Código civil dice que si -- los socios se han convenido en confiar a un tercero la designa -- ción de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad. En ningún caso podrá reclamar el socio que haya principiado a ejecutar la decisión del tercero o que no la haya impugnado en el término de tres meses contados desde que le fue conocida.

En uno y otro caso, la "*relatio*" consiste en un juicio lógico,

porque la decisión del tercero (sea mediante *arbitrium merum* o *arbitrium boni viri*), con todo el contenido volitivo que toda decisión comporta, sirve para determinar un elemento esencial del negocio que hasta ese momento era sólo determinable.

3

NEGOCIOS "PER RELATIONEM" CON "RELATIO" PERFECTA O IMPERFECTA.

El negocio "*per relationem*" con "*relatio*" perfecta (12) se ve rifica cuando el reenvío a la fuente externa proviene por acuerdo de las partes y se debe a todas las partes del negocio; los negocios con "*relatio*" imperfecta son aquellos en que el reenvío se efectúa por voluntad de una sola de las partes (13). En el negocio "*per relationem*" con "*relatio*" imperfecta ambas partes ignoran el contenido de la situación o hecho al que hacen el reenvío. En el negocio "*per relationem*" con "*relatio*" perfecta solo una de las partes desconoce ese contenido.

Para GIORDANO-MONDELLO, (14) en los negocios "*per relationem*" unilaterales la "*relatio*" tiene que ser necesariamente imperfecta. Pero ese punto de vista creemos nosotros que sólo será válido si el criterio de la distinción entre negocios de "*relatio*" perfecta e imperfecta lo fijamos en la participación en el reenvío de una o de ambas partes. Pero si el criterio se establece sobre la base de que sean todas o no las personas que hacen el reenvío y que -- concurren a la formación del negocio, la consecuencia tiene que --

ser distinta y no todo el negocio unilateral (de declaración unilateral de voluntad) es necesariamente de "*relatio*" imperfecta, porque en tal negocio, si es "*per relationem*", no hay ninguna parte que desconozca o no haga la remisión, porque el reenvío se efectúa por la única parte que interviene (como ocurre en el testamento) y debemos considerar perfecta esta "*relatio*" (15).

De todas formas, opinamos que la distinción carece de utilidad en cuanto a los negocios unilaterales se refiere, ya que en ellos sólo es posible una "*relatio*", se considere perfecta o imperfecta, según el punto de vista que se adopte.

4

NEGOCIOS ESENCIALMENTE "PER RELATIONEM",
ESPECIALMENTE "PER RELATIONEM" Y OCASIONALMENTE "PER RELATIONEM".

Esencialmente "*per relationem*" son los negocios cuya estructura es siempre "*per relationem*". En ellos la determinabilidad de algún elemento es una característica esencial en su estructura, de tal modo que sólo pueden realizar su función económica-social mediante la presencia de la "*relatio*". Contienen un reenvío a elementos extraños porque en el momento de su formación siempre tienen algún elemento que está determinado sólo relativamente, es determinable. De tal modo, la determinación concreta del contenido o de algún elementos esencial es una característica esencial de la estructura de tales negocios. Como ejemplo de negocios esen-

cialmente "*per relationem*", suelen citarse, entre otros, la promesa unilateral o promesa al público, el contrato de cuenta corriente, el contrato de suministro, la apertura de crédito y los títulos al portador.

Especialmente "*per relationem*" son aquellos negocios que sólo algunas veces son "*per relationem*", pero esta estructura viene reconocida por el ordenamiento jurídico como figura especial del negocio ordinario. Podemos citar como ejemplos de esta clase de negocios la venta de cosa futura (art. 1271, Código civil), la venta con remisión para la determinación del precio a una cosa cierta o a un tercero (art. 1447, C. civil), el testamento en los términos del art. 671, la mejora del art. 831, etc..

Y, por último, son negocios ocasionalmente "*per relationem*" - los que adoptan la estructura "*per relationem*" porque las partes así lo quieren. En principio, puede decirse que todos los negocios son susceptibles de articularse "*per relationem*", sobre la base del dogma de la autonomía de la voluntad (art. 1255 C. civil) (16).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

(1) CARNELUTTI, en *Recensione a DI PACE*, Rivista Dir. Pro. Civ., 1941, I, pág. 266, basándose en la vaguedad de la expresión "a elementos extraños", establece la duda sobre la homogeneidad y también la utilidad de esta categoría negocial. CORRADO, *La pubblicità nel Diritto privato*, cit., pág. 146, hace notar que creer que el negocio "*per relationem*" ha sido dogmáticamente individualizado en su estructura y en su existencia jurídica de manera definitiva es pecar de optimismo. Opina que los problemas más importantes con respecto a esta típica figura negocial permanecen abiertos y sin solución (nota 77); critica a FALZEA y a la concepción de ZITELMANN, recibida a través de DI PACE.

(2) FERRARA, Cariota, *El negocio jurídico*, trad. esp. ALBALADEJO, cit., pág. 153.

(3) SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., -- pág. 267 y ss. La doctrina clásica alemana distingue los negocios jurídicos cuyos efectos se producen en el momento de la formación, de aquellos otros en -- que los efectos, por defecto de algún elemento, quedan diferidos, afirmándose que la voluntad de las partes queda vinculada. También distingue, en ciertos casos de eficacia diferida, entre formación sucesiva del negocio, en el cual -- el negocio no existe, y formación del negocio con efectos diferidos, en la que el negocio existe, y también la voluntad queda vinculada. (KOEPPEN, KARLOWA, ENNECERUS, ZITELMANN). En suma, ya establecen la distinción entre existencia y eficacia del negocio).

(4) SCOGNAMIGLIO, ob. cit., pág. 277 y 291.

(5) *I negozi su beni futuri. I. La compravendita di cosa futura*, cit., -- pág. 133.

(6) *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, pág. 106.

(7) ALLARA, ob. cit., pág. 252; DI PACE, ob. cit., pág. 31; MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, ob. cit., pág. 360; FERRARA, Cariota, ob. cit., pág. 153; GIAMPICOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, pág. 87; CORRADO, *La pubblicità*, cit., pág. 145.

(8) ALLARA, ob. cit., pág. 252.

(9) Ob. cit., pág. 31 y ss.

(10) Cfr. CORRADO, *La pubblicità*, cit., pág. 145, nota 74. Con anterioridad a la publicación de esta obra, CORRADO compartía la opinión de ALLARA y DI PACE sobre la distinción entre negocio "*per relationem*" en sentido sustancial y en sentido formal, *Il negozio de accertamento*, pág. 172 en nota.

(11) Ob. cit., págs. 31 y ss.

(12) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., págs. 33 y ss.; MESSINEO, *Contratto*, -- cit., pág. 62; DI PACE, ob. cit., págs. 78 y 79, y Sentencia Cassazione, I, 27 de luglio de 1958, en *Giustizia civile*, 1957, págs. 2097 a 2108.

(13) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 33; en el mismo sentido, DI PACE, ob. cit., págs. 78 y 79.

(14) Ob. cit., pág. 34.

(15) DI PACE cuando se refiere a esta distinción parece dar a entender -- que no es posible aplicarla a los negocios unilaterales, porque se refiere --- siempre a los negocios de pluralidad de partes o bilaterales, según que la remisión se efectúe por acuerdo de todas ellas o sólo por la voluntad de una de ellas.

(16) DI PACE, ob. cit., págs. 74 y ss., 83 y ss, y 88 y ss., clasifica -- los negocios en esencialmente, especialmente y normalmente "*per relationem*"; -- en este último grupo comprende aquellos negocios que normalmente presentan el fenómeno de la "*relatio*" por parte de uno de los contratantes a la voluntad -- del otro y pone como ejemplo a los contratos de adhesión. Por su parte, GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 34, se adhiere a la clasificación de DI PACE, pero considera normales "*per relationem*" todos aquellos negocios susceptibles de manifestación "*per relationem*".

C A P I T U L O I I I

OBJETO Y LIMITES DE LA "RELATIO".

SUMARIO

I. OBJETO DE LA "RELATIO", - 1. REMISION A UN HECHO. - 2. REMISION A LA DECLARACION DE UNA PARTE. - 3. REMISION AL ARBITRIO DE UN TERCERO. - II. LÍMITES DE LA "RELATIO".

I

OBJETO DE LA "RELATIO".

1

REMISION A UN HECHO.

El objeto de la "*relatio*" puede ser un hecho o acontecimiento anterior, contemporáneo o posterior al momento en que tuvo lugar la formación del negocio jurídico (1). Cualquier hecho o acontecimiento puede ser objeto de la "*relatio*".

Cuando el hecho es anterior o contemporáneo sólo existirá la "*relatio*" si el sujeto o los sujetos de la volición (partes del negocio) carecen de la representación precisa de aquel hecho o -- evento de tal manera que, cualquiera que sea el contenido del negocio, tengan la intención de concluirlo (2). Es así, porque si las partes conocen la situación generada por el hecho anterior, no haría falta remitirse a ella para la determinación del contenido o de alguno de los elementos del negocio. Podrán las partes manifestarlo directamente, y si utilizan, en su caso, una vía indi-

recta para la determinación, será a los solos efectos de manifestación de la voluntad. Por eso, los autores que distinguen entre "*relatio*" sustancial y formal (3) admiten también la "*relatio*" si se tiene la representación de la situación generada por el hecho o evento en que consiste. Entonces surge la "*relatio*" formal, -- puesto que, afirman, hay una manifestación no autónoma e indirecta de voluntad que se ha formado de modo autónomo. (4).

Pero, según queda expuesto más arriba, un reenvío en la manifestación de voluntad no es, en esencia, un negocio "*per relationem*"; es, simplemente, una forma indirecta de dar a conocer aquello que ya se conoce; ni se trata de determinar el contenido o algún elemento esencial del negocio que de por sí nace ya determinado. Y si no hay un contenido o elemento determinable en el negocio jurídico, falta uno de los presupuestos para que ese negocio pueda calificarse de "*per relationem*". Por ejemplo, si yo digo: "Doy a Cayo 110 denarios", o bien "doy a Cayo el dinero que tengo en el bolso", y yo sé que en el bolso hay 110 denarios, en ambos casos estaré dando a Cayo los 110 denarios; lo único que hago es manifestar mi voluntad de modo diferente. Pero el negocio, en uno y otro caso, tiene perfectamente determinados todos los elementos y su contenido.

REMISION A LA DECLARACION DE UNA PARTE.

Dentro de la variedad de situaciones que pueden ser objeto -- de la "*relatio*", merecen especial relieve, según DI PACE (5), --- aquellos casos en que la remisión tiene por objeto el arbitrio de una de las partes o de un tercero, sea por la dificultad que ofrece la relación jurídica, sea por la misma incertidumbre del con - cepto general de arbitrio.

Como es sabido, el Derecho justinianeo, en determinados casos, modificando el sistema del Derecho clásico, admitió la determinación de la prestación mediante la remisión al arbitrio de una de las partes. Criterio éste aceptado por algunas legislaciones mo - dernas, cuyo más significativo representante es el Código civil - alemán (B.G.B.), que, con carácter general, permite la determinaci - ón del objeto de la prestación con arreglo al arbitrio de equi - dad de una de las partes (# 315). La determinación se hace sólo - por declaración de voluntad de una parte conforme a su arbitrio - (*arbitrium boni viri*). Doctrina ésta de dudosa aplicación al Derecho español por la dificultad que ofrece el precepto general recogido en el art. 1256 del Cc. y el particular referido al contrato de - compraventa contenido en el art. 1449, aunque algunos autores es - pañoles, a partir de las formulaciones de PEREZ Y ALGUER (6), no dudan en admitir que la facultad de encomendar a una de las par - tes la determinación de la prestación puede aplicarse a nuestro - Derecho, porque supone una prestación determinable en base a los datos objetivos del negocio, ya que al atribuirle esta competenci -

cia a una de las partes no se deja en sus manos la validez y el cumplimiento de la obligación, única facultad inatribuible conforme al art. 1256.

Punto de vista éste que una parte importante de nuestra doctrina más moderna rechaza, porque si, ciertamente, el arbitrio a tenor del que se determine la prestación puede ser libre o mero arbitrio -*arbitrium mera voluntatis*- o arbitrio de equidad -*arbitrium boni viri*- , nuestra ley, al excluir que la determinación se deje al arbitrio de una de las partes, no establece ninguna distinción, hay que entender que la prohibición alcanza a ambos (7).

Un supuesto particular de remisión al arbitrio de una de las partes está constituida por la práctica de la firma en blanco. Su peculiaridad consiste en la prioridad de la firma de una parte respecto al contenido, que deberá ser realizado por la otra. La firma en blanco en realidad exige siempre un documento, que, a su vez, presupone una relación destinada a documentarse. Si el documento se firma sólo por una de las partes, mientras el contenido se realiza por la otra, en un momento sucesivo a la firma, puede ser debido a dos causas:

a) A que el contenido de la relación subyacente no ha podido determinarse en el momento de la firma;

b) A que el firmante tiene plena confianza en la otra parte que rellenará el documento según la modalidad preestablecida (8).

En el primer caso, la firma en blanco recoge un negocio "*per relationem*". La fuente de determinación es el arbitrio de la otra parte contratante.

En el segundo caso no hay negocio "*per relationem*", porque lo único que se hace es rellenar o extender el contenido del documento, conforme a lo preestablecido, después de la firma de una de las partes, por la confianza que se tiene en la otra. La firma en blanco es frecuente en la vida ordinaria, aunque sea una práctica desaconsejable; se funda en la confianza, generalmente, y como se presta a abusos, el Código penal la contempla como una modalidad de la estafa (art. 529, 5°).

En términos generales nosotros creemos que la remisión a la voluntad de una de las partes no puede, en todo caso, consistir en "*relatio*", salvo cuando la voluntad de la parte es elemento extraño a la formación del negocio, por no ser la misma que concurrió a la perfección de dicho negocio, al que después se incorpora en virtud de una remisión de las partes.

3

REMISION AL ARBITRIO DE UN TERCERO.

La determinación puede remitirse al arbitrio de un tercero. Esta forma de determinación fue conocida en el Derecho romano y obtuvo celebridad la discusión entre proculeyanos y sabinianos a propósito de la determinación del precio en la compraventa y de

la merced en el arrendamiento, hasta que Justiniano zanjó la ques
tión admitiéndola sin lugar a dudas (9).

La determinación por el arbitrio de un tercero ha pasado, por el influjo de la legislación romana, a las actuales legislaciones latinas, pero en cambio suele mantenerse el principio del Derecho romano clásico que impide confiar la determinación, aun al arbi-
trio de equidad, de una de las partes.

La remisión al arbitrio de un tercero constituye, casi siem-
pre, un negocio "*per relationem*". Como ya vimos los problemas que plantea el arbitrio de un tercero al tratar sobre la naturaleza de la "*relatio*" nos remitimos a lo dicho en aquel lugar.

Solo queremos significar que la doctrina es unánime en considerar negocio "*per relationem*" todo aquél en que se hace la remisión a un tercero para la determinación del contenido o de algún elemento esencial del negocio (DI PACE, CORRADO, BETTI, FERRARA, Cariota, MESSINEO, SCADUTO, VASSETTI, FRAGALI, GIORDANO-MONDELLO, etc.)

II

LIMITES DE LA "RELATIO".

Aunque la mayoría de los negocios jurídicos pueden formularse "*per relationem*", la "*relatio*", sin embargo, tiene unos límites - claramente delimitados.

La "*relatio*" no se admite en los elementos del negocio que ne cesariamente deban ser determinados por las partes (10).

Para que adquiriera significación la "*relatio*" en el negocio ha de contener los requisitos establecidos por las partes (11). Pero no cabe que comprenda todo el contenido, porque entonces se cuestiona la propia existencia del negocio. DI PACE (12) dice que no es posible resultar obligado por el solo hecho de haber querido - que alguna cosa se determine por el arbitrio de otro sujeto. Para que surja el vínculo es preciso, por lo menos, que el sujeto esta blezca lo que trata de asumir con un mínimo de elementos para excluir la absoluta indeterminación del vínculo mismo.

Al ser la "*relatio*" un medio de determinación, necesita que - sea proporcionado a su fin, ya que es una regla de filosofía que todos los medios han de ser proporcionados al fin. Dice San Juan

de la Cruz (13) que los medios han de tener alguna conveniencia y semejanza con el fin, tal que baste y sea suficiente para que, -- por ellos, se pueda conseguir el fin que se pretende. El medio, - siendo proporcionado, debe poseer todas las cualidades que se requieren para conseguir el fin o lo haga posible. Es obvio que las exigencias del fin, tomado objetivamente, se imponen a tal medio y por ellas queda determinado. Y ya que las referidas cualidades se designan como "conveniencia y semejanza con el fin", es necesario averiguar su última razón de ser.

Para ello acudimos a un ejemplo clásico que nos ofrece KAROL WOYTILA (14): "Hase de juntar y unir el fuego con el madero; es - necesario que el calor, que es medio, disponga el madero primero con tantos grados de calor, que tenga gran semejanza y proporción con el fuego". Por consiguiente, la transformación del madero en fuego se obtiene mediante el calor, ya que éste por su propiedad esencial, dispone el madero para que tome forma de fuego. Pero es to no ocurre si el calor no alcanza determinado grado; a saber, - que sea capaz de transformar el madero en brasa.

La "*relatio*" viene delimitada por los mismos elementos que va a determinar. Así, el elemento contenido excluye la presencia de la "*relatio*" cuando se pone en duda su propia existencia, ya que el fin de la "*relatio*" no es contribuir al nacimiento del negocio jurídico, sino a la eficacia del mismo.

En igual sentido el elemento forma no admite la presencia de la "*relatio*". Esta es sólo medio para conseguir los efectos, mien tras la forma es requisito esencial de existencia (toda vez que,

todo negocio jurídico, precisa, para constituirse, una forma, en cuanto necesita una forma de exteriorización para ser identificado e interpretado, cuestión ésta distinta a la forma *ad substantiam*, en que el negocio jurídico no puede existir sin cumplir la exigencia formal específicamente prevista por la ley).

La "*relatio*" debe tener las cualidades de conveniencia y semejanza con el fin. De ahí que no pueda ser algo muy distinto al elemento que va a determinar. Antes al contrario, debe ser semejante a él. Esto nos confirma la naturaleza de la "*relatio*" como coelemento necesario del negocio jurídico, expuesta más atrás.

En términos generales podemos decir que los límites de la "*relatio*" vienen impuestos por el propio negocio al que accede.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- (1) ALLARA, ob. cit., pág. 253.
- (2) DI PACE, ob. cit., pág. 35.
- (3) ALLARA, DI PACE y FERRARA, *Cariota*, obs. cit.
- (4) DI PACE, ob. cit., pág. 35.
- (5) DI PACE, ob. cit., pág. 36.
- (6) Notas al *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS, tomo II, vol. 1º, 1a. ed. Barcelona, 1933, pág. 29 y tomo II, vol. 2º, pág. 35.
- (7) ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II, vol. 1º, 4a. ed., ed. Bosch, Barcelona, 1977, pág. 24 y bibliografía cit. en nota.
- (8) DI PACE, ob. cit., pág. 41 y ss.
- (9) Cfr. GAIO, *Inst.*, 3, 140: "Pretium autem artum esse debet. Nam aliquis si inter nos convenerit ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit emptor, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat: Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit, cuius opinionem Proculus senitus est: etc.- JUSTINIANO, L. III, título 23, 1, *Las Instituciones*, trad. esp. HERNANDEZ TEJERO, Madrid, 1961, pág. 198.
- (10) MESSINEO, *Contratto*, cit., pág. 62. En el mismo sentido, GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 101.
- (11) CORRADO, *La pubblicità nel Diritto privato*, cit., pág. 150.
- (12) Ob. cit., pág. 33. Mismo sentido, MESSINEO, *Contratto*, cit., pág. 62.
- (13) *Subida*, II, 8, 2.ª Vda y obras, 3a. ed., BAC, Madrid, 1955.
- (14) *La fe según San Juan de la Cruz*, trad. esp. HUERGA, ed. BAC, Madrid, 1979, pág. 22 y ss.

CAPITULO IV

SUPUESTOS DUDOSOS DE NEGOCIOS "PER RELATIONEM".

S U M A R I O

I. LA REVOCACIÓN DE LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO ¿ES NEGOCIO "PER RELATIONEM"?.- 1. LA REVOCACION Y SU INCIDENCIA EN EL NEGOCIO "MORTIS CAUSA".- 2. LA REVOCACION NO DA LUGAR A UN NEGOCIO "PER RELATIONEM". PRIMER CASO: REVOCACION DE UN TESTAMENTO POSTERIOR, O DICHO DE OTRA MANERA, REVOCACION DE UNA REVOCACION TACITA. SEGUNDO CASO: REVOCACION DE UNA REVOCACION EXPRESA.- II. EL CONTRATO DE ADHESIÓN NO ES NEGOCIO "PER RELATIONEM".- III. EL CONTRATO POR PERSONA A DESIGNAR.

I

LA REVOCACIÓN DE LA REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO,

¿ES NEGOCIO "PER RELATIONEM"?

1

LA REVOCACION Y SU INCIDENCIA EN EL NEGOCIO "MORTIS CAUSA".

La revocación de la revocación se configura, por numero -
sos autores, como un supuesto de testamento "*per relationem*", por
que la revocación que se limita a revocar la efectuada anterior -
mente, hace recobrar efectos al testamento revocado. En consecuenu
cia, la revocación de la revocación se dice que es un negocio ju-
rídico "*mortis causa*", cuyo contenido se determina por el testa -
mento precedentemente revocado, dando origen, pues, a un testamenu
to "*per relationem*". La "*relatio*" es el testamento anterior. El -
negocio jurídico al que ésta se incorpora es el acto de revocau -
ción de la revocación. Pero, por esto mismo, aunque se diga gene-
ralmente lo contrario, no surge o revive el testamento revocado;
lo que aparece es otro negocio jurídico nuevo (que se califica de

"*per relationem*"), completado o acabado mediante la remisión o re envío (implícito) al testamento inicialmente revocado.

La cuestión se ha planteado con más viveza en la doctrina italiana, a propósito del art. 681 del Código civil de 1942, al establecer que, en caso de la revocación de la revocación, el testamento revocado recobrará pleno vigor. Sistema este distinto al -- adoptado en el art. 919 del Código civil de 1865, que establecía la imposibilidad de dar nueva vigencia al testamento revocado sin otorgar otro nuevo, en términos coincidentes a como después lo haría nuestro Código civil en su art. 739, 2. Mas, a pesar de ello, la doctrina (tanto la italiana respecto al antiguo art. 919 como la nuestra en relación al artículo que acabamos de citar), no duda en afirmar que también estamos en presencia de un testamento "*per relationem*" cuando el testador revoca el testamento posterior y declara expresamente ser su voluntad que valga el primero. En realidad, dice PASTOR RIDRUEJO (1), todo el contenido del art. -- 729, 2 , se reduce a dos principios: 1º) Exigir un nuevo testamento positivo; 2º) admitir para éste la forma "*per relationem*". O, como ya había dicho antes el profesor ALBALADEJO (2) al comentar el art. 739, 2 , que, en definitiva, revocado el testamento, para evitar la sucesión intestada, no hay otro recurso que testar otra vez, aunque sea "*per relationem*". Para LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (3), la declaración mediante la cual revive el primitivo testamento es, a su vez, un nuevo testamento dispositivo; mas por cuanto su contenido no se determina por sí mismo, sino por otro negocio o documento, es un testamento "*per relationem*" de los que admite limitadamente el art. 672 del Código civil.

Para llegar a una conclusión válida en materia tan controvertida, es preciso delimitar el concepto de negocio "*per relationem*", averiguar o tratar de inquirir cómo actúa y cuál es la naturaleza del acto revocatorio.

La primera cuestión, es decir, la delimitación del concepto de negocio "*per relationem*", ha quedado expuesta más atrás, habiendo ofrecido nosotros de él un concepto restringido, coincidiendo con el que la doctrina denomina negocio "*per relationem*" sustancial. En cuanto a la segunda, relativa a cómo actúa la revocación, es materia polémica y tan elaborada por la doctrina de los autores que su estudio escapa a los propósitos de este trabajo, por lo que tan sólo nos limitaremos a hacer algunas connotaciones en íntima conexión con el fenómeno relacional.

Como hemos dicho, la doctrina, al tratar del acto revocatorio, no es coincidente, adoptando criterios muy dispares. Por un lado, destácanse dos vías alternativas: Bien se configura la revocación operando directamente sobre el acto revocado y sólo mediatamente sobre sus efectos, o bien actuando sobre la relación por ella creada (4).

En el primer caso (supuesto a), la revocación incidirá sobre el testamento como negocio, o sea, sobre el acto mismo, que convertirá o degradará a entidad jurídica irrelevante; en el segundo caso (supuesto b), incidirá sobre la relación, es decir, sobre la situación efectiva resultante del negocio revocado, o lo que es lo mismo, sobre la eficacia del acto.

Por otra parte, también plantéase el problema desde el punto de vista del resultado, acerca de si:

a') El acto revocado será inexistente;

b') El acto revocado será nulo;

c') El acto revocado será ineficaz.

Pero la verdad es que este último planteamiento reconduce al primero; las soluciones de los apartados a') y b') al supuesto a) y la del c') al b).

A pesar de ello, ninguna de las soluciones propuestas es completamente satisfactoria. No es correcto sostener que el acto revocado sea inexistente, ya que el *contrarius actus* no puede destruir ni cancelar la misma estructura del acto precedente como hecho histórico e inmutable.

La revocación tampoco es una causa patológica negocial; es consecuencia de la voluntad inestable de los hombres "*ambulatoria est enim voluntas hominis usque ad vitae supremum exitum*" (5). Las causas patológicas son fruto únicamente de un vicio intrínseco, originario o sobrevenido y dan lugar a la nulidad. Sin embargo, por los autores que consideran el testamento como uno de los actos que requieren una voluntad continuada y permanente, se sostiene que el testamento revocado es un cuerpo sin alma, toda vez que en él falta de modo absoluto la voluntad. O, como dice GUARNERI (6), aun en *rerum natura* el testamento revocado es un acto jurídicamente inexistente, es decir, nulo o, según una terminología no muy exacta,

radicalmente nulo, pues tal es el incuestionable efecto que produce en un negocio jurídico la ausencia (total) de voluntad. Esta concluyente afirmación es preciso acogerla con reservas, porque si bien la revocación alcanza en su plenitud al acto dispositivo de bienes que el testamento entraña, hay otras disposiciones que no se ven afectadas por la revocación (art. 741 del Código civil).

De igual modo tampoco nos parece correcto calificar de ineficaz el testamento revocado, ya que el término ineficacia es muy amplio y no delimita la cuestión. Además, todo testamento, por su peculiaridad, es ineficaz hasta la muerte del causante ("*ad supremum testatoris vitae exitum*"), y por ello calificarlo de ineficaz no es decir nada, siempre que entendamos por ineficacia de un negocio, desde el punto de vista técnico, la supresión de los efectos por la presencia de un obstáculo y no por una causa patológica.

TALAMANCA (7) considera ineficaz el testamento revocado debido a que sitúa la incidencia de la revocación sobre los efectos, ya que para que el negocio jurídico deje de ser tal (con eficacia o no retroactiva), es preciso operar sobre sus efectos jurídicos, porque solamente a través de la eliminación de éstos se elimina también al negocio. Así, bajo esta perspectiva, se constata que la realidad jurídica muestra cómo la revocación negocial, no puede actuar más que sobre la situación efectiva creada por el negocio.

En cuanto a si la revocación es un acto o negocio *inter vivos* o "*mortis causa*" y sus implicaciones en el negocio "*per relationem*", también ha preocupado a la doctrina, llegándose a solucio -

nes a veces poco coincidentes. La idea del carácter de negocio -- "*mortis causa*" del acto revocatorio -dando lugar a un negocio --- "*per relationem*"- suele predominar, aunque no falta tampoco quienes le atribuyan uno u otro carácter, según los casos. Así, entre nosotros, LACRUZ BERDEJO (8), y en la doctrina italiana, ALLARA (9). Para este autor la revocación será alternativamente un acto *inter vivos* o "*mortis causa*" según se entienda, respectivamente, como supuesto de hecho que elimine el valor jurídico del testamento o como supuesto de hecho con eficacia impeditiva de la sucesión testamentaria; y aunque parece inclinarse en un principio por la primera solución, se decide después, con firmeza, por la tesis o alternativa segunda de considerar la revocación como un negocio "*mortis causa*".

La diversidad de criterios ante la solución del problema nos demuestra la dificultad de una respuesta satisfactoria.

El *quid* de la cuestión, a juicio de FOIS (10), se encuentra en determinar la incidencia de la revocación en este doble sentido:

- a) según se realice sobre el negocio "*mortis causa*" y opere con eficacia inmediata, y
- b) o bien actúe sobre los efectos y dé lugar a una eficacia diferida.

Parece que quien revoca un negocio no persigue otro fin que desautorizar su contenido perceptivo y, por lo tanto, sus consecuencias jurídicas. No es que no se quieran los efectos del acto;

en realidad no se quiere tampoco el acto mismo (11).

Para BETTI (12) la revocación no afecta al hecho de la declaración, que permanece inmutable, ni se limita a afectar solamente la relación jurídica nacida del negocio, sino que afecta al precepto de la autonomía privada.

Mediante la revocación no se quiere ahora lo que se quiso antes. Y si para querer lo que se quiso se necesitó crear una regla de autonomía privada, es necesario ahora suprimir esa regla para que las consecuencias jurídicas que antes se pretendían no se produzcan. Es decir, la revocación incide sobre el mismo precepto de autonomía privada (13), suprimiéndolo, como tal, de la vida jurídica al impedir sus efectos jurídicos. Un hecho jurídico existe en tanto produce consecuencias jurídicas; deja de existir como -- tal hecho jurídico en tanto pierde idoneidad para producir efectos jurídicos. La revocación hace inidóneo el testamento para producir consecuencias jurídicas; el acto no le elimina, sino que solamente le priva de su modo de ser respecto al derecho, en cuanto el sujeto lo repudia como expresión de su voluntad actual. Conviértese en un mero hecho histórico, y la declaración inicialmente hecha no será en lo sucesivo jurídicamente imputable al sujeto (14).

Además, la revocación no sólo limita su eficacia a que no se produzcan las consecuencias jurídicas del testamento revocado, y que podemos denominar eficacia negativa, sino que también da lugar a una nueva regulación de los bienes para después de la muerte, bien sea por la existencia de un testamento anterior (en aque

llos casos que los ordenamientos jurídicos lo admitan) o bien sea por disposición legal (sucesión intestada). (15). Es decir, la revocación genera al mismo tiempo efectos positivos.

De aquí que no sea correcto reconocer a la revocación incidencia inmediata en los efectos; incide, en realidad, en el testamento revocado, o sea, en el negocio jurídico "*mortis causa*". Ya que si la revocación produce el renacer de otro testamento (en nuestro sistema, sólo si hay voluntad en tal sentido, art. 739, Código civil), o una sucesión intestada, no es posible sostener que al mismo tiempo subsista otro testamento, aunque éste sea ineficaz.

Por otro lado, el hecho de que la revocación incida sobre el testamento, no lleva aparejada la consecuencia de reconocer carácter *inter vivos* a la revocación, ya que sus efectos definitivos sólo tienen lugar en el momento de la muerte (16).

2

LA REVOCACION NO DA LUGAR A UN NEGOCIO "PER RELATIONEM".

Si aplicamos a este supuesto el concepto de negocio "*per relationem*" que hemos ofrecido, limitado al denominado sustancial, en el que falta la determinación del contenido o de algún elemento del negocio, es forzoso concluir que no estamos aquí en presencia de un verdadero y propio negocio "*per relationem*", porque sólo se trata de un caso de "*relatio*" formal, en el que faltan los presupuestos básicos que estructuran aquella modalidad negocial (17).

Pero veamos los casos posibles:

PRIMER CASO:

REVOCACION DE UN TESTAMENTO POSTERIOR,

O DICHO DE OTRA MANERA,

REVOCACION DE UNA REVOCACION TACITA.

El Código civil, como la mayoría de los ordenamientos jurídicos, considera el otorgamiento de un segundo testamento, con to - dos los requisitos exigidos por la Ley, como una revocación táci- ta (art. 739, 1°). Quiere decir que otorgado un segundo testamen- to el primero pierde su vigor y validez.

Efectuándose en un momento sucesivo la revocación del segundo testamento, el primero recobra su fuerza, sin más, o sólo median- te declaración expresa de que valga el primero, como establece el art. 739, 2°, del Código civil.

El revivir del primer testamento, sin más, es debido a una vo luntad implícita en el acto de revocación de dar vida al testamento an terior y no al hecho de que haya sido removido un obstáculo que impidiera la validez de la disposición "*mortis causa*" precedente.

La revocación no crea un obstáculo; constata la falta del pre supuesto indispensable para la existencia jurídica del testamento, a saber, la voluntad. La disposición primitiva no existe más que

formalmente, como documento con el cual puedo expresar, mediante reenvío, el contenido de mi nueva voluntad (18).

Por otra parte, la voluntad expresada en el acto de la revocación, remite al testamento anterior como testamento que se requiere de nuevo. En esta remisión GUARNERI (19) ve un verdadero testamento "*per relationem*", puesto que, dice, el testamento que tiene eficacia no es ya el revocado, sino el último. Este le presenta como un testamento "*per relationem*" para el cual constituye el primero precisamente la "*relatio*". Estamos frente un testamento que tiene un contenido dispositivo bien determinado; con la particularidad, sin embargo, que la singular disposición se encuentra enunciada en otro escrito al que el testador reenvía, y que sirve para integrar este último testamento, debiendo entenderse como traído y transcrito. Y, por tanto, se está, indiscutiblemente, dice, GUARNERI, en presencia de un testamento "*per relationem*". En la doctrina española cabe citar en igual sentido a ALBALADEJO (20) y PASTOR RIDRUEJO (21).

Para GIORDANO-MONDELLO (22) la revocación de la revocación le sugiere el convencimiento de encontrarse ante la presencia de una verdadera y propia "*relatio*", pero que sólo tiene un mero carácter explicativo por la razón obvia de que el testador conoce el contenido del testamento revocado. A lo que debemos agregar que, como sabemos, la llamada "*relatio*" explicativa equivale a la "*relatio*" meramente formal, no configuradora, en realidad, del negocio "*per relationem*".

Ante la presencia de la revocación de una revocación tácita, es decir, al revocarse un testamento que haya revocado otro anterior, es evidente que surge un nuevo testamento (por voluntad implícita o expresa, si esta es requerida), idéntico en contenido al anterior, puesto que la voluntad actual reenvía a la anteriormente expresada (como dice el art. 739, 2º, del Código civil). Pero, a nuestro parecer, en este caso no existe verdadero negocio "*per relationem*", puesto que el testador conoce la anterior disposición testamentaria y no hay nada indeterminado que precise ulterior determinación. No existe indeterminación en el contenido de la disposición "*mortis causa*", ya que el testamento anterior, al que reenvía, está ahí, aunque como simple documento conteniendo las disposiciones que ahora recobran pleno vigor; ni hay indeterminación en ninguno de sus elementos esenciales. Y si, como hemos expuesto más atrás, sólo existe negocio "*per relationem*" cuando hay indeterminación en el contenido o en algún elemento esencial del negocio realizándose la determinación mediante la remisión a elementos extraños al negocio, en este caso de revocación de la revocación tácita no se dan los presupuestos necesarios para la existencia del negocio relacional. Es más, el testador, en el momento de la revocación, puede otorgar un testamento idéntico al anterior, en el que todo esté determinado, ya que esa es su voluntad; si no lo hace y sólo se limita a remitirse al anterior, es una cuestión simplemente de economía, y ni en uno ni en otro supuesto hay razón para hablar de testamento "*per relationem*", al menos desde el punto de vista sustancial.

SEGUNDO CASO:

REVOCACION DE UNA REVOCACION EXPRESA.

En esta hipótesis (revocación de la revocación del testamento), tampoco es dudoso reconocer una "*relatio*" en sentido formal.

Si declaro querer aquello que querré (Ejemplo: "Instituyo heredero a aquél que indicaré en mi próximo testamento público"), no se cumple, en efecto, -al menos frente a la norma- una voluntad actual; se efectúa simplemente un preaviso de una determinación volitiva futura; no es, por esto, un negocio jurídico, ni siquiera "*per relationem*".

Pero si declaro, por ejemplo, que "instituyo heredero a la persona que he indicado en mi precedente testamento del día tal y con la modalidad establecida", declaro una voluntad actual de disponer coincidiendo con la declarada en el testamento precedente. La determinación volitiva es completa y autónoma; el sujeto no se remite a la voluntad habida en el pasado, sino que manifiesta solamente su voluntad actual con referencia a un medio extrínseco de individualización del significado de la declaración (23). Por lo cual parece correcta la conclusión de que la manifestación del testador por reenvío a un testamento revocado entra en la hipótesis del negocio "*per relationem*" en sentido formal (24).

GIAMPICOLO (25) advierte que quien declara no querer la revocación de un acto precedente, declara volver a querer el acto primero, o sea, declara implícitamente que la disposición revocada - constituye hoy de nuevo su voluntad; por el contrario, la revocación de la revocación no tendría significado, sería un acto sin fin.

Estamos, por tanto, ante una hipótesis similar a la del apartado anterior. La voluntad de la segunda revocación es anular la primera revocación y dar vigencia al testamento revocado con una voluntad actual. Se quiere ahora lo que antes se quiso. El testamento que se había convertido en un mero escrito sin efectos jurídicos, vuelve a surgir a la vida del derecho por la fuerza generatriz de una voluntad actual.

Es evidente que en la revocación de la revocación tenemos un negocio "*per relationem*" formal, pero, como hemos tratado de demostrar anteriormente, no es una conclusión incuestionable porque depende del concepto que tengamos del negocio "*per relationem*". - No habrá negocio "*per relationem*" tampoco en este caso si no aceptamos como verdadero negocio "*per relationem*" el llamado formal, por cuanto no hay indeterminación del contenido o de los elementos; la supuesta indeterminación es meramente una cuestión de lenguaje o, como se ha dicho con acierto, determinación de la voluntad efectuada de modo indirecto o por circunloquio.

Por todo lo expuesto y en resumen puede afirmarse que no hay negocio "*per relationem*" entre dos testamentos o actos de disposición "*mortis causa*" que provienen del mismo sujeto, porque en tal

caso no existe fenómeno relacional, en sentido sustancial, sino -
tan sólo una pluralidad de documentos que integran una única de -
claración de voluntad, con la sola particularidad de estar conte-
nida en dos o más documentos.

II

EL CONTRATO DE ADHESION NO ES NEGOCIO "PER RELATIONEM".

Para un sector doctrinal (26) el contrato de adhesión es un negocio "*per relationem*", ya que la celebración del contrato, dicen, presupone la adhesión de una voluntad determinada "*per relationem*" al esquema predispuesto por la otra parte contratante. Es to en base a que el aceptante no conoce en el momento de la firma del contrato el contenido de todas las cláusulas contractuales de bido a las peculiares características que encierra el contrato de adhesión.

Pero como pone de relieve ALBALADEJO, (27) la característica de los contratos de adhesión se suele dar, principalmente, a base de destacar que en ellos una parte dispone o prepara el contenido y la otra se limita a aceptar. Cosa que es cierta, pero que -en cuanto contratos y habida cuenta exclusivamente del período contractual - no les diferencia en absoluto de los demás, ya que en todo contrato la aceptación es un liso y llano decir 'sí' a la oferta, y cuando ésta no se acepta íntegramente y se proponen modificaciones, realmente se está haciendo una nueva oferta, des --pués de haber desechado, como tal oferta, la anterior, de la cual

sólo se toman algunos (pocos o muchos) datos para formular la nueva. Por eso se debería llamar explícitamente y acentuadamente la atención sobre que la peculiaridad de los contratos de adhesión - respecto a los demás, reside en que en aquéllos no hay tratos -- (son contratos exactamente igual que los demás, pero sin tratos), es decir, que no se halla tal diferencia en el período contra -- tual sino en el período precontractual. Haciendo eso se evitaría que se defendiera la tesis de que el llamado contrato de adhesión es realmente un acto unilateral, al que se adhiere otra persona. Tal tesis es inconsistente en cuanto que, dice el mismo autor, al unirse oferta y aceptación, hay acuerdo, hay negocio bilateral, - no unilateral, aunque el conjunto de cláusulas que componen la -- oferta las haya redactado por sí sola la parte oferente.

La estructura del contrato de adhesión, cualquiera que sea la posición doctrinal que respecto a él se adopte, no presupone un - fenómeno relacional. Porque si bien es verdad que la parte que -- acepta no interviene en la formulación de las cláusulas contra - tuales, tampoco en el momento de la perfección del contrato hace una remisión a las mismas, ya que ellas están ahí y constituyen - el contenido del contrato. Si en aquél momento la parte aceptante no quiere darse por enterada, no existe, en realidad, una verdadera remisión a dichas cláusulas; es simplemente un acto de volun - tad de dicha persona, que por los motivos que sean, no quiere co - nocerlas. No existe en el momento de la perfección del contrato - de adhesión indeterminabilidad por ningún lado; todos los elemen - tos esenciales del mismo están perfectamente determinados y no debe admitirse como "*relatio*" el hecho de que el aceptante no quie -

ra conocer las cláusulas en el momento que el negocio nace.

MESSINEO (28) diferencia el contrato de adhesión del contrato o negocio "*per relationem*". En esta última figura, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de adhesión, las partes hacen ambas libre y concorde referencia a una fuente extrínseca de determinación de todo el contenido contractual, o de parte del mismo (como cuando confían a un arbitrador, o se refieren a los mercados o a los listines de Bolsa, para la determinación del precio, etc.), de manera que quede eliminado aquel estado de sujeción psíquica que concurre, en cambio, en el contrato de adhesión, y queda intacta la libertad de cada uno de los contratantes.

Es posible que se emplee la "*relatio*" como modo de realizar el contrato de adhesión; como puede ocurrir que este último se lleve a cabo prescindiendo del uso de la "*relatio*"; pero el valerse de la "*relatio*" no es siempre, ni necesariamente, indicio de contrato de adhesión.

La importancia práctica de la distinción entre negocio "*per relationem*" y contrato de adhesión radica en que no cabe aplicar al contrato "*per relationem*" la normativa referente a las condiciones generales de los contratos.

En un contrato "*per relationem*" no existen cláusulas oscuras; existen solamente elementos determinables, que la "*relatio*" convierte de determinables en determinados, y una vez que esto tiene lugar, el negocio es apto para producir las consecuencias jurídicas queridas por las partes.

En suma, el contrato de adhesión no puede ser encuadrado en el conjunto de negocios necesariamente "*per relationem*", porque su estructura no presupone esta exigencia, con particular referencia a la perfección del negocio, determinabilidad del contenido o de algún elemento esencial y presencia de la "*relatio*".

Cuestión distinta es el caso de que un contrato sea al mismo tiempo contrato de adhesión y "*per relationem*". Es fácil esta posibilidad. Supongamos, por ejemplo, un contrato de suministro de agua o de luz. Los contratos de suministro, por su estructura, -- pueden ser "*per relationem*", ya que las prestaciones no se determinan al tiempo de su perfección, sino en momentos sucesivos, pero, a su vez, suelen ser contratos de adhesión, ya que una de las partes es la que establece las cláusulas contractuales y a la --- otra parte no le queda más opción que aceptarlas o no. Si las --- acepta, el contrato de suministro celebrado será, por sus peculiaridades, contrato "*per relationem*" y al mismo tiempo contrato de adhesión, pero no quiere decir que el contrato de suministro sea un contrato de adhesión y que por ser un contrato de adhesión sea a la vez "*per relationem*".

Ya hemos dicho que casi todos los negocios pueden manifestarse "*per relationem*", pero esto no quiere decir que el negocio sea esencialmente "*per relationem*", sino que en determinado caso concreto el negocio puede adquirir esta modalidad negocial.

Esto es lo que puede suceder con el contrato de adhesión, con la advertencia de que estaríamos, la mayoría de las veces, ante -

una "*relatio*" formal, que, para nosotros, como hemos expuesto, no tiene entidad suficiente para considerarla como verdadero negocio "*per relationem*".

III

CONTRATO POR PERSONA A DESIGNAR.

El contrato por persona a designar es un supuesto de hecho negocial en el que, de acuerdo con el promitente, el estipulente se reserva la facultad de sustituirse el mismo, en un acto sucesivo.

Es evidente que el contrato por persona a designar debe considerarse concluido, aunque no sea actual la presencia del sujeto.

Está también claro que existe una incertidumbre en relación con el estipulente; hay un contrato con contratantes alternativamente determinados, puesto que en el momento de la perfección del contrato no se sabe con certeza quien será en realidad el estipu-
lante, si el primero que interviene en el contrato o el tercero -
designado por él.

Esta incertidumbre plantea la duda de si el contrato por per-
sona a designar contiene un supuesto de negocio "*per relationem*",
al incorporar los presupuestos necesarios para que surja esta fi-
gura jurídica.

En cuanto a la perfección del negocio, no hay duda, porque és

te es perfecto *ab initio*.

Problemático es, sin embargo, la determinación de una de las partes. Característica esencial de este contrato es la posibilidad que tiene el estipulante para designar a un tercero para que sea parte en el contrato desde un principio, *ab initio*. Es, por tanto, un caso de determinación subjetiva. Pero la indeterminación es, en realidad, relativa, pues desde un principio en el contrato las partes están perfectamente determinadas; existe un promitente y un estipulante concretos y determinados, aunque se permite la posibilidad de que el estipulante se sustituya a sí mismo, de tal forma que él quede como persona ajena al contrato y el tercero entre a formar parte desde su comienzo.

¿Es suficiente esta indeterminación relativa para configurar el contrato por persona a designar como "*per relationem*"?. Respecto al primer supuesto, no hay duda; el negocio es perfecto, como hemos dicho, desde que nace; la posibilidad de sustituir al estipulante no afecta al hecho de la perfección.

Sin embargo, la incertidumbre que conlleva el contrato por persona a designar creemos que no es suficiente para que esta hipótesis entre dentro de la categoría de negocios "*per relationem*". La incertidumbre de todo negocio "*per relationem*" es tal que, como hemos puesto de manifiesto, de no cumplirse la "*relatio*" el negocio deja de existir, puesto que deviene incompleto al faltarle un elemento esencial, ya que no se trata de que nazca el negocio sin este elemento, sino que en el momento de la perfección sea simplemente determinable. Determinabilidad que supone una delimi-

tación, mínima si se quiere, pero delimitación al fin, de dicho elemento.

En cambio, en el contrato por persona a designar no existe incertidumbre; no hay en el momento de la perfección del contrato - ningún elemento determinable, ya que las partes están perfectamente determinadas, aunque se admita la posibilidad de que una parte se cambie por otra. Pero esta sustitución, que caracteriza a este contrato, no confiere incertidumbre al elemento que se puede sustituir, ya que en un principio el estipulante está concretado e individualizado y figura como parte del contrato, y posteriormente, si se lleva a cabo la sustitución, el tercero asume su posición de parte también determinada, y en el caso de que no tuviera lugar la sustitución, el negocio no deviene inexistente como ocurre en todos los negocios "*per relationem*", sino que tiene plena eficacia, por constituir un contrato con todos los elementos requeridos por la norma cualificadora para producir los efectos económicos-sociales queridos por las partes.

A nuestro parecer esta consecuencia del negocio por persona a designar de que en cualquier caso es un negocio que despliega los efectos jurídicos, es lo que lo distingue de la categoría dogmática del negocio "*per relationem*". Estos negocios sólo despliegan sus consecuencias jurídicas si se cumple la "*relatio*", pero si ésta no se lleva a efecto el negocio es inexistente por falta de un elemento esencial, ya que, como hemos expuesto anteriormente, la "*relatio*" completa, determina, desarrolla el contenido o algún elemento esencial del negocio. La "*relatio*" es un coelemen-

to necesario en cuanto su presencia y actividad contribuye de forma necesaria a que las consecuencias jurídicas se produzcan.

En cuanto al tercer presupuesto del negocio "*per relationem*", la presencia de la "*relatio*", tampoco está muy claro en el contrato por persona a designar. La "*relatio*" consistirá en la posibilidad que el estipulante tiene de elegir a un tercero para que ocupe su lugar. Como hemos dicho, la "*relatio*" implica una remisión a elementos extraños al negocio, ya sea un acontecimiento (mero hecho) o a una persona (juicio lógico). En realidad, el estipulante en el contrato por persona a designar no es un elemento extraño al negocio, pues inicialmente forma parte del mismo. Aunque este obstáculo se puede salvar en el sentido que el estipulante que hace uso de su facultad de elección automáticamente se convierte en una persona ajena al contrato, ya que el tercero será parte en el mismo desde un principio. Y de esta manera, sí puede admitirse, aunque con cierta cautela, que el contrato por persona a designar contiene una verdadera "*relatio*".

Por lo expuesto, aunque el contrato por persona a designar -- tenga algunos rasgos del negocio "*per relationem*", creemos que no debe incluirse dentro de esta categoría dogmática.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS.

- (1) *La revocación del testamento*, cit., pág. 30.
- (2) *Cuestiones en materia de revocación de testamento*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, cit., pág. 35 a 60. Y separata, cit., págs. 5 y 6.
- (3) *Elementos de Derecho civil, Derecho de sucesiones*, ed. Bosch, Barcelona 1981, pág. 284.
- (4) FOIS, *Revoca dell'olografo operata dal testatore e reviviscenza delle disposizioni revocata*, en *Riv. Dir. civile*, 1976, 2 (pág. 23 y 56), pág. 44.
- (5) *Digesto*, l. 17, t. 4, L. 34. Trad. esp. D'ORS, HERNANDEZ TEJERO y -- otros. Pamplona, 1968.
- (6) *Reviviscenza delle disposizioni testamentarie revocata*, *Riv. Dir. civile*, 1931 (págs. 221 a 251), pág. 229.
- (7) *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, en *Riv. di Diritto civile*, 1964, (págs. 150 a 167), págs. 161 y 167. En el mismo sentido, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, pág. 192, nota 5. A su juicio un hecho jurídico existe como tal en cuanto produce consecuencias jurídicas: cesa de existir, en tanto pierde idoneidad para producir efectos jurídicos, por lo que la revocación de un acto que no haya producido efectos jurídicos, no incide directamente sobre el acto mismo, sino que sólo imposibilita que surjan los efectos del acto revocado, que sin la revocación habrían podido surgir.
- (8) *Notas al Derecho de sucesiones* de BINDER, trad. esp. ed. Labor, Barcelona, 1953, pág. 119. ALBALADEJO, en cambio, cree que es solo "*mortis causa*", en *Cuestiones en materia de revocación testamentaria*, cit. pág. 6.
- (9) *Revocación delle disposizioni testamentarie*, Torino 1951, pág. 110.
- (10) Ob. cit., pág. 45.
- (11) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 157.

(12) Ob. cit., párr. 31, pág. 191 y párr. 60, págs. 373 y ss.

(13) En contra TALAMANCA, ob. cit., pág. 161. FOIS, ob. cit., pág. 48 y ss., a su vez, dice que la revocación se delinea como hecho impeditivo de los efectos. Actúa sobre el acto paralizándolo; incide sobre la misma idoneidad de este último para producir consecuencias jurídicas.

(14) GIAMPICOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, cit., pág. 76. En contra, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pág. 192, nota 5.

(15) MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, Revista de - Legislación, tomo V, Madrid, 1896, pág. 684, dice que será válida la revocación que se haga observando las solemnidades necesarias para testar, aunque no se establezca en el nuevo acto ninguna disposición sobre bienes, presumiéndose en dicho caso que la voluntad del testador fue morir intestado.

(16) Cfr., también CICU, *El testamento*, trad. esp. FAIREN MARTINEZ, Madrid, 1959, pág. 202, dice que durante la vigencia del C. civil anterior, italiano, los que sostenían el carácter "*inter vivos*" se basaban en el carácter irrevocable de la revocación, por lo que se atribuía a ésta un efecto inmediato, pero esta argumentación no tiene valor bajo el nuevo C. civil (1942). Además en el C. civil antiguo la voluntad de revocación suponía una voluntad revocable y sólo para garantizar su certeza se exigía que el testador reprodujera su voluntad. Por ello, la misma voluntad de revocación era una voluntad "*mortis causa*".

(17) Podría tratarse de negocio "*per relationem*" sustancial en el caso de que el sujeto de la revocación no tuviera conocimiento completo del contenido de la disposición "*mortis causa*" que recobra vigor por la revocación, supuesto que, aunque improbable, no deja de ser posible, cuando entre el testamento y el acto revocatorio ha transcurrido largo tiempo, o sin ello, cuando se han perdido facultades de memorizar sin afectar a la capacidad del sujeto.

(18) GUARNERI, ob. cit., pág. 232.

(19) Ob. cit., págs. 235 y 243.

(20) *Cuestiones en materia de revocación de testamento*, separata cit., - págs. 5 y 6.

(21) Ob. cit., págs. 30 y 148.

(22) Ob. cit., pág. 163.

(23) Cfr. GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 162.

(24) GIAMPICOLO, ob. cit., págs. 87 y ss. Consideran que la revocación de la revocación de un testamento es negocio "*per relationem*", GUARNERI, ob. cit., págs. 221-251 y GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 163.

(25) GIAMPICOLO, ob. cit., pág. 82.

(26) DI PACE, ob. cit., págs. 88 y ss.; FERRARA, Cariota, ob. cit., pág. 154.

(27) Notas al *Negocio jurídico* de FERRARA, Cariota, cit., pág. 154, nota a, párr. 49, b, y *Derecho civil*, tomo II, vol. 1º, pág. 429.

(28) *Manual de Derecho civil y comercial*, tomo IV, pág. 486, párr. 135, 12 bis.

C A P I T U L O V

EL NEGOCIO "PER RELATIONEM" EN EL CODIGO CIVIL.

SUMARIO

I. GENERALIDADES.- II. EL NEGOCIO "PER RELATIONEM" EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES.- 1. EL NEGOCIO "PER RELATIONEM" EN LA COMPRAVENTA.- A) DETERMINACION DEL OBJETO DE LA COMPRAVENTA POR REMISION A UNA COSA CIERTA.- B) COMPRAVENTA CON PRESTACION ALTERNATIVA Y DE COSA GENERICA.- a) OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.- b) PRESTACIONES DE COSA GENERICA.- c) LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA, NEGOCIO "PER RELATIONEM".- D) DETERMINACION DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA.- 2. PROMESA PUBLICA DE RECOMPENSA O PREMIO.- 3. CONTRATO DE SUMINISTRO.- 4. EL CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA.- III. EL NEGOCIO "PER RELATIONEM" EN EL DERECHO DE SUCESIONES.- 1. TESTAMENTO "PER RELATIONEM" POR REMISION A UN TERCERO.- A) DETERMINACION DE HEREDERO.- B) DETERMINACION DE LOS BIENES.- 2. TESTAMENTO "PER RELATIONEM" POR REMISION A UNA COSA CIERTA O A UN EVENTO.- A) DETERMINACION DE HEREDERO.- B) DETERMINACION DE LA COSA OBJETO DE MEJORA.- 3. LEGADOS.- A) REMISION A UN TERCERO.- B) REMISION A UNA COSA CIERTA.- 4. PARTICION DE LA HERENCIA.- 5. LA FACULTAD DE MEJORAR DEL ARTICULO 831.

GENERALIDADES

En este capítulo trataremos de aplicar los conceptos, ideas o principios hasta ahora desarrollados a los casos más frecuentes de negocios "*per relationem*" que aparecen en nuestro ordenamiento jurídico, con la advertencia de que ni la relación de los distintos supuestos será exhaustiva, ni, en modo alguno, su encuadramiento estará exento de polémica.

Puede afirmarse, en principio, que, con las limitaciones impuestas por la ley, todo negocio jurídico puede asumir el tipo de negocio común o el de "*per relationem*", salvo aquellos en que, -- por su peculiar estructura, son, en todo caso, "*per relationem*" -- (negocios esencialmente "*per relationem*"). La mayoría de los casos se presentan en el Derecho de obligaciones y en el de sucesiones, en donde predomina la autonomía negocial.

De ahí que dediquemos una parte al Derecho de obligaciones y otra al de sucesiones, sin detenernos en aquellos negocios pertenecientes al Derecho de familia y que, pudiendo ser "*per relationem*", ofrecen una peculiaridad especial por tratarse de una mate-

ría en que la autonomía negocial está sensiblemente debilitada y reconducida por la Ley.

Hay otros negocios "*per relationem*" que, perteneciendo al Derecho de obligaciones, tampoco vamos a entrar en su exposición y análisis, porque su estudio corresponde al Derecho mercantil y rebasaría los propósitos de este trabajo. Bástenos citar, como más significativos, el contrato de cuenta corriente, el contrato en seguro con póliza flotante, el contrato de 'factoring', etc. En todos ellos concurren los presupuestos necesarios para incorporar los al extenso grupo de negocios "*per relationem*".

En la exposición de las diferentes modalidades de negocios -- "*per relationem*" que vamos a tratar en este capítulo, lo haremos sólo con relación al Código civil, prescindiendo de las legislaciones forales; no en modo alguno por su falta de interés, sino todo lo contrario, porque dado los límites que en la concepción de este trabajo nos hemos impuesto desde un principio, no tendríamos tiempo ni espacio suficiente para dedicar a aquellas legislaciones la atención que se merecen. Tampoco descartamos poder hacerlo en otra ocasión.

II

EL NEGOCIO "PER RELATIONEM" EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES.

1

EL NEGOCIO "PER RELATIONEM" EN LA COMPRAVENTA.

Entre los negocios que pueden celebrarse "*per relationem*" se encuentra, en primer lugar y por su frecuencia, el contrato de compraventa. En su esquema típico la compraventa es un contrato que, por lo general, tiene todos los elementos determinados en el momento de su perfección. Pero también es frecuente que adopte ciertas modalidades en las que algún elemento se determine "*per relatioe nem*". Así cuando:

- a) El objeto de la compraventa se determina "*per relatioe nem*" mediante la remisión a una cosa cierta (arts. 1273 y 1445 del Código civil), o en las compraventas con prestaciones alternativas y genéricas (arts. 1131 y ss. y 1167 del Código civil) o, en fin, en la *emptio rei speratae* (art. 1271 del C.c.).

b) El precio se determina "*per relationem*" por remisión a una cosa cierta (art. 1447, 1º, Código civil), por remisión a un tercero o arbitrador (art. 1447, 1º, Código civil) y por remisión a determinado día, Bolsa o -- mercado (art. 1448, Código civil).

Es decir, dos elementos esenciales del contrato de compraventa, como son el objeto y el precio, pueden determinarse -y es frecuente además en la vida práctica- "*per relationem*".

A) DETERMINACION DEL OBJETO DE LA COMPRAVENTA POR REMISION A UNA COSA CIERTA.

Objeto del contrato de compraventa ha de ser una cosa determinada (art. 1445, Código civil); pero no quiere decir que sea una cosa individualmente determinada, sino que basta con que sea de - terminable, cuando la determinación no precise un ulterior convenio entre las partes (art. 1273, Código civil). El objeto, pues, de la compraventa puede estar indeterminado en el momento de la - perfección, pero ser susceptible de determinación directa o indirectamente, con arreglo al criterio establecido. Lo único que exi - ge la determinabilidad, es que no precise un nuevo convenio para llevar a cabo la determinación. Ello supone que, directa o indi - rectamente, exista en la relación obligatoria factores mediante - los cuales se resuelva en determinación la determinabilidad, y -- significa también que la determinabilidad es una circunstancia -- que puede concurrir en la prestación estrictamente considerada, -

pero no en el cumplimiento de la misma, ya que en esta fase la -- prestación ha de determinarse. Toda prestación relativamente indeterminada se realiza o cumple como determinada (1).

La determinabilidad del objeto de la compraventa hace que ésta sea válida cuando las partes hayan establecido las normas o -- criterios para la determinación, aunque se trate con referencia a hechos ignorados en el momento de la perfección del contrato, y - será nula cuando falten estos criterios o no pueda determinarse - el objeto con arreglo a los criterios insuficientes de las partes.

Es posible, por consiguiente, la determinación del objeto de la compraventa mediante reenvío a un criterio ulterior, que actuará como "*relatio*" o coelemento necesario para que el contrato surta plenos efectos.

En este supuesto, estamos ante un negocio "*per relationem*", - por tratarse de un contrato de compraventa perfecto, con un elemento, el objeto, determinable, y la determinación se realiza mediante remisión a un criterio preestablecido. Existe, por tanto, una "*relatio*" objetiva.

Hay incertidumbre en el momento del nacimiento del contrato, que desaparecerá -al convertirse lo determinable en determinado- en el momento de la ejecución. La "*relatio*" se incrusta en el negocio para que el objeto quede debidamente individualizado mediante la "*relatio*".

B) COMPRAVENTA CON PRESTACION ALTERNATIVA Y DE COSA GENERICA.

Entre los negocios "*per relationem*" que constituyen figuras especiales de negocios ordinarios, DI PACE (2) comprende, entre otros, la compraventa con prestaciones alternativas y la compraventa de cosa genérica, limitándose a su mera enunciación.

Creemos, por nuestra parte, que tal encuadramiento necesita de algunas precisiones, porque en estos dos supuestos el fenómeno relacional o bien no aparece con la claridad que en otros casos o ni siquiera hace acto de presencia.

a)
a) OBLIGACIONES ALTERNATIVAS.

Las obligaciones alternativas no constituyen un caso de prestación determinable, sino determinada. Las diversas prestaciones posibles están determinadas desde el momento de la perfección de la relación jurídica obligatoria. Lo único que ocurre es que inicialmente la prestación no está individualizada, lo que se consigue con la concentración o elección previa al cumplimiento de una de las prestaciones posibles. Pero mediante la concentración no se determina un elemento de la relación, puesto que, como hemos dicho, está determinado antes de la elección. Normalmente la elección corresponderá al deudor o, en su caso, al acreedor, si así se hubiese convenido (art. 1132 del Código civil), mediante declaración de voluntad recepticia (art. 1133 del Código civil). El objeto se individualiza de acuerdo con la voluntad negocial, sin acudir a elementos extraños a ella. Por ello, desde un principio,

está completo, y si el que debe hacer la elección, sea el deudor o el acreedor, no la hace, incumple la relación obligatoria, es - decir, el contrato a que se haya incorporado la obligación alter- nativa, puesto que la elección "no es sólo un derecho, sino tam - bién un deber y puede serle exigido" (3).

La elección efectuada por el deudor o el acreedor no constitu ye una "*relatio*" o coelemento necesario del negocio, porque éste se encuentra desde un principio con todos sus elementos debidamen te determinados. No es preciso para ello la incorporación de un - evento o acontecimiento extraño ni una voluntad distinta a la pro piamente comercial. Por ello, a nuestro parecer, la compraventa -- con prestaciones alternativas cuando la elección corresponde a -- una de las partes que intervienen en el contrato, no constituye - negocio "*per relationem*".

Cuando la facultad de elección corresponda a un tercero, posi ble al amparo de lo establecido en el art. 1447 del Código civil, la cuestión es más problemática. Existe, lógicamente, la dificul tad de que las prestaciones posibles están previamente determina das. Pero dentro de las prestaciones posibles, no actúa la volun tad comercial. Es el tercero quien, con su decisión, efectúa la in dividuación de la prestación; y entonces puede pensarse que - la determinación del tercero a través de la elección actúa como - "*relatio*" o coelemento necesario del negocio, colaborando con los demás elementos a la producción de los efectos jurídicos. La "*re latio*" es una voluntad ajena a la de las partes y su elección es necesaria para la eficacia del contrato. Si el tercero no hace la

elección no genera incumplimiento contractual, sino incumplimiento de la "*relatio*" y por tanto el negocio carecerá de efectos.

Si la concentración no corresponde al deudor ni al acreedor, dejándose al azar (4), entonces también será posible el negocio "*per relationem*" en los mismos términos que si la individualización de la prestación se hiciera por un tercero, porque el azar, así como la realización de determinado acontecimiento, constituye un hecho que actúa como "*relatio*".

La doctrina, por lo general, configura como negocio condicional el contrato con prestación alternativa cuando la elección corresponde a un tercero, tesis esta no del todo exacta, a juicio de HERNANDEZ GIL, Antonio (5), para explicar los casos de determinación de la prestación mediante el concurso del tercero. Aunque ello comunica a la obligación una incertidumbre, no significa, -- sin embargo, que desaparezca la naturaleza alternativa de la misma. La nota de la condicionalidad, si en rigor la hay -agrega- podrá añadirse a la obligación alternativa, ya por la actuación del tercero a su arbitrio, ya mediante la subordinación de los efectos de la obligación a cualquier acontecimiento futuro e incierto; pero el carácter condicional que asume la obligación no viene a reemplazar su previa y propia naturaleza alternativa, que subsiste.

En efecto, la intervención del tercero, a nuestra manera de pensar, no convierte la obligación alternativa en condicional, -- porque en realidad, su intervención, en lugar de una condición, -- constituye una "*relatio*".

La condición, como ya hemos dicho, no incide sobre los elementos esenciales del negocio; el suceso incierto permanece, en todo caso, extraño a él. La "*relatio*", por el contrario (en esta hipótesis, la elección del tercero) se incorpora al negocio para determinar un elemento. Sin ella, el negocio -la compraventa- no estará completo porque faltará el medio de conseguir la determinación de un elemento esencial.

b) PRESTACIONES DE COSA GENERICA.

Problemas semejantes a los anteriores presenta la compraventa de cosas genéricas. Como es sabido, en toda obligación genérica - el objeto no se determina individualmente, sino por las características comunes al género a que pertenezca. Desde un principio, el objeto de la prestación está determinado en cuanto al género - (aunque el art. 1167 del Código civil hable de obligaciones 'indeterminadas' o genéricas); su individualización se logrará, mediante la especificación, concentración o concreción, que se resuelve con la elección, que consiste en detraer del género aquello con - que se ha de efectuar el cumplimiento, teniéndose más o menos libertad según se trate de obligación genérica simple o delimitada. Pero el objeto de la obligación se encuentra determinado en la forma querida por las partes; la voluntad de éstas será decisiva igualmente para, en el momento del cumplimiento, proceder a su individualización, tanto corresponda al deudor como al acreedor. Y si el objeto no se halla indeterminado de una manera general por ciertas características comunes pertenecientes al género, el ele-

mento objetivo de la relación no precisa la intervención de una "*relatio*" para su concreción o individualización, es decir, para que el negocio surta plenos efectos.

Distintos serán los casos en que la elección corresponda a un tercero, que también es posible, o que la especificación se efectúa por eventos ajenos a la voluntad de las partes. Para éstos -- creemos es válido lo dicho a propósito de una compraventa con --- prestación alternativa ante supuestos semejantes.

C) LA COMPRAVENTA DE COSA FUTURA, NEGOCIO "PER RELATIONEM".

Sabido es que la naturaleza jurídica de la compraventa de bienes futuros es tema sumamente controvertido, lógica consecuencia de la dificultad de la cuestión. Por otra parte no pasa desapercibido que las distintas posiciones adoptadas por la doctrina no se suceden, como por lo general ocurre, en un orden cronológico, sino que se entremezclan, desaparecen y vuelven a aparecer en épocas sucesivas. De manera que las antiguas se actualizan y las que parecen más recientes quedan postergadas para renacer después. A su vez, la Jurisprudencia tampoco ha adoptado una sola tendencia que podamos considerar dominante (6).

Otro problema también arduo es el considerar o no compraventa de bienes futuros a la *emptio spei*, debido a su alto grado de aleatoriedad. Como en el caso anterior, la doctrina se encuentra ---- igualmente dividida, pero es cuestión en la que no vamos a entrar, limitándonos tan solo a señalarla.

El hecho de que haya tanta diversidad de opiniones acerca de la naturaleza de la compraventa de cosa futura se debe a sus peculiares características. No puede tener el tratamiento de una compraventa normal, porque el objeto está indeterminado, no existe todavía, carece de existencia real. De ahí que, en determinadas épocas o momentos históricos, esta venta se prohibiera precisamente por entender que el contrato carecía de objeto.

En el Derecho romano, antes de Pomponio, regía el principio de la no existencia de venta sin cosa presente (7). En época posterior, el Derecho romano admitió la venta de bienes futuros en sus dos modalidades de *emptio rei speratae* y *emptio spei*. La primera se configuró como venta condicional, porque se entiende que en ella hay una compraventa de cosa futura condicionada a la existencia de la misma. En la segunda modalidad, por el contrario, lo que se vende se da en el momento del contrato, porque es la esperanza, el azar, que es el objeto mismo, no afectando al contrato que se realice o no la esperanza. Según los romanos, ésta es una verdadera '*venditio sine re*' (8) en la que no hay condicionalidad porque la *emptio* es perfecta *ab origine*, cuyo objeto es el *alea*, el azar.

Y a partir de esta formulación hasta nuestros días, la compraventa de bienes futuros ha pasado numerosas vicisitudes; en ciertas épocas ha sido olvidada, en otras se ha puesto en entredicho, o admitida con reservas; tampoco ha dejado de aceptarse plenamente. Pero, en todo momento, su naturaleza ha sido muy discutida. Quizás la última de todas las construcciones doctrinales, no fal-

ta de originalidad o al menos de novedad, sea la que trata de solucionar la cuestión aplicando la doctrina del negocio "*per relationem*".

Lo cierto es que hoy nadie niega la posibilidad de la compraventa de cosa futura, aunque siga discutiéndose su naturaleza. El Código civil la admite en el art. 1271, según el cual puede ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras, y la Jurisprudencia también se pronuncia favorable a ella (sentencias del T.S. de 3 de junio de 1970, 28 de noviembre de 1973, 11 de febrero de 1976, 6 de mayo de 1877, 5 de junio de 1978 y 30 de octubre de 1981, entre otras). También la admiten los Códigos francés (art. 1130), italiano (art. 1184) y portugués (art. 339).

Si en un principio pudiera parecer que el art. 1271 del Código civil es contradictorio con el art. 1261, 2º, al exigir objeto cierto que sea materia de contrato, siendo así que una cosa futura no es objeto cierto, la aparente contradicción desaparece poniendo aquellos preceptos en relación con los contenidos en los arts. 1273, 1445 y 1447, del propio Código civil. Mediante esta interpretación sistemática, llegase a la conclusión que la expresión objeto cierto hace referencia a su adecuada delimitación, en el sentido de que sea identificable y no en el de existente.

El Código sólo exige, como requisito de la compraventa, que las partes sepan qué cosa es el objeto del contrato, con independencia de su existencia actual, de modo que en el momento de su ejecución no sea preciso un nuevo acuerdo de las partes.

Para GULLON BALLESTEROS (9) el problema que plantea la venta de bienes futuros radica en saber qué incidencia tiene en el es -
quema normal de un contrato en que el mismo recaiga sobre una co-
sa futura que todavía no existe y que puede llegar a no existir.
Es obvio que el contrato de compraventa en estas condiciones tie-
ne que tener unas características completamente distintas del con
trato de compraventa sobre una cosa real, actual, en el momento -
en que se perfecciona.

Desde nuestro punto de vista, la que nos interesa es la venta
emptio rei speratae, ya que en ella existe una indeterminación del -
objeto, pues en cuanto a la *emptio spei* esa indeterminación no se
da, ya que el verdadero objeto es el azar y la venta subsiste ---
cualquiera que sea el resultado.

Son muy numerosas las teorías formuladas sobre la naturaleza
jurídica de la *emptio rei speratae*. De entre todas, sólo vamos a ex-
poner sucintamente las que tienen más interés para nuestro estu -
dio. Creemos es necesario esta exposición porque, dicho sea desde
ahora, entendemos que esa figura jurídica encuentra adecuada ex -
plicación a través del negocio "*per relationem*". A tal fin desta-
camos como más significativas las siguientes:

1) Negocio anticipado

GORLA (10) y RUBINO (11) consideran el contrato de compraven-
ta de bienes futuros como un negocio anticipado. El segundo lo de
fine así: "Es aquel caso concreto que, por iniciativa de las par-
tes, autorizado por la Ley, puede realizarse, después de la mani-

festación de la voluntad, un elemento típico del supuesto de he--cho (*fattispecie*), el cual, normalmente, se realiza primero que la manifestación".

En realidad, en el negocio anticipado existe una inversión en el tiempo de la formación de los actos jurídicos. El negocio jurídico contiene una serie de elementos, de los cuales, unos, existen normalmente en el momento del consentimiento, mas cuando alguno de éstos viene a la realidad después, nos encontramos ante la hipótesis del negocio anticipado.

También SALIS (12) habla de la facultad dada a las partes para preconstituir un contrato definitivo de venta que tendrá vida y eficacia real en el momento en que la cosa futura, objeto de la compraventa, nazca. Aunque, a su juicio, en tal caso el contrato sólo tiene la apariencia, y no la realidad, de una verdadera compraventa. Y distingue en el contrato dos momentos bien diferenciados: el del consentimiento y el de la existencia de bienes. Sólo, dice, desde ese momento deberá considerarse celebrado el contrato de compraventa.

Para ROGEL VIDE (13) y para CALONGE (14), SALIS atribuye a la figura en examen el carácter de un contrato de compraventa futura, en el cual no sólo es futura la cosa u objeto del contrato, sino la misma compraventa.

Creemos que esta concepción parte de una premisa equívoca, ya que al considerar que el contrato puede estimarse celebrado sólo desde el nacimiento de la cosa, es que no existía objeto en el momo

mento del consentimiento, y entonces el consentimiento no será vá lido por falta de este elemento. Si se considera vá lido el consen timiento se está reconociendo implícitamente la existencia de ob jeto cierto, aunque su nacimiento no haya tenido lugar y sólo sea meramente determinable. En este caso, el vínculo obligacional na ce en el mismo momento del acuerdo de voluntades. Pudiera objetar se a esta teoría, a pesar de la autoridad de sus formuladores, -- que es contraria a las normas generales que ordenan la contrata ción al admitir un consentimiento con eficacia retardada.

2) Negocio de validez o invalidez suspendida.

FERRARA, Cariota (15), dice que puede suceder que, en el momen to en que el negocio se realiza, falte un requisito de validez; - pero que éste sea tal que, por disposición de la Ley, pueda reali zarse más tarde, pueda sobrevenir. Entre tanto, en el período in termedio entre la fecha del negocio y aquella otra en que el re quisito pueda tener lugar (como la existencia de la cosa) y unir se al negocio, éste no es vá lido ni inválido; no puede decirse vá lido porque falta un requisito de validez, y no puede decirse nu lo porque es precisamente la Ley la que admite que este requisito pueda realizarse en un momento ulterior. Se tiene así, continua, el fenómeno de la validez o invalidez suspendida (o pendiente o incierta o eventual).

FERRARA, Cariota (16), cuando habla de suspensión de la vali dez no la refiere a la producción de los efectos sino que la re qiere a la validez del negocio, por faltarle un elemento esencial.

Y la característica de esta invalidez suspendida es que, *medio tempore*, no pudiendo calificarse ni de válido ni de inválido, no es posible a las partes promover ninguna acción contra el mismo, por qué ambas están vinculadas por sus declaraciones y deben esperar. Una vez que desaparece la suspensión, el negocio se considerará válido o inválido desde siempre. Entre otros negocios, incluye en -tre los que tienen la validez o invalidez suspendida a todos aquellos negocios sobre cosas futuras, entendidas como inexistentes - *in rerum natura* al momento del contrato.

A esta teoría pudiera objetarse que a un negocio jurídico ~~no~~ existente (y aquí se parte de la existencia del negocio) no parece correcto considerar suspendida su validez o invalidez, ni posponer su calificación a un momento posterior, ya que, con la existencia del negocio, nace al menos el vínculo obligacional, y hay un cambio en la situación jurídica de las partes. Sería más apropiado hablar, a nuestro modo de ver, de una suspensión de los --- efectos, pero no de una suspensión de la validez o invalidez.

3) Contrato completo y derecho eventual.

Dice IGLESIAS CUBRIA (17) que los negocios sobre cosas futuras son completos, están perfectamente formados desde el comienzo y tienen un objeto que vendrá determinado más tarde y son fuente de derechos eventuales. Para este autor (18), hay expectativas en todos los supuestos en que un elemento esencial para la configuración de un derecho subjetivo es expresado en base a unos presu --

puestos dados, aptos de suyo potencialmente para que aquel elemento se realice. Y nos ofrece como ejemplo la venta de cosa futura.

En su opinión, la expectativa aparece (19): a) Desde el punto de vista del titular expectante, como una posición jurídica en la cual, contando con el favorable acontecer (evento), se puede consolidar la situación jurídica, que devendrá un derecho subjetivo pleno; b) Mas, mientras se produce el evento, que eliminará la incertidumbre, nos encontramos con una posición jurídica presente - que realmente puede ser identificada como un derecho -no pleno -- y definitivo en el orden operante del tiempo y de los acontecimientos- sino sometido a estos factores. Sintéticamente la expectativa del lado activo del titular expectante es un derecho eventual. La solución del evento -agrega IGLESIAS CUBRIA- puede no -- ser favorable al expectante, en cuyo caso hay que distinguir ---- otros dos supuestos:

1) Que no lo sea porque la parte, cuyo patrimonio resultará afectado con el resultado, haya impedido el normal desarrollo del proceso, en cuyo caso la expectativa desemboca, del lado activo del expectante, en un derecho de crédito, y del lado del afectado, en una obligación.

2) Que el evento se resuelva de manera no favorable al expectante sin responsabilidad alguna para el pretitular ni para -- terceros, en cuyo caso la expectativa se extingue por sí misma y las accesorias situaciones creadas en torno a ella, al quedar sin causa, se extinguen también.

El evento afecta sólo a la adquisición o pérdida definitiva - del derecho, no a la existencia o inexistencia del contrato que - existe y produce efectos transitorios, si bien puede ser ineficaz a efectos finales (20). En un sentido similar, SANTORO PASSARELLI (21).

Esta teoría es aceptable en cuanto admite la existencia del - negocio con sus efectos preliminares y resalta únicamente la pen- dencia de los efectos finales, supeditados a la producción del -- evento.

4) Negocio condicionado.

Es la teoría más generalizada, tanto en la doctrina española - como en la extranjera. Considera la venta de cosa futura, la *emptio rei speratae*, como un negocio condicional. Sus seguidores la funda- mentan principalmente en que el evento sometido a condición no es la cosa, sino el hecho, en sí mismo extrínseco, de la venida a -- existencia de la cosa. De este modo tratan de salvar el escollo - que supone el carácter accidental de la condición; para ellos el elemento esencial -objeto- no es lo condicionado, sino solamente su nacimiento.

ROGEL VIDE (22) desplaza la cuestión al problema de la distin- ción entre elementos esenciales y elementos accidentales del nego- cio. Para ello adopta la dirección seguida por BETTI (23), entre la doctrina extranjera, y por DIEZ PICAZO (24), entre los españo- les, de considerar que existen elementos que se denominan accidenu

les con respecto al tipo o género del negocio en el sentido de que son extraños a su estructura típica pero que, una vez incorporados a un negocio concreto, asumen carácter esencial en cuanto se convierten en un elemento de su contenido preceptivo, y determinan, por ello, su supuesto de hecho.

Así, dice ROGEL VIDE (25), la condición, elemento 'accidental' de la compraventa, podría ser, respecto de la compraventa de bienes futuros, una determinación esencial de la reglamentación de intereses establecidos por las partes.

Sin querer quitar méritos a esta construcción, es necesario señalar que mal puede considerarse condición un elemento esencial en el negocio concreto, ya que los elementos esenciales son requisitos necesarios para la existencia del negocio y su falta origina la nulidad del mismo, y una condición puede faltar (por ejemplo, en el caso de las condiciones imposibles) y subsistir el negocio.

En la compraventa de cosa futura falta un elemento, cual es el objeto, y la condición se refiere al nacimiento de la cosa, a la producción del contrato o, como dice RUBINO (26), a un elemento esencial requerido por la ley para la existencia del negocio.

Además, los efectos de la compraventa de cosa futura, en su modalidad de *emptio rei speratae*, se verifican *ex nunc* y no retroactivamente, esto es, *ex tunc*, desde el momento de la conclusión o perfección del contrato, como debería suceder si se tratase de venta condicional.

Una variante de la doctrina condicional es la sostenida por CALONGE (27), sobre la base de distinguir entre cosa futura en sentido amplio (que es la no existencia en *rerum natura*) y sentido restringido (que es la cosa en formación); considera venta condicional solamente la acepción de cosa futura en sentido amplio. Para CALONGE no obsta aducir la idea de que la condición es elemento accidental de un negocio perfecto y éste no lo sería por carecer de objeto. Para él, el objeto del contrato es esa cosa futura cuya aparición condiciona el traslado de propiedad, y si este no se produce faltará la entrega de la cosa y no el objeto del contrato. Por eso lo condicionado es la entrega de la cosa, sobre la que recae el contrato, aunque no sea objeto presente en el momento inicial.

CALONGE trata de salvar el obstáculo de la accidentalidad de la condición al considerar condicionado un elemento esencial, objeto (cosa futura), desplazando la condición a la entrega de la cosa. A nuestro modo de ver esta construcción desnaturaliza la condición. Es evidente que la condición provoca siempre en el negocio condicionado la suspensión (nos referimos, naturalmente, a la suspensiva) de los efectos del negocio, en este caso sería la entrega de la cosa, pero la suspensión de los efectos no puede elevarse a condición. De ahí que PERLINGIERI (28) afirme que considerar el efecto como condicionado es un no sentido. La suspensión de los efectos del negocio es la consecuencia de la existencia de la condición. Por ello, para la admisión de esta teoría sería preciso un desplazamiento del concepto y función de la condición en

la construcción dogmática del negocio jurídico. Se trata de dilucidar si la venida a la existencia de la cosa es condición o no, toda vez que el evento que produce la entrega de la cosa es el propio nacimiento. Pero por el hecho del nacimiento de la cosa no se cumple una condición, sino que se determina el objeto del contrato. Está claro que los argumentos de los partidarios de la teoría de la condición difícilmente pueden resistir la crítica a que ha sido sometida. A saber:

a) La condición es un elemento accidental y, como tal, no puede referirse, como en el caso de venta futura, al objeto, un elemento esencial del contrato. A este respecto HERNANDEZ GIL, Antonio (29), dice que el contrato sujeto a condición suspensiva es un negocio jurídico que, en cuanto tal, reúne todos los requisitos esenciales, entre ellos el del objeto, y solamente por el juego de una circunstancia extraña a los elementos esenciales del contrato condición se subordina su eficacia al cumplimiento o no de aquella.

b) La condición tiene carácter retroactivo, los efectos se producen *ex tunc*; en la venta de bienes futuros los efectos se producen *ex nunc*, al menos todos aquellos que derivan de la cosa en sí. (30).

No puede decirse que el contrato de compraventa de cosa futura en el que el elemento futuro e incierto está integrado por uno de sus elementos esenciales como es el objeto, que no existe todavía *in rerum natura*, sea un contrato bajo condición suspensiva. Constituyendo la condición solamente un elemento accidental del negocio ju

rídico, ya perfecto, no puede confundirse con sus requisitos esen
ciales, considerados abstractamente y establecidos por la Ley, in
dependientemente de la voluntad de las partes, aun cuando su exis
tencia pueda ser futura o incierta. La condición constituye algo
distinto al negocio en que se inserta, cuyos elementos esenciales
deben existir con independencia de ella (31).

5) Contrato meramente obligatorio.

La Jurisprudencia y cierto sector de la doctrina italiana, so
bre la base de su sistema de transmisión de la propiedad por el -
mero acuerdo de voluntades (diferente al nuestro del título y el
modo), ha configurado la compraventa de cosa futura como contrato
meramente obligacional, sin eficacia transmisiva. Para MESSINEO -
(31), cuando se perfecciona el contrato de compraventa de cosa fu
tura, solamente nace la obligación de entregar la cosa en el mo -
mento en que nazca. Con ello sigue literalmente el precepto del -
art. 1472 del 'Codice civile', al disponer que en la venta que --
tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad
se verifica en el momento en que la cosa nace.

Según TORRENTE y SCHLESINGER (33), la razón por la que no es
posible una relación de naturaleza real sobre los bienes futuros
es obvia, toda vez que no se puede ejercitar un poder inmediato -
sobre una cosa inexistente y la propiedad y el derecho real sólo se
adquiere cuando la cosa nace. En la *emptio rei speratae*, dicen, el -
comprador no soporta los riesgos de la cosa vendida a partir del

momento de la perfección porque si la cosa no llega a nacer el contrato carece de los efectos finales.

Esta construcción carece de aplicación a nuestro ordenamiento jurídico, aunque nos parece oportuno constatarla porque pone de relieve la suspensión o no producción de los efectos del contrato hasta que se verifique el nacimiento de la cosa.

6) Negocio "per relationem"

Para algunos autores (34), la compraventa de cosa futura encuentra una explicación satisfactoria por medio de la doctrina del negocio jurídico "*per relationem*", es decir, una compraventa cuyo objeto es siempre indeterminado, por el hecho mismo de que éste deberá nacer o venir a la existencia.

Nosotros también creemos que en la compraventa de cosa futura concurren todos los presupuestos necesarios para constituir un negocio "*per relationem*". En efecto:

a) Es un negocio perfecto desde el momento mismo de la manifestación de voluntad de las partes y concurrir el consentimiento y el objeto, sin que sea óbice para ello que este no esté determinado en ese momento. Nace entonces el vínculo obligacional al estar presente, en la perfección del negocio, todos los requisitos generales y especiales requeridos por la norma. Es, pues un negocio jurídico existente. Perfeccionado desde la asunción del vínculo, sólo aparecen eventualmente diferidos los efectos finales.

Esta afirmación nos aclara que las diversas teorías adoptadas por los autores no siempre son contradictorias, sino compatibles entre sí. La causa de llegar a distintas soluciones parte, muchas veces, de que la cuestión en estudio se ve desde distintos puntos de vistas y el discurso especulativo lleva a soluciones, en cierto modo, distintas pero concurrentes.

Así, la venta de cosa futura es un negocio perfecto, pero al mismo tiempo es un negocio obligacional, ya que la existencia del mismo produce un vínculo entre las partes; nace el deber, al menos, de contribuir o de no oponerse al nacimiento de la cosa, por parte del vendedor, y la imposibilidad de romper el vínculo unilateralmente. También es un negocio con los efectos finales suspendidos, como hemos visto que sostiene IGLESIAS CUBRIA; origina una situación de pendencia, de expectativa.

b) El negocio tiene un elemento esencial, el objeto, indeterminado, ya que la cosa futura no existe en el momento de la conclusión del contrato. La no existencia del objeto en el momento de la perfección, no equivale a falta de objeto, sino a indeterminación, pudiendo ser determinado. La existencia no precisa que sea actual, por lo que la cosa futura y determinable puede ser objeto de la prestación en el contrato de compraventa.

c) La determinación de dicho elemento se realiza mediante la remisión a un hecho extrínseco al negocio, el nacimiento de la cosa. Y, este hecho, como ya hemos apuntado, no puede considerarse como una condición suspensiva, en cuanto que la condición es un obstáculo que impide la producción de la consecuencia jurídica,

pero que una vez que se verifica el obstáculo desaparece, y ahí - termina su específica función; mientras que la "*relatio*" integra el negocio, se incrusta en él para completar el elemento que falta.

La condición, repetimos, es algo ajeno al negocio siempre; la "*relatio*", no, una vez que el evento se produce se incorpora al - negocio.

En resumen, la venta de cosa futura es para nosotros una hipótesis clara de negocio "*per relationem*", en cuanto supone la existencia de un negocio jurídico perfecto generador de una relación jurídica obligatoria entre las partes con todas las consecuencias o efectos pertinentes. En el negocio se dá también una situación de pendencia o de suspensión de los efectos finales hasta que la "*relatio*", el evento extrínseco al negocio, se realice, y con la importante consecuencia de que todos los efectos que se derivan - de la cosa misma se producen *ex nunc*, desde el momento en que ésta nace.

D) DETERMINACION DEL PRECIO DE LA COMPRAVENTA.

Ya Justiniano (35) nos habla de la posibilidad de que el precio de la compraventa -que debe existir y ser cierto- pueda determinarse por un tercero ajeno al contrato. Los antiguos, dice, dudaron mucho acerca de la validez de la venta en que se convenía la adquisición de la cosa en el precio que señalase Ticio. Contempla aquí el caso más típico, diríamos nosotros, de negocio "*per* -

relationem". Pero esta duda, según el propio JUSTINIANO, fue re-
suelta por una Constitución suya que dispuso que siempre que la
venta se concertare "en el precio que estimare tal persona", el
contrato nace con esta condición. De suerte que, si el designado
al efecto, señalare el precio, este debía abonarse de absoluta --
conformidad con la cantidad fijada y hacerse entrega de la cosa a
fin de que la venta sea eficaz, pudiendo a tal efecto disponer el
comprador y vendedor de sus acciones respectivas. Mas si aquel --
que fue designado no quisiese o no pudiese señalar el precio, la
venta será nula, lo mismo que si no se hubiera dicho nada acerca --
de lo que debía pagarse. Esto que nos pareció bien -agrega- tra --
tándose de venta, no es ningún absurdo hacerlo extensivo también
a los arrendamientos.

Este texto de las Instituciones de JUSTINIANO, que plantea --
cuestiones que siguen siendo de completa actualidad en el mundo --
de hoy, pasó a las Partidas (36), que también exigen en la compra
venta como requisito indispensable un precio cierto, aunque por --
certeza no deba entenderse determinación, fijación completa, sino
simplemente posible concreción, como cuando se dice "quantos el --
comprador toviese en alguna arca o saco o maleta, o otra cosa ---
cualquiera". El Código civil sigue también este mismo sistema en
materia de certeza del precio y determinación de la cosa en el --
contrato de compraventa.

Con carácter general, al estudiar la determinación de la pres-
tación en la relación obligacional, el profesor HERNANDEZ GIL, An-
tonio (37), dice que prestación determinada es la perfectamente

conocida e identificada, y prestación determinable es la que, no estando rigurosamente determinada en un momento dado, -general- mente el constitutivo de la obligación- puede llegar a determinarse directa o indirectamente, sin necesidad de un nuevo convenio. En este caso, existe una relativa determinación o indeterminación, suficiente, sin embargo, para cubrir el requisito de la determinabilidad de la prestación.

La obligación surge válidamente en cuanto se halla provista de objeto. No sucede lo mismo si la prestación es indeterminada; y la prestación es indeterminada cuando se requiere un nuevo acuerdo de voluntades para llevar a cabo la determinación; entonces la obligación sólo estará provista de objeto cuando tal acuerdo se haya producido.

Como es sabido, el Código civil recoge el requisito de la determinabilidad, con carácter general en el art. 1273 y específicamente referido al contrato de compraventa en los arts. 1447 y 1448.

De todos ellos resulta claro, como señala el profesor HERNANDEZ GIL, Antonio (38), que la prestación es determinable cuando a virtud de datos extraños a la relación obligatoria, pero mencionados en el título constitutivo de la misma, puede llegarse a saber cual es en concreto su contenido (39).

Para que el precio se tenga por cierto es suficiente que lo sea con referencia a una cosa cierta, que su señalamiento lo realice un tercero o, para ciertas cosas, el que tengan en tal fecha

en Bolsa o mercado.

Respecto a la determinación del precio la Jurisprudencia ha establecido la siguiente doctrina:

Sentencia de 8 de mayo de 1895.

"El contrato de compraventa tiene objeto cierto y teniéndolo, no es nulo por falta de ese requisito esencial cuando la cosa vendida y su precio estén determinados por los contrayentes, de tal modo, que, sin necesidad de nuevo -- convenio, pueda saberse con certidumbre que sea lo vendido y cual la cantidad debida por precio, según se colige de los mismos artículos 1273 y 1445 del Código civil".

Sentencia del 18 de mayo de 1963.

"El texto del artículo 1445 del Código civil, aunque de - termina que en los contratos de compraventa el precio ha de ser cierto, no pierde esta cualidad de certeza porque se indique o precise sobre un módulo o base de fijación, pues como dice el artículo 1447 para que el precio se tenga por cierto bastará lo sea con referencia a otra cosa - cierta, sin que sea necesario, como reiteradamente tiene declarado la Jurisprudencia, que se especifique numerariamente, siendo válido el consignado conforme a datos reales y efectivos".

Sentencia de 11 de octubre de 1967.

"Se está en presencia de una compraventa en la que existe como cierto un precio, si bien indeterminado, pero determinable, utilizando los criterios del artículo 1448 en relación con el 1447 del Código civil, especialmente con la referencia al del mercado de esta clase de producto agrícola (orujo) en día y momento específico final de la campaña".

Sentencia del 22 de febrero de 1968.

"Que aunque nuestro Código civil en los artículos 1445 y 1450 exige que el precio de la compraventa sea cierto, -- ello no quiere significar que su exacta cuantía ha de ser precisada en el acto mismo de la celebración del contrato, sino que dicho cuerpo legal permite aplazar la fijación -- de él para un momento posterior, siempre que al perfeccionarse el contrato se hubiesen convenido unas normas claras y concretas para que se haga la oportuna determinación de dicho precio, sin dejar lugar a dudas, como ocurre en los casos previstos en el artículo 1447, en los -- que se hace referencia a una cosa cierta o se deja el señalamiento del precio al arbitrio de persona determinada, o como sucede en los supuestos señalados en el art. 1448 de venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, en las que se señala como precio en el contrato, el que alcance la cosa vendida, en determinado día, Bolsa o

mercado, o por analogía, en determinada época o campaña - agrícola, forestal, industrial o pesquera, es decir, que aunque no quede determinado con precisión cuantitativa en el momento de celebrarse el contrato, el precio se reputa cierto siempre que sea determinable con sujeción a las normas establecidas en él, sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes contratantes -artículo 1273-, o que no se deje al arbitrio de una de ellas su fijación --artículo 1449-".

Sentencia de 30 de marzo de 1970.

"El requisito del precio cierto aunque no se precise cuantitativamente en el momento de la celebración del contrato, siendo lícito determinarlo después, siempre que no requiera un nuevo convenio, pues puede y debe estimarse --- igualmente como cierto el precio que convengan fijar las partes mediante avalúo, en forma de antemano conocida y regulada por las leyes, y como en el caso de autos se señaló el que se fijara al inventariar lo cedido, apreciando como tal precio el que se ha fijado pericialmente, por peritos designados de acuerdo con las partes, no puede hablarse de falta de precio".

Sentencia de 17 de febrero de 1973.

"Tanto en el supuesto de que se tratase de una obligación alternativa, como en el de que se estuviese frente a un -

derecho de opción, no puede hablarse de indeterminación del precio, porque aunque el artículo 1445 del Código civil exige que sea cierto, ese señalamiento no implica que se precise cuantitativamente en el momento de la celebración del contrato, sino que basta que se pueda determinar, sin necesidad de un nuevo convenio, según así lo declaró el Tribunal Supremo en sus SS. de 2 de febrero de 1959, - 22 de febrero de 1968 y 30 de marzo de 1970".

Sentencia de 23 de noviembre de 1976.

"Porque es doctrina constante de este Tribunal Supremo -- respecto a la certidumbre del precio de la compraventa, - que lo exigido en el mencionado artículo 1445 no supone - que cuantitativamente se determine el precio en el momento de la celebración del contrato, siempre que sea posi - ble determinarlo después sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, como dice la Jurisprudencia. En - el presente caso lo ha sido, atendiendo para ello al precio usual en el mercado de las mercancías vendidas".

Sentencia de 28 de marzo de 1981.

"Se acusa por el recurrente infracción, por inaplicación del artículo 1450 del Código civil, por entender que la - compraventa del solar origen de las actuaciones no había mediado el oportuno concurso de voluntades entre el com - prador y vendedor que determinara válidamente el precio -

cierto del contrato, olvidando al argumentar así la insoslayable realidad de que tal precio fue fijado por perito arquitecto designado por el correspondiente Colegio oficial a solicitud dirigida por comprador y vendedor".

Pero siendo esto así, suscítase la cuestión de saber cuál es hasta el momento de la determinación, la verdadera situación de la relación obligatoria.

Desde la época romana, en el pasaje transcrito de JUSTINIANO, en el que se dice que el contrato nace con esta condición, la doctrina mayoritariamente viene calificando dicha situación de pendencia como condicional. Opinión también compartida por la Jurisprudencia (sentencias de 21 de abril de 1956 y 22 de noviembre de 1966, citadas anteriormente).

Aunque excede de los propósitos de nuestro estudio el examen de las doctrinas patria y extranjeras sobre el carácter condicional de la compraventa cuando pende la determinación del precio -- conforme al criterio establecido por la autonomía negocial, no -- por ello queremos dejar de hacer referencia a la opinión última -- mente expuesta por BADENES GASSET (40), que no compartimos. A su juicio, observando el artículo 1447 se llega a la conclusión que en él existe, además del contrato de compraventa, un segundo ---- acuerdo de las partes sobre la manera de llevar a cabo la determinación del precio. Este segundo convenio tiene, respecto al prime ro, una cierta sustantividad que permite configurarlo como contra to; y cuando se encomienda a un tercero la fijación del precio, -

la venta es condicional, porque su eficacia depende de que el ter ce ro llegue a señalarlo, pues, como dice el párrafo final del art. 1447, si dicha persona no pudiere o no quisiere señalarlo, quedaría ineficaz el contrato; la condición, pues, quedaría incumplida (41).

Ve, pues, en las dos modalidades para la determinación del -- precio contempladas en el art. 1447, en la primera, aparte del -- contrato de compraventa, otro convenio por el que se lleva a cabo la determinación; y en la segunda, cuando la determinación se encomienda a un tercero, sólo una venta condicional. Pero si en este segundo caso hay venta condicional ¿por qué no en el primero?. Y si en el primero existen dos contratos ¿por qué no hay también dos contratos en el segundo?.

Tanto en la primera hipótesis -determinación del precio con referencia a una cosa cierta- como en la segunda -determinación al arbitrio de un tercero- existe dentro del contrato de compra venta una regla o criterio que establece el medio de determina ción del precio. No es correcto por ello decir que con la primera hipótesis -referencia a una cosa cierta- se dé cierta sustantividad que permita configurarla como contrato, y que en la otra sólo haya una venta condicional.

Nosotros creemos que en el primer supuesto no coexisten dos -- contratos, hay uno solo, con propia autonomía, el de compraventa. Que este contrato contenga diversas cláusulas o previsiones de -- las partes acerca de la determinación de un elemento, como es el precio, no supone la coexistencia de dos contratos; para ello se-

ría preciso que las partes creasen relaciones jurídicas diferentes. Aquí, se crea una sola relación jurídica con unos solos efectos jurídicos.

La Jurisprudencia, como hemos dicho, se pronuncia por el carácter condicional de la compraventa en los casos del artículo 1447. Entre otras muchas sentencias, podemos citar:

Sentencia de 21 de abril de 1956.

"La facultad de dejar la fijación del precio de una compraventa al arbitrio de una tercera persona, tiene respecto del contrato en que tal cosa se conviene, ciertas características, tanto de condición resolutoria como suspensiva; la primera porque si no llega a realizarse, desaparece el contrato, y la segunda, porque al llevarse a cabo corrobora la perfección del mismo, puesto que esa voluntad externa que ha de determinar el elemento económico del contrato concertado, se hallaba previamente consentida por los contratantes y por ello, salvo pacto expreso en contrario, ese precio ha de estimarse en relación con el momento y ocasión en que la prestación del consentimiento tuvo lugar".

Sentencia de 22 de noviembre de 1966.

"Que el precio es el elemento esencial más característico de la compraventa, debiendo ser cierto, según la definición que de dicho contrato da el artículo 1445 del Código

go civil, certeza que no supone el que necesariamente se precise su cuantía en el momento de la celebración del -- contrato sino que su determinación pueda hacerse o bien -- con referencia a otra cosa cierta, o dejando su señala -- miento al arbitrio de persona determinada, lo que hace -- las veces de condición".

Sin embargo, es preciso reconocer que si la Jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal adopta esta dirección doctrinal, lo hace de forma cautelosa, sin verdadera convicción, ya que habla de "ciertas características"; tanto de condición resolutoria, como - 'suspensiva', o bien diciendo "lo que hace las veces de condición".

Al carácter condicional de la compraventa en el supuesto del artículo 1447 se ha opuesto abiertamente HERNANDEZ GIL, Antonio - (42), aunque sin llegar a configurar su verdadera naturaleza a -- través del negocio "*per relationem*". A su juicio, aunque se ha -- sostenido la aplicación del mecanismo de la condición suspensiva, este criterio no es correcto. El contrato sujeto a condición sus- pensiva es un negocio jurídico que, en cuanto tal, reúne todos -- los requisitos esenciales, entre ellos el objeto, y solamente por el juego de una circunstancia extraña a los elementos esenciales del contrato -condición-, se subordina su eficacia al cumplimien- to o no de aquella. Mas cuando el tercero no ha efectuado la de - terminación y no sabe si la efectuará o no, el contrato no reúne todos los requisitos esenciales, ya que falta justamente el obje- to. Por lo tanto, si el tercero realiza la determinación, no se - cumple propiamente una condición, sino que se termina, desarrolla

perfecciona el negocio jurídico dotándole del elemento que hasta ese instante le faltaba.

GARCIA CANTERO (43) últimamente sostiene la misma tesis. Si bien es verdad, dice, que la doctrina y la Jurisprudencia, al encomendar a un tercero la fijación del precio, califica a la compra -venta de condicional, hay que desechar tal calificación, pues, como dicen los Anotadores, parece evidente que las partes no ha -brán querido subordinar la eficacia del contrato mismo al hecho -futuro e incierto de la fijación del precio por un tercero, sino que más bien hay que pensar que las partes quieren la eficacia --del contrato en todo caso, limitándose a delegar, de común acuerdo, en otra persona la determinación precisa de uno de los elemen -tos esenciales. Si, según el artículo 1447, se tiene por cierto -el precio -cumpliéndose los requisitos del artículo 1445- cuando se encomienda el señalamiento del precio a un tercero, la compra -venta es ya perfecta por reunir los requisitos legales, si bien -no puede desplegar plenamente su eficacia mientras el árbitro no cumpla su función. Fijado el precio se produce la total integra -ción del contrato de venta, sin que pueda hablarse de cumplimien -to de una condición con retroactividad de efectos. Simplemente lo que ocurre es que los efectos, que podían haberse producido (por ejemplo la entrega de la cosa), se consolidan y los demás comenza -rán a desplegar su eficacia a partir de la fecha del contrato.

La venta con precio determinable en cualquiera de su hipóte -sis, es un negocio "*per relationem*", dado que contiene todos los requisitos necesarios para esta modalidad negocial. Veámoslo:

1) La compraventa constituye un negocio perfecto desde el momento que existe acuerdo de voluntades (artículo 1450). A ello no obsta el que se remita la determinación del precio a un momento posterior. El precio, como tal, existe en la perfección. Por que existencia del precio a efectos de celebrar válidamente el -- convenio, no equivale a existencia actual, sino a que, en base a los criterios establecidos, pueda determinarse en un momento dado.

2) Uno de sus elementos esenciales -el precio- es determinable. Como ya sabemos, el concepto determinable está comprendido, desde el punto de vista jurídico, en el concepto determinado, como valoración equivalente. Determinable es todo lo que puede ser determinado. Es el mismo concepto contemplado en momentos temporales distintos.

3) La determinación se realiza mediante elementos extraños al contrato -"relatio"- con referencia a una cosa cierta o - al que la cosa tuviere en determinado día Bolsa o mercado o bien dejando su señalamiento a un tercero o arbitrador (artículos 1447 y 1448 del Código civil) (44).

Como hemos dicho reiteradamente, concurriendo estos tres presupuestos estaremos en presencia de un negocio "*per relationem*", como ocurre en este caso.

Ya apunta GARCIA CANTERO (45) que se va abriendo en nuestra - doctrina la categoría del arbitrador como distinta de árbitro, -- configurándose esta compraventa como un negocio "*per relationem*" en el que una parte de la actividad comercial (46) se realiza me -

diante la remisión a la decisión de un tercero.

La determinación del precio en la compraventa en la forma establecida en el artículo 1447 del Código civil, da lugar, en efecto, a un negocio jurídico "*per relationem*" y no condicional por las siguientes razones:

1) Como hemos visto, en esta modalidad de la compraventa concurren todos los requisitos o presupuestos necesarios para la existencia de la figura del negocio "*per relationem*".

2) La condición hace incierto el negocio mismo, en este caso la compraventa, mientras que la "*relatio*" -elemento básico del negocio "*per relationem*"- asegura la determinabilidad de un elemento, como es la concreción del precio, sobre el presupuesto de un negocio de compraventa cierto.

3) Si a la determinación del precio hubiera de dársele el tratamiento de condición, no debería incidir en ninguno de los elementos esenciales del negocio de compraventa -como es el precio- puesto que el suceso incierto que supone la condición permanecería ajeno al contrato de compraventa. En cambio, la determinación del precio en las modalidades del artículo 1447 constituye una "*relatio*" que se integra en el contrato de compraventa ya formado, incorporándose en la estructura de la regla de autonomía privada que conlleva. De tal modo que sin el cumplimiento de la "*relatio*" el contrato de compraventa no puede aspirar a estar completo, mientras que sí lo estará el negocio solo sometido a condición. La razón es sencilla: mientras la "*relatio*" está dentro del

contrato de compraventa, la condición está fuera.

4) La "*relatio*" actúa como coelemento necesario para que la compraventa produzca efectos, y no para la existencia o inexistencia del contrato, como sucede con la condición. Y la "*relatio*" es coelemento necesario porque su finalidad es determinar un elemento constitutivo del contrato de compraventa, como es la determinación del precio, para que surta sus efectos propios. No es, - por tanto, algo accidental o coelemento accidental como la condición. Incluso en el caso de que el precio venga determinado por - un tercero (arbitrador), sigue siendo coelemento necesario para - el contrato de compraventa que, sin la decisión del tercero, el - contrato estará incompleto, inacabado, no apto para surtir sus -- efectos.

2

PROMESA PUBLICA DE RECOMPENSA O PREMIO.

Esta figura jurídica no está recogida de modo expreso en nuestro Código civil, lo que ha dado lugar a una abundante literatura jurídica y también a numerosa Jurisprudencia, sin que sea pacífica la una ni la otra.

La dificultad estriba en considerar o no la promesa pública - unilateral -de recompensa o premio- como fuente de obligaciones. Y como ante todo el Derecho es forma de la realidad de la vida social, si nos acercamos, en una primera aproximación, a esta figu-

ra desde el punto de vista de su frecuencia en la realidad subyacente donde nos encontramos, nos damos cuenta que hoy es un hecho de frecuencia cada vez mayor. El progreso, los medios de comunicación, la sociedad de consumo, han puesto en marcha una serie de mecanismos a través de ciertas figuras del Derecho, que si antes era infrecuente encontrarse con esa situación jurídica, en la realidad cotidiana actual, en cambio, es raro el día que esa figura no aparece a nuestra vista, especialmente en las campañas publicitarias y en la proliferación de premios literarios.

Y como dice HERNANDEZ GIL (47), en la conciencia social de -- nuestros días está firmemente arraigado el convencimiento -la *communis opinio*- de que en estos casos el autor de la promesa no actúa caprichosa o arbitrariamente, sino que contrae una responsabilidad, asume una obligación. El atribuir a la promesa unilateral fuerza vinculante, es, sin perjuicio de algunos precedentes romanos y germánicos, una conquista relativamente reciente. Así las cosas, tal declaración -promesa pública- constitutiva de promesa de un obrar determinado, aparece dotada de una transcendencia social a impulsos de la actuación del emitente, que, por propia iniciativa, suscita el interés y la confianza de los demás. Por lo que, razones de seguridad jurídica y exigencias de la buena fe, demandan que el destinatario concreto o eventual tenga derecho a convertirse en acreedor, lo cual sólo es posible si sobre el promitente incide el deber de mantenimiento de la promesa que, por lo mismo, ha de reputarse irrevocable, al menos dentro de ciertos límites.

Pues bien,, esta figura usual y corriente, con la que nos en -
contramos, diríamos, cotidianamente, constituye un nuevo supuesto
de negocio "*per relationem*". Cuando se afirma que la ejecución --
por una persona del acto delineado en la promesa no actúa como --
perfección de un contrato, sino como realización del supuesto de
hecho que dota de efectividad a la promesa, vinculante desde el -
principio, y determina quien es, en concreto, el acreedor, nos es
tá describiendo un supuesto de negocio "*per relationem*":

a) Existencia de un negocio ya formado, perfecto; el acto
delineado en la promesa no actúa como perfección del contrato, lo
que, a *sensu contrario*, quiere decir que ya existía el contrato, --
(primer presupuesto) de nuestro concepto de negocio "*per relatio-*
nem";

b) Hay un elemento determinable, porque la promesa deter-
mina quien es, en concreto, el acreedor (segundo presupuesto), y

c) El acto delineado en la promesa por el que se realiza
el ofrecimiento para nosotros es la "*relatio*" (tercer presupes-
to).

La promesa pública puede ir dirigida no sólo a quien cumpla -
determinada acción, sino también a favor de quien se encuentre en
determinada situación, sin que se exija a cambio prestación o ac-
tividad alguna.

Aplicando el mecanismo relacional a la promesa unilateral se -
observa que el negocio surge en el momento de la promesa, y que -
no es necesario una aceptación posterior por parte del beneficia-

rio para que ésta se perfeccione , ni siquiera hace falta una --- aceptación tácita. Como señala MATOS ANTUNEZ VARELA (48), el rasgo esencial de la promesa al público, como declaración unilateral, está menos en su irrevocabilidad que en el hecho de que para la - constitución de la obligación se prescinde de la aceptación del - acreedor, naciendo directamente por la declaración del promitente y no por el hecho o situaciones a que la prestación ofrecida se - refiere. De tal modo que el promitente queda obligado incluso con relación a aquellos que se encuentran en la situación prevista o la han practicado o hecho sin atender a la promesa e incluso ignorándola.

No estamos ante una hipótesis contractual, porque la promesa surge sin necesidad de aceptación. La realización del supuesto de hecho por parte de un tercero, supone que se produzcan las consecuencias de la promesa, al determinar la persona a que se imputan los efectos, pero no existe por parte del tercero una aceptación, ni siquiera tácita. Como pone de relieve MATOS ANTUNES VARELA --- (49), la promesa pública es un caso de indeterminación del sujeto de las obligaciones cuando la determinación depende de un evento futuro. Y valen como negocios unilaterales vinculativos, desde el momento que son hechas (50). La obligación existe, por tanto, desde la fecha de la promesa. Punto que interesa para múltiples efectos.

Y como sostiene DELL'AQUILA (51), contrariamente a lo que opina la mayoría de la doctrina, en el Derecho español rige el principio general de que las promesas unilaterales vinculan al promi-

tente desde que llegan a conocimiento del promisorio y hay que -- considerarlas entre las fuentes de obligaciones.

La Jurisprudencia, como hemos dicho, es vacilante, contradictoria y confusa. Pues si bien es verdad que el Tribunal Supremo reconoce la existencia de declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones (sentencia de 31 de octubre de 1924, 17 de octubre de 1932, 10 de enero de 1946, 21 de marzo de 1957, 5 de mayo de 1958, 13 de noviembre de 1962, 3 de febrero de 1973, 17 de octubre de 1975 -si bien esta sentencia aclara que no parece muy ortodoxo calificar de voluntad unilateral la aludida carta- y de 6 de marzo de 1976). lo cierto es que, como señala el profesor ALBALADEJO (52), las sentencias que se deciden por admitir la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, aunque es --- cierto que lo dicen así literalmente, sin embargo carecen sustan - cialmente de valor. Bien porque hacen tal afirmación para referir se a declaraciones unilaterales de voluntad, posteriormente aceptadas, bien porque fundamentan la figura en el artículo 1254 del Código civil o bien porque cuando hacen declaraciones favorables a la admisión de tal fuente, resuelven casos en que no nacía de - voluntad unilateral, sino de otra fuente, como un contrato o un - hecho ilícito.

Creemos que la promesa pública, como negocio "*per relationem*", tiene base dogmática suficiente para constituir una figura jurídi ca independiente ya que en la práctica es sumamente corriente en nuestro devenir cotidiano encontrarnos con supuestos de esta índole por lo que esperamos que la Jurisprudencia de nuestro más Alto

Tribunal delinee, de una vez para siempre, los perfiles de esta figura, sin tener que recurrir a otros supuestos distintos, que, por lo demás, ha sido admitida por la Jurisprudencia de otros países y por el derecho comparado (53).

3

EL CONTRATO DE SUMINISTRO.

El contrato de suministro normalmente es un contrato "*per relationem*", ya que la entidad cuantitativa de las prestaciones, -- por lo general, se determina con referencia a un elemento extraño, aunque, a veces, también sea posible la determinación directa por las partes, en cuyo caso estaremos fuera del fenómeno relacional.

La "*relatio*" en el contrato de suministro puede consistir, como dice CORRADO (54), en un comportamiento de las partes, o en el de un tercero, o bien en sucesos o situaciones no voluntarias.

Elemento esencial del contrato de suministro es la periodicidad de las entregas, las que, al tener lugar en momentos sucesivos a la perfección del contrato, hace que su determinación, la mayoría de las veces, se posponga y corresponda a una de las partes (la que recibe la prestación), la concreción de la cantidad del objeto debido (55). Normalmente, se deja al mismo suministrado la facultad de determinar la existencia y la cuantificación de la necesidad. Esta es la hipótesis normal del suministro de agua,

gas y energía eléctrica.

CORRADO (56) advierte que, aun con todo ello, es difícil admitir un simple fenómeno de reenvío a elementos extraños cuando el suministrado, a través del accionamiento del interruptor de una - de las instalaciones de los servicios, determina la cantidad de - la cosa deseada.

A nuestro juicio, sí existe ese reenvío, en el momento de la perfección del contrato, puesto que la prestación se determina en un momento sucesivo por el suministrado. Y el hecho que sea éste, una de las partes, el que determina la prestación tampoco es causa de invalidez del contrato, puesto que no se deja simplemente a su sola voluntad, sino que ésta viene, en cierta manera, delimitada por la necesidad. Por otro lado, el hecho de que el suceso determinativo pueda faltar por la imposibilidad sobrevenida de realizar el comportamiento, quedando, por tanto, el contrato inútil por la incertidumbre de su contenido, es una eventualidad inherente a las declaraciones "*per relationem*".

La estructura del contrato de suministro hace que la manera - normal de presentarse en el tráfico jurídico sea "*per relationem*", aunque también pueda ofrecerse, en efecto, sin la presencia de la "*relatio*", pero este supuesto en la vida práctica podemos decir - que es excepcional.

El contrato de suministro se perfecciona en el momento de la aceptación por parte del suministrado, ya que lo corriente es que se traten de contratos de adhesión.

Existe determinabilidad de un elemento esencial, en este caso el objeto de la prestación, que en el momento de la formación del contrato queda indeterminado (pero determinable).

Y contiene una "*relatio*", que no es la voluntad libre de una parte, como normalmente se entiende, sino el hecho material de las necesidades que esta parte tiene. El suministrado no solicita las prestaciones porque sí, sino por necesidades, a veces primarias y urgentes, que trata de satisfacer con el cumplimiento sucesivo de aquellas. Por eso creemos que más que de una "*relatio*" -- subjetiva, estamos ante una "*relatio*" objetiva; es un hecho el que delimita, concreta y determina la prestación (la necesidad satisfecha), no la libre voluntad de una persona.

Si admitiéramos que la voluntad del suministrado es la que determina la prestación estaremos también, a nuestro modo de pensar, ante un contrato de suministro "*per relationem*", por cuanto sería un elemento extraño al negocio el que determinase la prestación, puesto que esta voluntad no es voluntad negocial, por consistir en un mero juicio.

Los autores que consideran el contrato de suministro "*per relationem*" (57), no se plantean el problema de si la "*relatio*" consiste en una voluntad o en un hecho, porque no dudan en calificar lo de "*per relationem*". Es más, DI PACE (58) lo incluye entre los negocios esencialmente "*per relationem*", que son aquellos que por su misma estructura no pueden ser más que "*per relationem*". A nuestro modo de ver esta afirmación no es aceptable, porque la esencia del contrato de suministro está en la periodicidad de las

entregas, pero esta periodicidad no implica necesariamente que el contrato sea "*per relationem*"; la periodicidad indica que las --- prestaciones tienen lugar de una manera sucesiva en el tiempo, pero no conlleva la necesidad de la determinabilidad, requisito --- esencial para la presencia del negocio "*per relationem*". Una prestación puede realizarse de forma periódica, pero estar determinada e individualizada desde el momento de la perfección del negocio, y en este supuesto hay un contrato de suministro, pero no un contrato "*per relationem*". Es evidente que esta no es la forma -- más frecuente de manifestación del contrato de suministro, pero - el que se dé, aunque sea esporádicamente, impide que el contrato de suministro se encuadre dentro de los negocios esencialmente -- "*per relationem*".

El contrato de suministro es "*per relationem*" cuando la determinación de un elemento esencial se realiza en un momento posterior a la perfección del negocio, bien por una "*relatio*" objetiva o subjetiva, y entonces sí estamos ante un supuesto de negocio -- "*per relationem*", porque éste contiene todos los presupuestos necesarios para que surja dicha figura: perfección, determinabilidad y "*relatio*".

En el contrato de suministro los elementos indeterminados pueden ser de lo más diverso: el precio, la duración del contrato, - la cantidad de la prestación (la más frecuente), etc.

EL CONTRATO POR CUENTA DE QUIEN CORRESPONDA.

El contrato por cuenta de quien corresponda se establece , en cierto modo, en beneficio de un tercero (por el momento indeterminado) y mediante el cual se protege un interés de éste, en espera de que se concrete quién es el sujeto de tal interés (a modo de sujeto en blanco). Con la particularidad de que la determinación del beneficiario o sujeto del interés no tiene lugar por voluntad y decisión de uno de los contratantes, sino por efecto de acontecimientos objetivos.

El otorgante por cuenta de quien corresponda, no es parte, ni siquiera por un momento (salvo que se convierta en tal, porque él sea aquel por cuenta de quien el contrato se estipula), puesto -- que contrae por otro sujeto, si bien éste sea desconocido o indeterminado, aunque pueda surgir para el contratante cierta obligación.

Es frecuente seguir la tesis del contrato a favor de tercero para el contrato por cuenta de quien corresponda. Sin embargo, sólo en algunos contratos por cuenta de quien corresponda se da un supuesto contrato a favor de tercero.

Para nosotros la vía que debe adoptarse para acoger la esencia de la figura en examen es que el contrato por cuenta de quien corresponda en un contrato "*per relationem*", en cuanto algún o al

gunos de sus elementos esenciales queda determinado por vía indirecta *a posteriori*.

El contrato por cuenta de quien corresponda reúne los tres requisitos esenciales e imprescindibles para constituir un negocio "*per relationem*", a saber:

1) Es un contrato perfecto, ya que la no individualización del sujeto en el momento de la formación no impide que éste se construya válidamente *ab initio*, aunque los efectos no se produzcan hasta un momento posterior.

2) Existencia en el contrato de un elemento esencial determinable, como hemos dicho, el contrato por cuenta de quien corresponda tiene una de las partes indeterminada en el momento de la perfección del contrato que se determinará en un momento posterior, es decir, un elemento esencial del contrato es determinable.

3) La existencia de una "*relatio*", de tal manera que la determinación del elemento determinable se realiza mediante la remisión a un elemento extraño al contrato; un acontecimiento objetivo se encarga de individualizar la persona indeterminada. Es precisamente este reenvío la característica del contrato por cuenta de quien corresponda, ya que la persona se concreta o determina por un evento extraño al negocio.

El hecho de que la estructura del negocio por cuenta de quien corresponda siempre se manifieste de forma idéntica al nacer éste a la realidad jurídica, hace que le encuadremos en la categoría de los negocios esencialmente "*per relationem*", que son aquellos

que siempre tienen la forma "*per relationem*" en su manifestación jurídica, ya que nacen siempre con una incertidumbre, constituida por la falta de determinación de una de las partes que solamente un acontecimiento objetivo concretará o delimitará.

Al realizarse la determinación mediante reenvío a un acontecimiento objetivo, el contrato por cuenta de quien corresponda forma parte del conjunto de negocios "*per relationem*" con "*relatio*" fáctica y objetiva. Mediante tal individualización, queda establecida la parte que era solamente determinable.

El negocio por cuenta de quien corresponda ha tenido su máxima expansión en el campo del seguro, tanto en el Derecho comparado, como en nuestro ordenamiento jurídico, habiendo sido recogida esta figura contractual en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre regulación del Contrato de Seguro, en su artículo 7º, que dice en su párrafo primero:

"El tomador del seguro puede contratar el seguro por cuenta propia o ajena. En caso de duda se presumirá que el tomador ha contratado por cuenta propia. El tercer asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden".

Es decir, cuando el beneficiario asegurado es determinable, estamos en presencia de un contrato por cuenta de quien corresponda siempre que el procedimiento que las partes acuerden sea la remisión a un acontecimiento extraño a la relación obligatoria y, además, objetivo.

III

EL NEGOCIO "PER RELATIONEM" EN EL DERECHO DE SUCESIONES.

1

TESTAMENTO "PER RELATIONEM" POR REMISION A UN TERCERO.

A) DETERMINACION DE HEREDERO.

Aplicando la doctrina del negocio "*per relationem*" al derecho de sucesiones y particularmente a la disposición testamentaria, - estaremos ante una hipótesis de testamento "*per relationem*" cuando su contenido o alguno de sus elementos esenciales se determine mediante remisión a elementos extraños al propio testamento. El elemento extraño puede estar constituido por un hecho o por el -- juicio de un tercero.

Supuestos de negocio "*per relationem*" por remisión a un tercero en el Código civil son los recogidos en el párrafo 2° del art. 670, en el art. 671, en el art. 749 y en el art. 747.

El art. 670, tiene dos partes bien diferenciadas, ya que contempla supuestos diferentes. El primer párrafo, además de proclamar expresamente que el testamento es acto personalísimo, enuncia las hipótesis contrarias a éste, referidas todas ellas a la formación del testamento. Así, cuando dice "no podrá dejarse su formación en todo ni en parte... etc.", es claro que, cuando se deja la formación a otra persona, el testamento deja de ser acto personalísimo (59). Y deja de ser acto personalísimo, sencillamente -- porque en estos casos la voluntad que dispone de los bienes para después de la muerte no es la del propio causante; quien otorga el testamento es otra persona, y precisamente porque el testamento es otorgado por otra persona no es en tal caso negocio "*per relationem*". Ya que el tercero no accede a un negocio perfecto y determinable, sino que el tercero da vida al testamento y éste nace con todos sus elementos perfectamente determinados.

Sin embargo, en el segundo párrafo se contempla un supuesto -- distinto. Ya no se trata de dar vida a un testamento, sino que -- nos encontramos con un testamento perfecto realizado por el *de cuius* cuyo contenido (designación de heredero o legatario o la designación de cuotas) está indeterminado y se remite para su determinación a un tercero.

Este supuesto del 2º párrafo del art. 670 sí es un negocio -- "*per relationem*", porque concurren en él todos los presupuestos -- necesarios para que se dé esta figura, veámoslo:

a) Es un negocio jurídico perfecto. Primero, porque, como hemos señalado, la perfección de un negocio consiste en contener

todos los elementos constitutivos requeridos por la norma, aunque las consecuencias jurídicas no se produzcan en dicho momento. Partiendo de esta concepción, CICU (60) dice que considerar el testamento como negocio imperfecto, que se perfecciona con la muerte sería imposible; sólo cuando también el contrato a término o condicional, se dijera que se perfeccionan en el momento de llegar - el término o de realizarse la condición. En tal hipótesis, el concepto de perfección no se referirá al negocio como declaración de voluntad, sino a todos aquellos elementos que deben, según los casos, concurrir para que la voluntad produzca sus frutos. La muerte no es ningún elemento perfeccionativo del testamento como negocio, sino elemento que determina la producción de los efectos jurídicos.

Segundo, por cuanto la prohibición contenida en el párrafo 2° del art. 670 (remisión al arbitrio de un tercero) y, como tal, imperante, en estos momentos en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser alegada como requisito de perfección, desde el punto de vista que nosotros lo contemplamos, de *lege ferenda*, es decir, de posibilidad que se suprima esta prohibición para dar paso a un negocio "*per relationem*", que no conculcaría el principio personalísimo de nuestro Derecho positivo, en cuanto existe voluntad suficiente, por parte del testador, para dar vida a un negocio jurídico, al que accedería la declaración del tercero, no como voluntad de éste, sino como mero juicio, querido y deseado por el mismo -- testador.

b) La determinabilidad del heredero o legatario por una -

parte o la designación de porciones, por otra, que constituyen la indeterminación de un elemento esencial en el momento de la per - fección del negocio.

c) Y, por último, la remisión a elementos extraños al negocio. En el caso objeto de examen, el reenvío al arbitrio de un tercero (arbitrador) es un supuesto de "*relatio*" subjetiva, es de cir, en él interviene un coelemento necesario que se precisa para que se produzcan los efectos jurídicos deseados por las partes; - nunca como un complemento de voluntad, ya que la voluntad del tes tador está completa desde su manifestación, por ser consustancial con la persona e inescindible de ella.

En suma, un testamento en el que se deja al arbitrio de terce ro el nombramiento de heredero o legatario o la disposición de -- porciones en que hayan de suceder, contiene todos los requisitos necesarios para ser un negocio jurídico "*per relationem*" y admi sible de *lege ferenda* en nuestro Derecho, sin conculcar el principio personalísimo del testamento, si éste se entiende como expresión máxima de máxima libertad testamentaria, que es, en definitiva lo que propugna la doctrina (61) y la Jurisprudencia (62), cuando ha bla de la voluntad del testador como ley suprema.

Por eso el carácter personalísimo del testamento (recogido, - entre otras, en las sentencias de 20 de mayo de 1972 y 7 de di - ciembre de 1973), que la doctrina, mayoritariamente, reconoce como inserto en el art. 670, a nuestro parecer, no tiene un signifi ca do unívoco, a saber:

a) Por carácter personalísimo puede entenderse la facultad del testador para determinar todos y cada uno de los puntos concernientes a la distribución de sus bienes y nombramiento de heredero o legatario para después de su muerte.

b) Por carácter personalísimo puede entenderse designar heredero o legatario y atribuir la herencia de acuerdo con la voluntad del testador.

Tomado en la primera acepción, indudablemente, no tendría ese carácter el testamento en que la designación de heredero o legatario o la distribución de porciones o cuotas se deje al arbitrio de un tercero.

Sin embargo, como hemos dicho, creemos que no es este el verdadero significado o acepción de la palabra personalísimo referida al testamento, sino la segunda acepción expuesta.

Personalísimo tanto se refiere a la persona como a su voluntad, y no cabe duda que existe esa voluntad lo mismo si se dice "Instituyo heredero a Cayo" como si se dice "Instituyo heredero a quien Ticio diga". No puede negarse que en esta última disposición existe una voluntad, cuyo contenido es que Ticio designe al heredero.

Si en Derecho sucesorio prevalece la máxima de la voluntad del causante como ley suprema, debe primar esta voluntad, según el libre albedrío del testador, sobre la limitativa acepción del carácter personal del testamento contenida en el referido art. 670. Es la voluntad simplemente del causante la *lex testamenti* o,

mejor dicho, la *lex sucesionis*, porque esa voluntad del causante, unilateral y personal, de disposición, es la afirmación de un poder atribuido por la ley que será más personal y libre cuanto menos límites se imponga a la actuación de esa voluntad creadora -- del acto de disposición "*mortis causa*".

De aquí se deduce que la sucesión tiene siempre carácter personal y ese carácter personalísimo es equivocado predicarlo sólo del supuesto contemplado en el art. 670. Porque fundándolo en el carácter personalísimo no tiene clara explicación, dado que limita la voluntad del testador, y sería más lógico que, por respeto a la voluntad del causante, la prohibición en él contenida no se estableciera. Por ello, podemos afirmar que todas las disposiciones "*mortis causa*" que sean negocio jurídico "*per relationem*" son expresión del carácter personalísimo y no una excepción a este -- principio como suele decirse.

No son testamento "*per relationem*" el otorgado por comisario, por mandatario o al arbitrio de un tercero, que, por el contrario, sí son excepciones al principio del carácter personalísimo del -- testamento. Ya que en estos tres supuestos el testador no testa, lo hace otro por él, incluso si se realiza de acuerdo con lo dispuesto por él. No estamos ante un negocio perfecto, pero incompleto, sino ante un negocio perfecto y completo; no existe ningún -- elemento extraño al negocio que se inserte en él; su contenido y sus elementos esenciales están determinados; no se dan, por tanto, los presupuestos para que nazca una disposición "*mortis causa*" "*per relationem*".

Art. 671.

Este artículo (63) creemos contempla un supuesto de testamento "*per relationem*", por reunir todos los requisitos o presupuestos que explican el fenómeno relacional.

a) Es un negocio perfecto y formado, puesto que existe un testamento con todos los requisitos contemplados por la norma autorizativa, independientemente de que se puedan producir o no los efectos jurídicos. El testamento no se forma cuando realiza la -- elección del tercero, sino que existe ya, desde que es otorgado - (64). No es un supuesto de formación sucesiva.

b) Contiene elementos determinables, que pueden ser tanto las personas que van a recibir las cantidades, como la cuantía de las mismas. Respecto al problema que plantea este art. en rela -- ción con el 751, no vamos a entrar en su análisis y sí sólo decir que cualquiera que sea la posición adoptada, en cuanto a mayor o menor facultad encomendada al tercero para la elección, siempre - estaríamos ante un supuesto de negocio "*per relationem*", pues aun en el caso que el art. 751, precepto meramente interpretativo, li -- mite esas facultades en el sentido de considerar la disposición - testamentaria "en general a mis parientes", sólo a favor de los - parientes más próximos y sin posibilidad de elección entre ellos por el tercero; existe, pues, un elemento determinable cuya deter -- minación se realiza por un hecho extraño al mismo negocio "*mortis causa*" como es el grado de parentesco. La única consecuencia se -- ría que en este último supuesto la "*relatio*" sería fáctica y no

subjetiva, como es el caso de la intervención del tercero arbitrador.

c) Y la determinación se realiza mediante remisión a elementos extraños al negocio testamentario (tercero arbitrador), al que se faculta para que determine el elemento determinable (la -- elección de las personas o la distribución de cantidades).

Por todo ello, nosotros entendemos que apareciendo el negocio "*per relationem*" en los supuestos del art. 671, ha de concluirse en que tal precepto no contiene una excepción al carácter personalísimo del testamento, antes bien, una manifestación de ese carácter en cuanto que la sucesión se realiza de acuerdo con la voluntad, completa y total, del testador que es quien desea que otro sujeto (el tercero) elija dentro de determinada clase a las personas favorecidas o las cantidades a distribuir (65).

Art. 749.

Un caso de remisión a tercero es el contenido en el párrafo 2º del art. 749 cuando dice: "que la calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por las personas que haya designado el testador". Y a continuación señala quiénes deben hacerlo en el caso de que el testador no hubiere designado dichas personas. Como norma interpretativa, el art. 749 nos reconduce al art. 671 y aclara su correcta y adecuada aplicación. En realidad, incorpora el mismo supuesto de este último precepto, pero, al mismo tiempo, establece el orden de prelación de las personas que -- pueden cumplir lo dispuesto por el testador.

En consecuencia, el art. 749, a nuestro parecer, es un precepto interpretativo de un negocio "*per relationem*".

Art. 747.

En el art. 747 el Código civil emplea el adverbio indeterminadamente, en sentido equivalente a determinable. Se trata del caso de que el testador disponga, del todo o parte de sus bienes, para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, sin determinar ("haciéndolo indeterminadamente", dice el precepto comentado). Entonces serán los albaceas los que realicen la determinación. Hay, por tanto, un negocio "*mortis causa*" perfecto (el testamento); indeterminación de un elemento (destinación de bienes) y una remisión a elementos extraños al propio negocio testamentario, presupuestos que configuran la norma contenida en el precepto comentado como un caso más de testamento "*per relationem*".

B) DETERMINACION DE LOS BIENES.

En los preceptos ya examinados en relación a la determinación de los herederos o legatarios por un tercero, encontramos además una "*relatio*" encaminada a la determinación de la participación - que han de tener en los bienes de la disposición testamentaria cada uno de los elegidos o designados. El art. 747 reserva esta facultad al Diocesano y al Gobernador civil, con lo que se efectúa una determinación por personas extrañas al negocio de disposición "*mortis causa*".

A su vez, según el art. 749, norma interpretativa del art. -- 671, la calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto por los albaceas y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán por mayoría de votos, las dudas que surjan. También hay una distribución de los bienes y, consiguientemente, la designación de los favorecidos -- con la disposición testamentaria por la decisión de terceros ajenos al negocio. Al recoger, como hemos visto, el art. 671, un supuesto de negocio "*per relationem*", el art. 749 constituye una -- norma interpretativa de un precepto que incorpora a su contenido un negocio "*per relationem*".

TESTAMENTO "PER RELATIONEM" POR REMISION A UNA COSA CIERTA

O A UN EVENTO.

A) DETERMINACION DE HEREDERO.

En el Código civil la determinación de heredero mediante "*relatio*" aparece en los arts. 750, 772 y 773.

El art. 750 prohíbe la disposición a favor de persona incierta salvo que por un evento pueda resultar cierta. Ya nuestra antigua doctrina civilística puso especial énfasis en distinguir entre persona incierta y persona desconocida, como conceptos o ideas diferentes de la situación del sujeto. MANRESA (66) hace notar que persona incierta, como decía el Derecho romano en el que tiene sus precedentes el art. 750, es aquella de que el testador no se hubiere formado noción precisa, y persona desconocida, aquella que es ignorada o de que no tenga conocimiento el testador. BUXADE (67) dice que no debe confundirse la incertidumbre con el desconocimiento, ya que no es lo mismo persona incierta que persona desconocida, pues al paso que a esta no se le conoce en absoluto, a la primera se la conoce de manera vaga e imprecisa; pero, agrega, ni una ni otra pueden ser herederos, a menos que la incierta, por algún modo o evento, pueda resultar cierta, en cuyo caso será válida, excepcionalmente, la institución hecha a su favor, ya que es principio general que el heredero ha de ser cierto

y determinado.

Según el Diccionario de la Lengua Española (68), la palabra -
incierto, en su 3a acepción, que es la que aquí nos interesa, sig-
nifica desconocido, no sabido, ignorado. Y desconocido, a su vez,
en su 3a. acepción equivale a ignorado, no conocido antes. De don-
de resulta, que, desde el punto de vista lingüístico ambas pala-
bras encierran un mismo concepto, o expresan la misma idea. En --
cambio, para el Código civil, la expresión incierto hace relación
a inconcreción o indeterminación más que a ignorancia o desconoci-
miento del sujeto o del objeto, aunque, a veces, la indetermina-
ción suponga ignorancia. Por eso prohíbe que se nombre a una per-
sona incierta (art. 750), o que se exija un precio cierto en la -
compraventa (art. 1445), o que el objeto de todo contrato debe --
ser cosa determinada (art. 1273). Pero para que el precio se ten-
ga por cierto basta la referencia a una cosa determinada (art. --
1447), o, como señala el mismo art. 750 en su inciso final, a me-
nos que por algún evento pueda resultar cierta. En el Código ci-
vil incierto es equivalente a indeterminado, y cierto, tanto es -
una cosa perfectamente determinada como una cosa determinable, ---
siempre que se establezca el criterio de determinación por las --
partes sin ulterior acuerdo.

Una de las condiciones sucesorias, señala PUIG PEÑA (69), es
la determinabilidad; para que una persona pueda entrar como here-
dera en la sucesión de otra es preciso que quede perfectamente de-
terminada. Esta determinación hay que situarla, en primer lugar,
en la muerte del testador que, por efecto de la ordenación de su

voluntad, debe representarse al hacer el testamento la persona -- que en definitiva ha de recibir los efectos beneficiosos de su -- disposición. La determinación significa, en segundo término, que exista una verdadera concordancia entre aquella concreción del -- pensamiento del testador y la persona que en el mundo de los suce- sores se presenta como tal. De ahí que se pueda admitir la perso- na del heredero que no esté determinada en el testamento si se -- puede llegar a diferenciar o individualizar.

La doctrina, en este punto, está mayoritariamente de acuerdo. Para CICU (70) no hay nulidad, ciertamente, si, no recordando o - no sabiendo el testador el nombre de una persona a la que quiere dejar algo, se refiere a datos que sirvan para determinarla. Lo - mismo cabe decir respecto al caso en que el testador no conozca a la persona y ni siquiera esté en condiciones de individualizarla en la actualidad; limitándose únicamente a indicar la manera como podrá determinarse luego (p. ej., deo tanto al que venza en tal disputa).

Esto, también es aplicable cuando la referencia a elementos ex- traños sólo sirve para caracterizar el objeto de la disposición.

En nuestra doctrina, ya DIAZ GUIJARRO y MARTINEZ RUIZ (71) pu- sieron de relieve que el art. 750 prevé que haya incertidumbre en el momento de la institución y aún después, pero que, luego, re- sulte la certeza por cualquier evento, y entonces, la disposición es válida.

DIAZ FUENTES (72) sostiene que la institución de heredero pue

de recaer válidamente sobre persona desconocida del testador, pudiendo su individualización quedar pendiente de la verificación de una circunstancia o de un procedimiento de constatación, pero ha de ser susceptible de una fijación cierta, concreta.

PUIG BRUTAU (73), sigue el mismo criterio. Para la cláusula de institución bastará que se refiera a persona determinada o que se pueda determinar.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (74), también en el mismo sentido, hacen notar que, desde luego, las disposiciones hechas en favor de persona determinable sin arbitrio de tercero son válidas, de tal manera que no hay inconveniente en que el sucesor se determine por circunstancias o acontecimientos externos desconocidos del causante con tal que su dependencia de la voluntad humana no sea tan plena que el elemento determinante equivalga a la declaración de un tercero.

La Jurisprudencia, tanto la extranjera como la española, admite el testamento en que se fijan los criterios para la individualización, sin incertidumbre, de heredero o legatario. De la extranjera debemos citar, como paradigmática, la Jurisprudencia italiana, ya familiarizada con la doctrina del negocio "*per relationem*", presente en numerosas relaciones jurídicas. Como más reciente, la sentencia de la Corte de "Cassazione" de 1 de agosto de 1980 (75) dice que la identificación del beneficiario puede realizarse también "*per relationem*", a saber, con referencia a cualquier elemento de individualización, cierto e inequívoco. El supuesto de hecho de esta sentencia trata de la designación de una

persona jurídica en un testamento, mediante la actividad llevada a cabo por dicha entidad. La sentencia se pronuncia por su aceptación.

En este mismo sentido, la sentencia de 8 de febrero de 1962 - (76) se refiere a la hipótesis de disposición a favor de sujetos determinados por el mismo testador no sólo en el caso en que la disposición se refiera a favor de sujetos nominativamente, sino también en el caso de que el beneficiario, designado "per relationem", sea inmediatamente e individualmente determinable, en base a precisas indicaciones realizadas por el mismo testador. Trataba de la designación de herederos de los hijos vivos de una determinada persona en el momento de la apertura de la sucesión. Criterio con el que concuerdan las sentencias de la Corte de Cassazione de 19 de julio de 1963 y 2 de mayo de 1975.

Nuestro Tribunal supremo sigue esta misma orientación doctrinal en numerosas resoluciones:

- Sentencia de 15 de noviembre de 1907: "Que determinando se en un testamento claramente que el heredero en propiedad ha de ser el pariente más cercano y más joven, no existe fundamento racional alguno para sostener que hay incertidumbre para conocer en su caso y en su día la persona del heredero nombrado, por ser notorio que las referidas condiciones son muy suficientes al objeto de determinar la persona en quien concurren; no siendo dable confundir el concepto de incertidumbre con la circunstancia de que hasta el momento no se haya inquirido y patentizado nominal y con

cretamente quien sea el pariente más joven y más cercano llamado a la sucesión hereditaria".

- Sentencia del 11 de marzo de 1911: "Que no son personas inciertas, conforme al art. 750 del Código civil, las que por algún evento puedan ser conocidas, como sucede con los hijos instituidos en defecto de padre para el día del fallecimiento del causante, cesando la incertidumbre".

- Sentencia de 17 de junio de 1915: "Nombro por mis herederos fiduciarios con obligación de renunciar cualquier parte de mi herencia que por Ley pudiese corresponderles, fuera de mis legados especiales, a las señoras ... y al fallecimiento de todas - cuatro, al pariente más próximo por los M. o SM, la Sala no ha podido entender estas frases de otro modo como lisá y llanamente suenan, sin acudir a interpretarlas por no ser oscuras, ni ambiguas ni contradictorias, sino que en ellas se llama al pariente más próximo". (77).

- Sentencia de 21 de diciembre de 1920: "Que expresándose claramente en una institución de heredero las circunstancias que han de concurrir en la persona del instituido, que la individualiza en la mente del testador y excluye toda certidumbre respecto - al mismo, en cuanto por ellas puede venirse en conocimiento de -- cual sea el favorecido por la institución, no se infringen los -- arts. 750 y 773 del Código civil". La institución de heredero se hacía a favor de la persona que cuidara al testador en su última

voluntad y se hiciera cargo de su perra "Hortensia".

- Sentencia de 4 de mayo de 1966: "Es necesario designar nominativamente al heredero, sin que esta exigencia, como la doctrina científica advierte, suponga una consignación de nombre, -- del que al testar carece, sino simplemente una determinación precisa y en todo caso individualizada, que notoriamente muestre cómo el designado fue contemplado singularmente al hacer la declaración de voluntad". Esta resolución consideró que la expresión "Lega a su citado padre y al sólo efecto de evitar la preterición, a cuantas personas pudieran acreditar y pretender legítima en sus bienes, la que corresponde según Ley", no es suficiente para individualizar a un póstumo.

- Sentencia de 2 de julio de 1977: "Que como tiene declarado esta Sala en sentencia de 21 de diciembre de 1920, es válida la institución en que claramente se expresen las circunstancias - que habrán de concurrir en la persona del instituido que le individualizan en la mente del testador y excluyen toda incertidumbre respecto del mismo en cuanto por ellas puede venirse al conocimiento de cuál fuese el favorecido por la institución". Esta resolución resuelve un caso en que se emplea la palabra "hijo" para - uno que no lo es, pero con la designación del que era "públicamente y concretamente en los ámbitos familiar y de vecindad del referido causante, mostrando con ello la realidad del designado como heredero".

Por todo lo expuesto, llégase a la conclusión que, por cierto, hay que entender no sólo lo perfectamente determinado e individualizado en el momento de la formación del testamento, sino también lo determinable con cualquier criterio que nos lleve a ello, ex - cepto por la voluntad de un tercero -por expresa prohibición del art. 670 del Código civil-.

Cuando la determinación se efectúa con arreglo a esos crite - rios extraños, existe un acto de disposición "*mortis causa*" "*per relationem*", porque:

- a) Hay un negocio jurídico perfecto (el testamento);
- b) Un elemento esencial determinable (el heredero o legatario);
- c) La determinación se realiza por elementos extraños al negocio ("*relatio*").

Cuando la remisión que efectúa el testador sea de tal manera que él conozca y tenga en su mente perfectamente representada la individualización de la persona y en vez de decir su nombre expresa unas cualidades que evidentemente la identifican. Ejemplo: en vez de decir "Instituyo heredero a Ticio", dice "Instituyo heredero al hijo de Sempronio, que es Juez", suponiendo que Ticio es hijo de Sempronio y además Juez, es evidente que el heredero está identificado e individualizado en el momento del otorgamiento del testamento; pero si Sempronio no tiene ningún hijo Juez en ese momento y puede tenerlo en un futuro, el supuesto es distinto, ya -

que es evidente también que existe una incertidumbre que más adelante se despejará. Para nosotros en el primer caso no existe un supuesto de negocio "*per relationem*" (78), pero sí en el segundo, en que existe una "*relatio*", un elemento extraño al negocio que determinará e individualizará un elemento esencial del mismo, el heredero. La "*relatio*" consiste en el hecho por el que un hijo de Sempronio acceda a Juez.

Para que exista negocio "*per relationem*" tiene que haber incertidumbre en el momento de la perfección del negocio y contener los criterios por los cuales esa incertidumbre desaparezca totalmente en el momento de la ejecución (79).

Así como la doctrina y Jurisprudencia italianas siempre que contemplan un supuesto de hecho como los anteriormente expuestos hablan de negocio jurídico "*per relationem*", la Jurisprudencia -- del Tribunal Supremo se resiste a calificarlos así; no utiliza esta terminología ni otra sustitutiva, aunque el tratamiento a que los somete es el que corresponde a la construcción doctrinal del negocio "*per relationem*", llegando a las mismas consecuencias.

Los artículos 772 y 773 están en íntima relación con el artículo 750, de tal modo que los tres mutuamente se completan y aclaran, pero debemos advertir que no todos los supuestos incluidos o que resulten de ellos pueden considerarse negocios jurídicos "*per relationem*". En las hipótesis que solamente consista en individualizar al heredero por una cualidad o circunstancia, de tal forma que esté claramente en la mente del testador su identidad, no habrá verdadero negocio "*per relationem*"; únicamente sucede que el

heredero o legatario, en vez de con su nombre, se designa mediante perífrasis. Porejemplo, si digo "lego a mi hijo Juan el caballo "Huracán", o la sustituyo por otra que diga "lego a mi hijo rubio (suponiendo que sólo tenga un hijo rubio) el caballo "Huracán"". Las dos disposiciones encierran la misma institución y no existe incertidumbre en el negocio. En uno y otro caso, mi hijo Juan, legatario, está determinado. Nosotros entendemos que es necesario que exista una incertidumbre en el otorgante del negocio respecto a la determinación del contenido de alguno de los elementos esenciales para que pueda hablarse de verdadero negocio "*per relationem*". Aclaremos que esa incertidumbre o indeterminación debe acompañar los criterios necesarios para que desaparezca. Un ejemplo aclarará lo dicho. Testamento "*per relationem*", para nosotros, sería el que insertara la siguiente cláusula: "Lego mi caballo "Huracán", o instituyo heredero a quien gane el mundial de --cross".

La Jurisprudencia se pronuncia así:

- Sentencia de 21 de enero de 1895: "Que la existencia --real y positiva de una persona cierta y no ignorada es lo que requieren los artículos 772 y 773 del Código civil para la validez del nombramiento de heredero".

"Que no afecta para la validez de dicho nombramiento el error al designar el cargo del instituido, si aquel fuese meramente accidental, no afectase en lo esencial a la personalidad del heredero".

"Que habiendo establecido el testador que, en caso de fallecimiento del heredero, quede nombrado como tal la persona que fuese Director de una determinada sociedad, estas palabras revelan el propósito del testador de nombrar heredero sustituto, no a persona particular y sí al que esté investido con el cargo, hecho demostrativo de que el cargo es el que rige y subordina a la persona nombrada y el que imprime carácter a la sustitución". Esta resolución describe un negocio "*per relationem*" en aplicación correcta de los arts. 675 y 772 del Código civil.

- Sentencia de 20 de marzo de 1916: En la institución a favor de "Los hijos de su prima carnal Da. ... que vivan al tiempo de ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria, no existe incertidumbre; son personas ciertas y la institución está hecha con inconfundible fijeza y según fórmula lícita y eficaz, según el art. 772". También aquí se contempla un supuesto de negocio "*per relationem*".

- Sentencia de 24 de marzo de 1930: "Que el pleno dominio y la libre disposición de sus bienes debe pasar a los hijos y descendientes de su prima que vivan al fallecimiento de la usufructuaria, ello significa que hasta que ocurriera este fallecimiento no aparecerá cumplida la condición suspensiva bajo la cual están designados herederos". A pesar de hablar la resolución de condición suspensiva, la hipótesis contemplada es un caso de negocio jurídico "*per relationem*", pues como ya hemos expuesto anteriormente cuando la indeterminación afecta a un elemento esencial de la

disposición "*mortis causa*" existe una "*relatio*" y no una condición.

En cambio, no son negocios "*per relationem*" los contenidos en las sentencias siguientes:

- Sentencia de 7 de enero de 1928: "No está viciada la institución por el error de algún apellido o circunstancias del favorecido como heredero o legatario, cuando puede saberse ciertamente cuál sea la persona nombrada, como así lo expresa claramente el art. 773 del Código civil". En este caso, la designación no se consideró viciada por el hecho de llamarle primo, cuando era sobrino. Y no es negocio "*per relationem*" porque el heredero o legatario está perfectamente determinado.

- Sentencia de 30 de enero de 1931: "No ha lugar a la nulidad de la institución de heredero cuando por algún evento puede resultar cierta la persona ... siendo correctamente aplicado el art. 773, pues el error al nombrar Hermanas de la Caridad de San Vicente de Paul a la Institución de religiosas existente en Arenys de Mar, cuando el testamento fue otorgado, no puede viciar la institución de heredero cuando, por las demás palabras y conceptos del testamento, se ha podido saber y declararse así por el Tribunal de Instancia cual era ciertamente el heredero instituido, ya que, salvo ese error en el nombre, concurren en la Institución religiosa las demás circunstancias expresadas por el testador al designarnos su heredero". Esta resolución no resuelve un problema de determinabilidad del heredero, sino de error en la manifestación

ción de la voluntad del causante que, por no ser esencial, no invalida la institución.

B) DETERMINACION DE LA COSA OBJETO DE MEJORA.

En el art. 829 del Código civil permite señalar la mejora en cosa determinada. Pero como dice el profesor LOPEZ JACOISTE (80), la determinación del objeto debe resultar del propio acto, bien mediante una concreción explícita, bien mediante cláusulas o circunstancias complementarias de las cuales pueda deducirse de modo indubitado.

La concreción precisa para poderse hablar de la existencia de una mejora en cosa determianda, agrega el mismo autor, no es más rigurosa que la exigida en el Derecho de obligaciones. En este ámbito, la determinación tiene por objeto puntualizar la cosa que, en virtud del nexo obligacional, se quiere hacer circular en el tráfico. Y cabalmente en el de la mejora tiene un sentido semejante. La determinación puede obtenerse mediante concreción de las cualidades lo suficientemente minuciosa para que pueda decirse: esta cosa. Pero también se logra a través de la separación de lo circundante a su unidad, del entorno que la rodea.

Definir es una operación lógica, sigue diciendo el mencionado profesor, dirigida bien a poner de relieve la esencia de la cosa, bien a delimitarla. En el primer caso, se trata de aprehender su sustancia y accidentes. En el segundo, de aislarla de las entidades contiguas.

Por lo mismo, la determinación de la cosa puede lograrse por medio de la inequívoca concreción de su sustancia. Pero al mismo resultado práctico se puede llegar a través de referencias que la individualicen plenamente, de forma que pueda decirse "no puede ser más que esta cosa".

Es decir, la determinación a que se refiere el art. 829 puede ofrecer estas modalidades:

a) Que la cosa objeto de determinación esté perfectamente individualizada en el momento de la perfección del negocio "*mortis causa*".

b) Que la cosa objeto de determinación sea determinable - en el momento de la formación del negocio "*mortis causa*" mediante remisión a elementos extraños que la concretan sin lugar a dudas, de tal forma que sea esa cosa y no pueda ser otra; y el disponente sabe efectivamente cuál es.

c) Que la cosa objeto de la determinación sea determina - ble, en el momento de la perfección del negocio "*mortis causa*", mediante la remisión a elementos extraños (es decir sea mediata, indirecta o por elementos accidentales), de tal manera que pueda ser individualizada y concretada sin lugar a dudas, pero sin que el disponente pueda saber a ciencia cierta cual va a ser el objeto de la mejora, pues el criterio delimitador actúa dentro de un conjunto de cosas.

En el primer supuesto, existe un negocio perfecto y completo,

que despliega todos sus efectos jurídicos desde ese momento (Ejemplo: "dejo como objeto de mejora para mi hijo Carlos el cuadro "La encina", de Petronio).

En la segunda hipótesis, se contempla un negocio perfecto, pero ineficaz. La consecuencia jurídica sólo se producirá cuando lo determinable se convierta en determinado mediante la utilización del criterio que el testador dispuso y que se refiere a la forma de manifestación, es decir, en vez de señalar la cosa nominalmente, utiliza una vía indirecta -por perífrasis o circunloquio- por la que se llega a la misma cosa (Ejemplo: "dejo como objeto de mejora a mi hijo Carlos el cuadro que tengo en mi despacho", siendo así que el cuadro es el de "La encina", de Petronio. La única diferencia con el supuesto anterior radica en la forma de expresión utilizada para individualizar el objeto de la mejora. Está claro que el testador, aún utilizando frases diferentes, ha querido establecer la misma disposición). Aquí, para nosotros, no hay negocio "*per relationem*", ya que por parte del testador y en el mismo negocio testamentario no existe incertidumbre.

En el tercer supuesto sí surge el verdadero negocio "*per relationem*", ya que el negocio es perfecto pero ineficaz; ineficacia que desaparecerá cuando el objeto determinable pase a estar determinado mediante la concurrencia de elementos extraños al negocio. De tal manera que la "*relatio*" determina, concreta e individualiza el objeto de entre aquellos posibles que pueden concurrir, pudiendo decirse que es éste y no aquéllos. En este caso, el testador no sabe cuál objeto va a constituir la mejora, pero establece

un criterio que, aplicado a los posibles objetos, despeja la indeterminación y aleja cualquier incertidumbre. Ejemplo: "dejo como objeto de mejora para mi hijo Carlos el cuadro que alcance más valor dentro de los de mi colección el día de mi fallecimiento se según el catálogo oficial". Al tener el testador una colección de cuadros, está claro que el día que otorgó el testamento, donde se incluía dicha cláusula, no podía saber cuál iba a ser el cuadro objeto de mejora, pero la "*relatio*", en este caso un mero hecho y, por tanto, una "*relatio*" fáctica, determinará posteriormente la cosa, desapareciendo la incertidumbre inicial. Completando y desarrollando el negocio "*mortis causa*" para que pueda desplegar los efectos jurídicos queridos por el causante.

LEGADOS.

A) REMISION A UN TERCERO.

En materia de legados el Código civil habla de cosa indeterminada o determinable en los arts.

860 ("si la cosa fue indeterminada"),

869, 3° ("si la cosa legada no hubiere sido determinada en especie según lo dispuesto"),

875 ("de cosa mueble genérica y de cosa inmueble no determinada"),

882 ("de cosa específica y determinada, propia del testador") y

884 ("si el legado no fuese de cosa específica y determinada, sino de genérica y de cantidad").

Por ello, resulta que el Código civil admite, junto al legado de cosa determinada (81), el legado alternativo y el legado de cosa indeterminada en género o especie, dando tratamiento distinto a este último, según se trate de cosa mueble o de cosa inmueble. En el primer supuesto, la disposición "*mortis causa*" siempre será válida, incluso cuando no haya cosas de ese género en la he-

rencia. En el segundo, en cambio, sólo es válido el legado si la cosa inmueble no determinada la hubiese en su género en la herencia.

Supuestos de negocio "*per relationem*" son tanto las disposiciones "*mortis causa*" que contengan un legado determinado como -- aquellas que incorporen una indeterminación de la cosa legada en su género o especie.

En el legado de cosa determinada pueden suceder tres supuestos:

a) Que la cosa objeto del legado esté perfectamente individualizada.

b) Que la cosa objeto de legado no esté nominalmente señalada, sino por medio de perífrasis o circunloquio.

c) Que la determinación de la cosa se realice mediante reenvío a una cosa cierta.

Ello es así porque la expresión cosa determinada en nuestro Código civil expresa tanto una cosa concreta e individualizada, como la posibilidad de que la cosa pueda individualizarse y concretarse.

En el tercer supuesto, cuando la cosa es determinable, es posible el negocio "*per relationem*" en la disposición "*mortis causa*" a título de legado; será necesario, además, que concurren los demás requisitos que configuran esa modalidad negocio -negocio -

testamentario perfecto y "*relatio*"-, siempre que la "*relatio*" se realice en una dirección objetiva que excluya el conocimiento del testador de la cosa objeto del legado al otorgar el testamento. Si el testador tuviese conocimiento de la cosa legada, aunque no la nombrara nominalmente, sino mediante reenvío a un elemento extraño, no estaríamos ante un verdadero negocio "*per relationem*", porque desaparece la incertidumbre y sería desde el primer momento un negocio perfecto y eficaz, en el que la cosa está individualizada.

En los otros, donde se habla de indeterminación en género y especie, es decir, del legado genérico (82), también se puede hablar de negocio "*per relationem*", ya que contiene una obligación genérica, cuyo objeto, como dice ALBALADEJO (83), está determinado, no individualmente, sino, de una manera general, por características genéricas. El género puede ser natural (trigo, vino, automóvil) o también crearse por el interesado, artificialmente, de tal forma que abarque cosas o servicios que objetivamente pertenecan a géneros diversos.

Sea el género natural o no, la disposición da entrada al negocio jurídico "*per relationem*", pero en el caso del género natural sólo hay verdadera "*relatio*" cuando el conjunto de cosas, en cierta manera, esté formado por elementos que se puedan individualizar (como si digo: "lego uno de mis automóviles") o, dicho de otra forma, sea de género delimitado. Pues, como hemos dicho anteriormente, para que haya "*relatio*" tiene que haber siempre incertidumbre del lado del testador o disponente del negocio, porque -

cuando éste conoce el objeto no hay verdadera "*relatio*" (84).

En el supuesto que el género se cree por el testador, lo que denomina el profesor ALBALADEJO (85) género artificial, siempre aparecerá el fenómeno relacional. El testador entonces ignora, en el momento de otorgar la disposición "*mortis causa*", cuál va a ser la cosa objeto del legado, ya que se limita a establecer que pueda ser cualquiera del conjunto que establezca.

La indeterminación no puede ser tan grande, como dice ALBALADEJO (86), que prácticamente el gravado pueda prestar o el beneficiario exigir cosas tan dispares y de valor tan absolutamente distinto que quede en realidad en manos de uno u otro dar o reclamar algo que, aún siendo del género señalado, sea, sin embargo, en puridad, lo que les apetezca. Así ocurriría, dice el mismo profesor, si el testador legó "un animal cualquiera", lo que permitiría al gravado, si es él quien elige, cumplir entregando un canario vulgar y corriente que, con todo, aún vale más que una mosca, y al legatario, si elige él, pedir un costosísimo perro, que aún vale menos que un caballo árabe pura sangre.

En suma, es requisito básico un mínimo de concreción para que no se deje la elección al entero arbitrio del que tenga la facultad de elección.

La función de la "*relatio*" en estos legados no es otra que la especificación o individualización. Y consiste en una "*relatio*" - subjetiva, ya que la facultad de elección corresponde al gravado con el legado, es decir, al heredero, excepto en los casos que el

testador expresamente disponga que sea el legatario (art. 876 Código civil). Para el profesor ALBALADEJO (87), el testador puede querer también dejar la elección a un tercero. El primer argumento a favor de esta tesis es que el artículo 874 se remite a las reglas de las obligaciones alternativas, y en éstas, aunque no lo disponga expresamente la Ley, sin duda que la elección puede confiarse a un tercero. Además, puesto que el propio artículo da preferencia sobre tales reglas a lo que ordene el testador, ya así podría entenderse que cabe la elección del tercero aunque no cupiese en las obligaciones alternativas. Asimismo, agrega el citado Profesor, está a favor de poderse encomendar la elección al tercero la regla de la soberanía de voluntad del testador, a lo que -- puede añadirse el derecho histórico (88).

Junto a todas esas razones, el profesor ALBALADEJO dice que hay otras de carácter práctico que abonan la concedibilidad al -- tercero de la facultad de elegir. Así, el testador puede dejar un hombre de su confianza y manos imparciales (que no son ni las del heredero ni las del legatario) la decisión de dar una cosa u otra que, a lo mejor él no adoptó por, no pudiendo prever el futuro, -- ignorar qué sería lo más conveniente. Por último, por las mismas razones que se justifica en la vida real nombrar un contador partidor, se justifica la elección del tercero (89).

No hay, pues, inconveniente en admitir que sea un tercero el que designe la cosa objeto del legado, en base al artículo 671 -- del Código civil, que permite encomendar a un tercero la distribución de cantidades que se dejan a clases determinadas. Y si el Có

digo autoriza lo más -ya que no sólo se admite la elección de las cantidades, sino también la elección de las personas o establecimientos- con mayor razón se permitirá lo menos, la elección de la cosa. Y también en base al carácter personalísimo del testamento, que, como hemos dicho más arriba, significa que en materia de sucesiones "*mortis causa*" la regla primera y fundamental es la "*lex testamenti*", como expresión de máxima libertad de voluntad testamentaria.

De tal modo que toda intervención del heredero, legatario o tercero en la elección de la cosa objeto de legado, es una manifestación, y no una excepción, al carácter personalísimo del testamento.

Resumiendo lo dicho hasta ahora, la "*relatio*" puede consistir:

a) En el reenvío a una cosa cierta, o "*relatio*" fáctica u objetiva, que se dará en ciertos legados de cosa determinada.

b) En el reenvío al heredero o gravado, o "*relatio*" subjetiva (artículos 875 y 876).

c) En el reenvío al legatario (artículo 876), o "*relatio*" subjetiva.

d) En el reenvío a los herederos del heredero o legatario si éstos no han podido realizar la elección y ésta les fue concedida (artículo 877), o "*relatio*" subjetiva

e) En el reenvío a la decisión de un tercero (artículo 671), también "*relatio*" subjetiva.

En los legados alternativos, a que se refiere el artículo 874, aunque todas las varias cosas que alternativamente se legan sean determinadas, el legado sigue las reglas propias de los legados - de género, porque hasta tanto el deudor se decida a realizar la - prestación que crea convenirle, no se conoce la cosa en que consiste, ni, por tanto, está individualizada o determinada. De tal modo que, a pesar de que el testador haya determinado con precisión todas las varias cosas, el no saber cuál es la que va a ser elegida por quien tenga la facultad de elección, crea una incertidumbre, que unida a la perfección del negocio y al reenvío a un tercero delimitan en sus precisos términos el negocio relacional (90)

B) REMISION A UNA COSA CIERTA.

El artículo 870 del Código civil, al regular el legado de crédito y el de perdón o de liberación de deuda, nos ofrece otro supuesto de negocio "*mortis causa per relationem*". Cuando el testador otorga el testamento, no conoce ni determina la cuantía o importe del crédito ni de la deuda, por cuanto el precepto citado - dispone que "sólo surtirá efecto en la parte del crédito o en la deuda subsistente al tiempo de morir el testador".

La "*relatio*" aquí no es otra que la muerte del testador; será el día en que se produzca este acontecimiento el que marque la fecha final en que debe computarse el crédito o la deuda.

La incertidumbre inicial de la disposición "*mortis causa*" respecto al objeto del legado sólo cesará cuando se conozca el día -

del fallecimiento, ya que entonces se sabrá con certeza el montante del crédito o la deuda.

Negocio perfecto, elemento indeterminado y determinable mediante la "*relatio*", son los presupuestos de todo negocio "*per relationem*".

Sin embargo, el artículo 872, que en una primera aproximación parece similar al 870, no es así. El artículo 870 contempla una deuda determinada y cierta, mientras el 872 se refiere a deudas en general, es decir, es un legado genérico. De ahí que el Código civil dé distinto tratamiento a uno y otro legado. Al legado de deuda determinada (aunque incierto en su cuantía), permite el Código que el montante se determine después del otorgamiento del testamento, esto es, el día del fallecimiento del causante. Por el contrario, en el legado genérico de perdón de deudas el Código no permite esa indeterminación de la cuantía, debiéndose realizar el cómputo de la deuda del día que se otorgue el testamento. De lo que se deduce que el testador conoce perfectamente, o puede conocer, la cuantía de la deuda, con lo que desaparece la determinabilidad de un elemento del negocio "*mortis causa*", porque en el momento de la perfección está individualizado y concretado. Y, en consecuencia, podemos afirmar que el artículo 872 del Código civil no contempla un negocio "*per relationem*", a diferencia de lo que ocurre con el artículo 870.

Otro fenómeno de indeterminación es el que nos ofrece el artículo 879. Hay indeterminación en la cuantía del legado y para poder llegar a la determinación fija como criterio relacional el re

envío a elementos extraños al testamento. Si el testador no hubiere señalado cantidad para estos legados (se refiere a los de educación y a los de alimento), se fijará según el estado y condición del legatario y el importe de la herencia.

Para ALBALADEJO (91), la fijación de la pensión no procede si, correspondiéndole esa facultad al gravado, opta por prestar los alimentos recibiendo y manteniendo en su propia casa al alimentista.

La "*relatio*" que este precepto, con referencia al "estado y condición del legatario" e "importe de la herencia", ofrece un concepto muy amplio y puede dar lugar a diversas interpretaciones. Sin entrar en el problema, nos limitamos a señalarlo y consignar que está en íntima relación con la problemática del artículo 146.

En ambos casos son normas interpretativas, pero muy poco concretas, aún la aclaración del párrafo 4° de dicho artículo 879. Desde nuestro punto de vista, tanto el artículo 879, como el 146, incorporan un negocio "*per relationem*". Negocio "*per relationem*" "*mortis causa*", el del artículo 879, y negocio "*per relationem*" "*inter vivos*" en el 146, ambos con "*relatio*" objetiva. La integración, desarrollo y determinación del elemento determinable viene dado por la "*relatio*", en su función dinámica de completar un negocio para que pueda ser eficaz y así producir la consecuencia jurídica o los efectos socio-económicos a los que el negocio tiende.

PARTICION DE LA HERENCIA.

Un sector de la doctrina entiende que el artículo 1057, párrafo 1º, al disponer que el testador podrá encomendar por actos "*inter vivos*" o "*mortis causa*" para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de sus coherederos, encierra la posibilidad del arbitrio testamentario, puesto que existe un reenvío a un tercero para que haga la partición (92). Facultad reconocida también al testador en el artículo 1058.

Pero no es claro, en rigor, si tal reenvío genera, sin más, un negocio "*per relationem*". Por un lado, el que haya arbitrio testamentario no supone necesariamente que el negocio sea "*per relationem*", por cuanto no todos los casos de arbitrio -aunque la mayoría lo sean- constituyen verdadera "*relatio*". Es verdad, como dice DIAZ-PICAZO (93), que todo arbitrio supone una remisión negocial, pero no podemos decir que toda remisión negocial sea una "*relatio*". Por otro lado, la cuestión se subordina a otra no menos intrincada, como es la de determinar si la partición es una cláusula testamentaria y, por tanto, forma parte integrante del testamento o si, por el contrario, constituye un negocio distinto al testamento.

Para DIEZ-PICAZO (94), la función del tercero en el artículo 1058 es la determinación del objeto del negocio de extinción de -

la comunidad. Formar partes o porciones proporcionadas al derecho de cada uno de los herederos es, en realidad, determinar el objeto de extinción de la comunidad. Y, añade, la función de determinación del objeto de un negocio jurídico es una función típica de arbitrio.

Al artículo 1057, continua DIAZ-PICAZO, debe dársele la misma solución cuando la partición y la intervención del tercero están ordenadas por el testador. Lo que ocurre, en este caso, es que no puede hablarse, en sentido estricto, de negocio de extinción de la comunidad en cuanto falta la declaración de voluntad de los herederos. Acontece aquí como en todo el fenómeno de la sucesión -- testada. El negocio testamentario complementado con la aceptación es la regla que rige toda la sucesión -la "*lex successionis*"-. La extinción de la comunidad hereditaria se halla prevista y ordenada por la ley del testamento.

A nuestro parecer, la aceptación del artículo 1058 por parte de los herederos no tiene fuerza suficiente para crear un negocio distinto del testamento. En lugar de intervenir el tercero para la determinación del objeto del negocio de extinción de la comunidad, creemos que interviene para la determinación del objeto de las cláusulas testamentarias, en este caso, la determinación de cuotas, que forman parte del negocio "*mortis causa*"; y, en efecto, el negocio testamentario, complementado por la aceptación de la herencia, es la regla que rige toda la sucesión -la "*lex successionis*".

La partición no constituye un negocio distinto de la disposi-

ción "*mortis causa*", sino que está incorporado a ella.

La partición debe efectuarse en toda disposición "*mortis causa*"; en otro caso, los efectos del testamento no llegarían a producirse. Si aceptamos que la partición no constituye, por sí misma, un negocio jurídico distinto del testamento, es claro que en los artículos 1057 y 1058 tiene adecuado encuadramiento el negocio "*mortis causa per relationem*". Porque estamos ante un negocio perfecto -el testamento-, hay un elemento determinable -las cuotas- y una "*relatio*" -remisión a un tercero o a los herederos-.

Si, por el contrario, la partición se considera como negocio independiente del testamentario, como defiende parte de la doctrina, en los artículos 1057 y 1058 no aparecerá el negocio "*per relationem*", porque el tercero no sólo determina el objeto del negocio, sino que crea el negocio mismo, idóneo, desde su nacimiento, para producir efectos jurídicos.

LA FACULTAD DE MEJORAR DEL ARTICULO 831.

El artículo 831 es uno de los más conflictivos del Código civil, que ha dado lugar a una copiosa literatura jurídica, con criterios diversos y contrapuestos.

El precepto tiene sus precedentes en el artículo 816 del Anteproyecto de 1882 y en el artículo 663 del proyecto de 1851. Su inclusión en el Proyecto la basa GARCIA GOYENA (95) en que la facultad concedida al viudo era de suma importancia y por ella venía a ser casi nominal la legítima de los hijos. Sin embargo, los efectos de la cláusula eran saludables, porque mantenían el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia la madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaría. El amor del padre o de la madre, el más puro e intenso de los buenos afectos, merece esta distinción. Por eso se alegra de su inserción con estas palabras: "se consigna en el artículo la loable costumbre de las provincias de los Fueros" (96).

Incorporado al Código civil, el primer problema que plantea es el de su naturaleza jurídica. Un sector importante de la doctrina considera que el art. 831 lo que contiene, en realidad, es un pacto sucesorio. En este sentido DIAZ GUIJARRO y MARTINEZ RUIZ (97), entienden que el Código civil no ha estado muy acertado en la colocación de este artículo, pues si bien en él se establece -

la facultad de que el viudo o viuda, mediante pacto, pueda, a su prudente arbitrio, mejorar en los bienes del cónyuge difunto a -- los hijos comunes, ésto de la mejora es de menor importancia, es accesorio y secundario con relación a la facultad, mayor y más -- trascendental, de distribuir todos los bienes relictos entre di -- chos hijos. El cónyuge supérstite viene a constituirse en el lu -- gar del causante para distribuir sus bienes; en realidad testa -- por él, con mayores facultades que si fuera comisario.

SANCHEZ ROMAN (98) considera al artículo 831 una reminiscen -- cia del testamento por comisario. El artículo 831 establece una -- excepción permisiva de índole extraordinaria (artículo 1057), da -- da las extensas facultades que otorga el cónyuge sobreviviente, -- no sólo para la mejora de los hijos comunes, sino para la distri -- bución entre ellos, a su prudente arbitrio, de los bienes de su -- consorte. Los artículos 669 u 670, prohibitivos de las formas de -- testar mancomunada y por comisario, tienen en el artículo 831 una -- excepción de su generalidad. Constituye una verdadera disposición -- testamentaria, que, si el pacto fue recíproco, tiene cierto aspec -- to de mancomunidad y, desde luego, sean o no sean los dos los que -- estipulen para su muerte respectiva abintestato, semejante capitu -- lación matrimonial, en el fondo de ella se percibe la nota de de -- legación característica del testamento por comisario.

MUCIUS SCAEVOLA (99) cree que la mejora es una disposición -- "*contemplatio mortis*" y aún hecha con ocasión del matrimonio, punto -- biológico contrario a la muerte, jurídicamente hace siempre rela -- ción a ésta última. La excepción del artículo 831 no se trata de

una convención sencilla, meramente circunscrita a la materia especial de mejora, sino a un verdadero pacto sucesorio, que afecta a la doctrina del testamento. No es una simple desviación del punto especial contenido en el artículo 830; es una excepción a los artículos 669 y 670, concernientes a la facultad de testar, y otra al párrafo 2° del artículo 1271, limitativo de los pactos sobre la herencia futura. En dicho pacto, los cónyuges acuerdan que, en caso de morir intestado uno de ellos, el supérstite pueda distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto entre los hijos comunes.

SECO CARO (100) estima que el artículo 831 contiene un pacto sucesorio, puesto que el objeto sobre el que recae el convenio de los cónyuges es la herencia futura de uno de los mismos sobre el cual se conceden facultades de distribución desigual entre los hijos comunes. Considera la facultad del cónyuge viudo delegada, ya que el viudo obra en ejercicio de un derecho de división o atribución de cuotas hereditarias, por imperio de una voluntad real del premuerto en virtud de la decisión adoptada al pactar en capitulaciones matrimoniales. Pero la determinación de voluntad que tiene virtualidad para hacer la distribución del caudal hereditario es la del cónyuge supérstite, es decir, otra distinta. Hay una voluntad del fallecido, real y no revocada, pero su contenido no es el de declarar una determinada distribución del caudal, sino el autorizar a su consorte para que, una vez viudo, pueda distribuir a su arbitrio el patrimonio relicto. En realidad, el cónyuge viudo recibe poder para hacer la partición, figura intermedia entre la

que realiza el causante y la que encomienda a su contador parti -
dor. En suma, delega un poder o facultad del derecho de sucesión
"mortis causa".

CASTAN TOBEÑAS (101), en las antiguas ediciones de su Derecho español, común y foral, (no duda en incluir el artículo 831 entre - las excepciones al artículo 1271, 2º, por contener un pacto suce- sorio. Pero en las más recientes (102) lo considera como una ins- titución sucesoria sin que se trate por ello de una sucesión con- tractual, pues lo que se delega se refiere a una facultad meramen- te divisoria y, por otra parte, a la insitución de la mejora, pe- ro no como disposición, sino como facultad o legitimación para -- llevarla a cabo en el futuro.

VALLET DE GOYTISOLO (103) distingue en la dinámica del artícu- lo 831 dos momentos, como pacto y como delegación. Requiere, como acto genético, un pacto relativo a la sucesión del cónyuge que -- premuera y, al mismo tiempo, su contenido es una delegación que abarca la posibilidad de mejorar y la de distribuir, con el pru - dente arbitrio del propio delegado, los bienes del difunto impli- cando éste segundo aspecto un poder patrimonial más amplio que el conferido al contador partidór conforme al artículo 1057. En suma, un pacto sucesorio generador de la facultad.

Otros autores, sobre la base de negar que el artículo 831 --- constituya un supuesto de pacto sucesorio, ofrecen diferentes so- luciones.

MANRESA Y NAVARRO (104) no cree que el art. 831 comprenda un

supuesto de contrato sobre la herencia futura, que prohíbe el artículo 1271, 2°. Como en realidad ese pacto -dice- no confiere derecho alguno sobre la herencia futura y sólo concede determinadas facultades para distribuir en su día los bienes del fallecido entre los que son, desde luego, sus herederos, con arreglo a la Ley; no cae realmente el acto dentro de la prohibición del artículo 1271.

ALPAÑES (105), después de exponer las clases de pactos sucesorios, llega a la conclusión que ninguno de los supuestos es el del artículo 831, cuyo objeto no es la herencia futura de los depositados, sino la concesión de una facultad, de autorización; no se contrata sobre la herencia, sino que solamente se concede a otra persona la facultad de configurarla. Hace notar que el artículo 831 tiene por esencia la concesión recíproca a los cónyuges de una facultad decisoria o de determinación jurídica sin implicar albaceazgo, y más que un derecho subjetivo concede al viudo una facultad jurídica, un poder jurídico en el sentido que le atribuye CASTRO como posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

DIAZ FUENTES (106) opina que el artículo 831 presenta una institución anómala en nuestro Derecho común, no sólo en el aspecto histórico, por carecer de precedentes en el Derecho castellano tradicional, sino aun en el marco de nuestro vigente ordenamiento positivo, para cuyos principios sustentadores constituye aquella norma una verdadera subversión jurídica. Suprimido el testamento por comisario -agrega-, es instaurado por el Código civil un fuer

te sentido individualista en la ordenación de las relaciones jurídicas privadas, se autoriza sin embargo, la distribución de la herencia por persona distinta del cusante, permitiendo que un tercero se inserte en el fenómeno sucesorio, entre el "*de cuius*" y los herederos, para suplir la voluntad omitida por aquél. Puede hablarse de una delación imperfecta, en el sentido de que, si bien referida a los hijos comunes, es absolutamente incierta la extensión y la naturaleza de sus respectivos derechos hereditarios, de tal manera que por la actuación del viudo se completa la delación hereditaria y se perfecciona la constitución de los derechos sucesorios.

PUIG PEÑA (107) ve en el artículo 831 una excepción a la prohibición de delegación de la facultad de mejorar. El precepto viene a ser una explicación, en el Derecho común, de los tan discutidos herederos de confianza del Derecho territorial y constituye una situación especial contraria al dogma castellano de la personalidad del acto testamentario reconocido en el artículo 670.

La modificación introducida en el artículo 831 por la ley 11/1981, de 13 de mayo, ha contribuido a resolver algunos de los problemas que planteaba. En primer lugar, conviene destacar la cuestión de si genera o no un pacto sucesorio, y que nuestra doctrina, quizás mayoritariamente, resolvió en sentido afirmativo, sobre la expresión "podrá válidamente pactarse", que ha desaparecido en la última reforma. La supresión de esta frase constituye hoy un argumento -juntamente con otros que expondremos a continuación- de suma importancia para configurar la norma contenida en el artículo

831 de modo distinto a como se ha venido haciendo por parte de la doctrina y, sobre todo, para desechar la idea que incorpora un -- pacto sucesorio (108).

La nueva redacción del artículo 831 creemos es bastante esclarecedora, tanto para rechazar que se trate de un pacto sucesorio como para afirmar que, en realidad, lo que establece es un negocio "*per relationem*", que puede incorporarse tanto a un testamento como a una capitulación matrimonial.

El nuevo texto del artículo permite que la distribución de la herencia y la mejora a los hijos comunes se ordene en disposición testamentaria, cualesquiera que sea la forma de celebración, puesto que ninguna se excluye, y, en consecuencia, se efectúe, como -- todo testamento, por un acto unilateral y personalísimo, salvo -- las excepciones forales, en el que no ha de concurrir por ello la voluntad del otro cónyuge, que queda al margen de la disposición testamentaria en la que se le atribuyen facultades de distribución de la herencia y de mejora a los hijos comunes.

Es también significativa la supresión de la palabra pacto y -- la introducción de la expresión "podrá ordenarse", aplicable tanto al testamento como a las capitulaciones matrimoniales. Lo único que exige como requisito necesario es que la disposición conste documentada en testamento o en capitulaciones matrimoniales, -- sin que sea preciso la aceptación ni concurrencia de la voluntad, en ninguno de los supuestos, del cónyuge a quien se atribuya la -- facultad. Ya no es preciso, como acto genético (según terminología de VALLET DE GOYTISOLO (109)), un pacto relativo a la sucesión --

sión del cónyuge que premuera, porque el testamento lo excluye. Y de ahí que el artículo 831 no pueda explicarse a través de la sucesión contractual.

Tampoco existe una voluntad incompleta, como pretende algún autor (DIAZ FUENTES), que otra persona integra. La voluntad del disponente, ordenada a un fin concreto, es completa, pues, como hemos dicho anteriormente, la voluntad de una persona es inescindible y consustancial a ella de tal forma que nadie puede ejercer mi voluntad, aunque sea posible que otra persona haga lo que yo quiera, pero lo hará con su voluntad y no con la mía.

Tampoco creemos que el artículo 831 contenga una figura anómala, como dice DIAZ FUENTES. En nuestro Derecho histórico se recoge esta figura (Leyes de Toro), y, por otra parte, el Código civil contiene numerosos supuestos, algunos de los cuales ya hemos visto, en que se admite el arbitrio de un tercero (que en este caso es el cónyuge supérstite). Lo que el Código civil prohíbe es la intervención del tercero en el momento de la formación del negocio testamentario, no en el momento de su ejecución.

Para nosotros, el artículo 831 recoge un supuesto de negocio "*per relationem*", porque se dan todos los presupuestos para que surja esta figura negocial en sus dos hipótesis.

En la primera, cuando se ordena en testamento, porque tal acto de disposición "*mortis causa*":

- a) Es un negocio perfecto, desde que se otorga.

b) Existen dos elementos determinables, uno subjetivo, el hijo que debe ser mejorado, y otro objetivo, qué corresponde a cada uno de ellos.

c) Y un elemento extraño al negocio -"relatio"-, que es la persona que realiza la determinación del mejorado y la distribución de los bienes (el cónyuge supérstite).

Concurren, pues, los presupuestos requeridos para que el negocio lo podamos adjetivar de "*per relationem*". No cabe duda que el supuesto contemplado en el artículo 831 entra dentro de dicho conjunto negocial.

En la segunda hipótesis, es decir, cuando se ordena en capitulaciones matrimoniales, la configuración del negocio "*per relationem*" no se presenta tan diáfana, pero también es posible. Dentro de ella cabe distinguir dos supuestos distintos:

a) que tomemos como precepto de la autonomía privada las capitulaciones en su conjunto, y

b) que consideremos sólo la cláusula en la que se contiene la disposición "*mortis causa*".

En el supuesto primero, la cláusula donde se ordena que el cónyuge supérstite pueda mejorar y distribuir la herencia, será sólo una parte del contenido del negocio, que además reúne los presupuestos necesarios y suficientes para considerarlo como negocio "*per relationem*", a saber:

a) Existencia de un negocio perfecto, y las capitulaciones lo son en cuanto reúnan los requisitos esenciales para su constitución.

b) Contenido indeterminado, sin que esa indeterminación ponga en duda la misma existencia del negocio, ya que es determinable.

c) Y remisión a un elemento extraño, el tercero, el cónyuge supérstite. Aunque aquí se puede objetar que el tercero no es un elemento extraño, ya que concurre con el disponente a la formación de las capitulaciones matrimoniales, lo que es indudablemente cierto. Pero también es verdad que la disposición "*mortis causa*" contenida en las capitulaciones matrimoniales se otorga sólo por el causante (aunque se realice de manera recíproca) que dispone, de esta manera, de sus bienes para después de su muerte, y, por lo tanto, existe una voluntad real y completa, la del "*de cuius*". - El tercero ajeno a esta disposición y extrínseco a la misma lo único que hace es integrar el precepto para que quede determinado lo que inicialmente sólo es determinable.

En el segundo supuesto, considerada la cláusula como una disposición "*mortis causa*" independiente del contenido de las capitulaciones matrimoniales en la que va inserta, los presupuestos del negocio "*per relationem*" se nos muestran mucho más claros. Se tiene un negocio perfecto, una disposición determinable (elemento subjetivo y objetivo) y el reenvío a un tercero. La "*relatio*" aquí no presenta problemas, ya que el tercero (cónyuge supérstite) es ajeno al negocio "*mortis causa*" y emite su juicio para que los

efectos del mismo se produzcan, poniendo de relieve su naturaleza de coelemento necesario de la eficacia.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en algunos casos que están en la frontera de la admisibilidad o no de -- que un tercero pueda elegir al mejorado en base a los artículos - 830 y 831.

La sentencia de 31 de enero de 1899 consideró válida la cláusula "en la que el testador establece la mejora del tercio en favor de aquel de sus nietos que, procediendo de una de sus hijas, nombrada en el testamento, casa con el consentimiento paterno para la casa petrucial, ya que no se opone a los artículos 830 y 670, porque inspirada en el espíritu o en la razón filosófica del artículo 831 ... no deja al arbitrio de un extraño la designación del nieto que haya de obtener la mejora, sino a la del padre mismo de los llamados en el testamento, quien a la par, para que su --- elección tenga eficacia, ha de contar necesariamente, según el -- sentido de la cláusula, no susceptible de interpretaciones distintas, con el concurso de la voluntad del mejorado, ya por lo que - respecta a su matrimonio, ya por lo que toca a su instalación en - la llamada casa petrucial". Y "que tampoco se opone la referida - cláusula al artículo 750, porque la incertidumbre del agraciado - con la mejora cesa con el cumplimiento de la condición impuesta - en ella, que en el caso referido es el evento a que alude dicho - artículo para la validez de las disposiciones testamentarias en - favor de personas inciertas".

La doctrina de esta sentencia se justificaba en la Memoria -- del Tribunal Supremo del año 1899 resaltando que quien hace directamente la mejora es el abuelo, aunque permanezca incierta la persona del mejorado hasta que no contraiga matrimonio, y que, de todas maneras, no queda a merced exclusiva del padre tal designación, -- porque aunque tuviese que intervenir para prestar su consentimiento en el matrimonio, que era la condición de la mejora, tampoco podría realizarse esta sin la del hijo.

Es evidente que, como dice la Memoria, quien hace la mejora - es el abuelo, pero nosotros nos atreveríamos a apostillar, que no directamente, sino mediatamente, a través del reenvío que hace al padre y al nieto; al primero, para que dé su consentimiento al casamiento de su hijo, y a éste, para que se case para la casa petricial.

Por ello, estamos ante un caso de negocio "*per relationem*" -- con "*relatio*" subjetiva (arbitrio testamentario), pero no ante -- una mejora condicional, como pretende la sentencia comentada, porque desde un punto de vista técnico, la condición (suspensiva) es un obstáculo que se opone al negocio para que los efectos sólo se produzcan cuando la condición se cumpla. El evento condicionante siempre permanece ajeno al negocio y hace incierto sus efectos, - pero no comunica incertidumbre a sus elementos. Es más, supongamos que el Tribunal Supremo hubiera considerado dicho evento como condición contraria a las Leyes, porque se dejaba al arbitrio de otra persona la mejora, vulnerando así el artículo 830 en relación -- con el 670. Habría de aplicarse el artículo 792, que dice --

que las condiciones contrarias a las Leyes se tendrán por no puestas. ¿Qué hubiera ocurrido entonces? Pues que el mejorado no habría sido determinado y los efectos de la disposición no se hubieran producido. El evento examinado es una "*relatio*". La "*relatio*" hace determinado lo que era indeterminado, y la condición introduce una incertidumbre en lo que está perfectamente determinado.

Y, como señala VALLET DE GOYTISOLO (110), dicha cláusula, que el Tribunal Supremo valoró que estaba "inspirada en el espíritu o razón filosófica del artículo 831", no fue sino un "*obiter dicta*" - que buscó ese respaldo finalista, pero sin hacer aplicación del artículo 831 en un supuesto que, evidentemente, se hallaba fuera de él, dada la claridad literal con que esta norma establece la excepción a la prohibición de delegar la facultad de mejorar. Sin constituir un supuesto no incluido en la prohibición del artículo 830 (111).

Por su parte, el profesor DIEZ-PICAZO (112), ve en esa cláusula un arbitrio testamentario. Al comentar la sentencia de 31 de enero de 1899, dice que el artículo 830 no debe ser interpretado en forma tan estricta que impida todo posible arbitrio de un tercero en la efectividad de la mejora, sino que el artículo 830 debe interpretarse en relación con el 831 y con la razón filosófica de éste, de tal manera que se permita mantener la sumisión de los hijos y el prestigio y autoridad del padre y el mantenimiento del patrimonio familiar. En definitiva, puntualiza, la sentencia de 31 de enero de 1899 viene a admitir la necesidad de dejar al arbitrio del padre mismo de los llamados en el testamento quién de --

ellos ha de quedar mejorado. En realidad, estamos ante un cierto arbitrio testamentario, toda vez que el testador mejoró a aquél - de sus nietos que con consentimiento y asentimiento se casara para la casa.

En cambio, en la sentencia de 16 de marzo de 1932 el Tribunal Supremo adopta una solución contraria a la de la sentencia de 31 de enero de 1899, ante un supuesto similar. Para el profesor FUENMAYOR (113), el Tribunal Supremo, al decir que en el "supuesto -- que se contempla no existe mejora condicional (la cláusula discutida del testamento decía que le dejaba por cuenta del tercio de libre disposición, del destinado a mejora y del de legítima al hijo o hija que lleve por el testamento bajo el que fallezca su esposa, mayor porción en la herencia de aquella, o la mitad de la misma, por los mismos conceptos que se mencionan en la cláusula), pues el evento o hecho causal que había de definir la institución, estriba precisamente en la designación del hijo mejorado hecha -- por la madre y como está prohibido hacerlo por los artículos 830 y 670 del Código civil", hace supuesto precisamente de lo que discute y reduce a la nada las costumbres gallegas relativas a la casa petrucial. Y, añade el citado profesor, que en el hecho a que se refiere la sentencia de 31 de enero de 1899 había condición potestativa, como dice la sentencia comentada de 1932, "pues era -- preciso que el nieto se hiciera acreedor a la mejora, casándose y acatando vivir en la casa petrucial" (ya hemos expuesto cómo, en nuestra opinión, el evento no es una condición), ya que conforme al artículo 792, en relación con el 824, debía haberse tenido por no puesta.

FUENMAYOR critica esta postura del Tribunal Supremo en base a que existe gran similitud entre la cláusula testamentaria de la - sentencia de 1932 y la que declara válida de la sentencia de 1899, animadas ambas del mismo propósito y merecedoras de idéntica cali- ficación jurídica. Considera que el diferente criterio sostenido por el Tribunal Supremo a propósito de las dos cláusulas, que, en rigor, merecen el mismo trato, se debe a no haber contemplado con iguales ojos el supuesto a que respondían idéntico en el fondo -- (114).

DIEZ-PICAZO (115) da la razón al profesor FUENMAYOR, pues hay que reconocer, dice, que los preceptos de nuestro Código civil ad- miten las dos posibles interpretaciones, por lo cual la solución por una u otra variante, más que en atención a criterios dogmáti- cos debe hacerse, en atención a la protección que merecen los in- tereses en juego, como son la conservación y el mantenimiento del patrimonio familiar, criterio éste que abonaría una solución di- versa y quizá más amplia que la que sostuvo el Tribunal Supremo en la sentencia de 1932.

Opinamos que estamos ante dos supuestos similares, que contie- nen una "*relatio*", la remisión a un hecho (en la sentencia de 31 de enero de 1899, el casamiento para la casa petrucial; y en la - de 16 de marzo de 1932, el testamento), pues si bien es verdad -- que el casamiento -a los fines de la disposición comentada- re -- quiere el consentimiento del padre y del nieto, y el testamento - requiere el otorgamiento, no es este otorgamiento y aquel consen- timiento lo que determinará la persona del mejorado, sino el hecho

mismo del casamiento (116) y el contenido del testamento. Y siendo admitido el primer caso, como lo fue por el Tribunal Supremo, el segundo debió correr la misma suerte. En suma, ambas sentencias incorporan supuestos "*per relationem*", en las que se incluye una "*relatio*" como criterio para determinar la persona del mejorado, y no un evento condicionante. Negocios "*per relationem*" que no contradicen el artículo 830 y se basan en la razón filosófica del artículo 831, más que en ser supuestos incluidos en este último artículo.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) HERNANDEZ GIL, Antonio , *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 105.
- (2) Ob. cit., pág. 76.
- (3) Cfr. HERNANDEZ GIL, Antonio., *Derecho de obligaciones*, cit., pág. y ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., tomo II, vol. 1º, pág. 40.
- (4) Posibilidad que admite el profesor ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., tomo II, vol. 1º, pág. 38.
- (5) *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 147.
- (6) Para un mayor conocimiento del tema, cfr. CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963; ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, ed. Publicaciones del Real Colegio de España, y PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri. La compravendita di cosa futura*, ed. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1962.
- (7) Digesto, Libro 18, título 1, ley 8: "Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi". Sin embargo, en este mismo texto citado, Pomponio admite la excepción a esta regla para el "fructus" y el "partus", y dice: "fructus et partus futuri recte emuntur". Es decir, el "fructus" y "partus" constituían dos posibles objetos o cosas futuras susceptibles de venta.
- (8) Digesto, Libro 18, título 1, ley 8, Pomponio en su comentario a Sabino, párrafo 1º, cit.
- (9) *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1972, pág. 19.
- (10) *Compravendita*, Torino, 1937, pág. 245 y ss.
- (11) *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., págs. 91 y 382 y ss.
- (12) *La compravendita di cosa futura*, Padova, 1935, págs. 171 y ss.

(13) Ob. cit., pág. 200.

(14) Ob. cit., pág. 202.

(15) Ob. cit., pág. 305.

(16) Ob. cit., pág. 306 y ss.

(17) Ob. cit., págs. 215 y 217.

(18) Ob. cit., pág. 52.

(19) Ob. cit., pág. 89.

(20) IGLESIAS CUBRIA, ob. cit., pág. 105.

(21) *Doctrinas generales del Derecho civil*, cit., pág. 321. Considera este autor la compraventa futura como un negocio válido, cuya eficacia, o mejor dicho su eficacia final, está simplemente suspendida. Y, aclara, cuando los requisitos de validez existen en el momento de la perfección del negocio pero un obstáculo impide los efectos o ciertos efectos del negocio hay que entender -- suspendida la eficacia y no la invalidez. La misma dirección sigue MIRABELLI, *Commentario del Codice civile, (Dei singoli contratti)*, Libro IV, tomo terzo, 2a ed., Unione tipografico. Editrice Torinese, Torino, 1968, pág. 24. Dice que el negocio de cosa futura se perfecciona inmediatamente, a pesar de que la eficacia del mismo, se reenvía al momento en que el objeto nace. Además, pone de relieve la diferencia que existe, en la situación de pendencia, con el negocio condicional, ya que en este la eficacia del negocio depende de la realización de un evento externo al mismo, mientras que en la venta de cosa futura la eficacia depende, del mismo objeto del negocio.

(22) Ob. cit., pág. 261.

(23) Ob. cit., págs. 383-384.

(24) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1º. *Introducción*, -- *Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, ed. Tecnos, Madrid, 1972, -- pág. 226.

(25) Ob. cit., pág. 262.

(26) *La compravendita*, cit., pág. 179.

(27) Ob. cit., págs. 211 y ss.

(28) Ob. cit., pág. 19.

(29) *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 106.

(30) En este mismo sentido GULLON BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, cit., pág. 19 y la Jurisprudencia italiana.

(31) En contra de esta opinión, entre otros muchos citaremos a ROGEL VIDE y DIEZ-PICAZO. El primero dice con cautela (ob. cit., pág. 266 nota 18, 1º) que

es consciente de lo problemático que puede resultar su afirmación, pero es indudable el carácter especial de esta condición, que, es necesario reconocerlo, se intuye, afecta, es inherente a la presencia o no de un elemento esencial -- del contrato. A DIEZ-PICAZO (Prólogo de *La compraventa de cosa futura*, de ROGEL VIDE, cit., pág. 19) le parece acertada la configuración de la *Emptio rei speratae* como negocio condicional. Tanto la obligación de entrega como la de pago del precio dependen de la llegada a existencia de la cosa. Este es un efecto futuro e incierto. Su introducción en el negocio como factor de eficacia es obra de la voluntad -- más o menos explícita -- y exclusivamente de la voluntad de las partes que son quienes quieren dar al negocio ese perfil. Con anterioridad MANRESA y NAVARRO (*Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, Madrid, 1901, pág. 629) sostuvo que los contratos sobre cosa futura tienen dos interpretaciones posibles: pueden ser contratos condicionales, en que la condición de la que depende su eficacia sea la existencia futura de la cosa contratada. BADENES GASSET (*El contrato de compraventa*, tomo I, Barcelona, 1979, pág. 145) también se pronuncia por el carácter condicional de la compraventa de cosa futura. Entre la doctrina italiana el defensor más cualificado es PERLINGIERI (ob. cit., pág. 149). Para él la venta de cosa futura es un negocio completo con todos los elementos válidos y jurídicamente relevantes y bajo tal perfil, susceptible de estar condicionado. Y añade más adelante (pág. 181) que -- aún antes de la venida a la existencia de la cosa, el contrato existe como supuesto de hecho válido y completo, existe ya, como tal, en el mundo del derecho y no puede hablarse de inexistencia ni de nulidad; sólo su eficacia, en situación de pendencia, no resulta totalmente y definitivamente realizada. Tal pendencia se desarrolla con el mecanismo condicional y cesa con la realización o con la imposibilidad de realización, del evento condicionante.

(32) *Manual de Derecho civil y comercial*, III, 1, parágrafo 140, n° 8.

(33) *Manuale di Diritto privato*, 10a. ed., Giuffrè, Milano, 1978, pág. -- 121, parágrafo 63.

(34) Principalmente DI PACE, ob. cit., págs. 77 y ss; CORRADO, *La pubblicità nel Diritto privato*, cit., pág. 151; FRAGALI, *Dei contratti in generale* in *Commentario del Codice civile*, diretto de D'AMELIO e FINZI, Libro delle obbligazioni, II, Firenze 1948, págs. 282-398, págs. 393; ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto GROSSO y SANTORO PASSARELLI vol V, fascículo primo, ed. Francesco Vallardi, Milano, 1960, págs. 185 (parág. 72), 72 (parág. 26), 177 (parágrafo 69).

(35) Ob. cit., Libro III, título 23, 1°, pág. 198.

(36) ALFONSO X, *Glosadas por GREGOCIO LOPEZ*, Andrea de Portoneriis, Salamanca, 1555. Ley 10, Título V, *Partida 5a*, dice: "Acordándose el comprador e el vendedor de vender el uno al otro alguna cosa, por tantos dineros, quantos el comprador toviese en alguna arca o saco o maleta, o otra cosa cualquiera, -- valdrá la vendita si fueren y fallados algunos dineros, quantos quier que sean maguer non ovesse tantos quantos podría, o valdría aquella cosa. Mas si por aventura non fallasen y ningunos, entonces non valdría la vendita. Porque la -- vendita non se puede fazer sin precio

(37) *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 104.

(38) *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 105.

(39) En el mismo sentido COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. DE BUEN, Tomo IV (Contratos usuales), Madrid, 1925, pág. 49. "Habrá determinación suficiente si en el contrato se contienen los elementos de una determinación ulterior. Tal es el caso para las ventas hechas al precio del día y lo es también en el de las ventas cuyo precio se 'deja al arbitrio de un tercero'". MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil, concordado y comentado extensamente*, tomo XXIII, Madrid, 1906, pág. 9, a su vez dice: "Cierto que sin precio no hay venta, "sine pretio nulla est venditioni;" pero "pretium in numerata pecunia consistere debet". Y, añade, para que el precio se tenga por cierto, basta que lo sea con referencia a otra cosa cierta o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada; pero si esta no quiere o no puede señalarlo, queda ineficaz el contrato. Entre otros muchos.

(40) Ob. cit., pág. 242.

(41) BADENES GASSET, cit., pág. 245.

(42) *Derecho de obligaciones*, cit., pág. 106.

(43) Ob. cit., págs. 49 y 50.

(44) Sin que sea posible dejarlo a uno de las contratantes ni a un acuerdo posterior. Así, MANRESA y NAVARRO, cit., tomo VIII, pág. 639: "Por lo mismo, y porque además sería contrario al artículo 1255 del Código civil, no sería lícito fiar la determinación de la cantidad a uno de los contratantes ni tampoco a un acuerdo posterior de ambos, porque supondría el segundo contrato de que habla el artículo 1273 que supone la inexistencia del primero, dejándolo reducido cuando menos a una mera preparación del segundo".

(45) Ob. cit., pág. 47.

(46) Ya hemos expuesto nuestra opinión sobre este punto, en el sentido -- que la actuación del tercero no es una actividad comercial, por cuanto su declaración implica simplemente la completa integración de un elemento y no contribuye a crear unos efectos jurídicos ya nacidos: la declaración es meramente un juicio lógico.

(47) *Derecho de obligaciones*, págs. 253 y 246 y ss.

(48) *Das obrigações em geral*, vol. 1º, 3a. ed., Almedina, Coimbra 1980, - págs. 336 y ss.

(49) Ob. cit., págs. 616 y ss.

(50) Cfr. en el mismo sentido, ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 3a ed. Almedina, Coimbra 1979, pág. 430; pone como ejemplo la entrega de una re-compensa a quien entregue un objeto perdido.

(51) *La promesa unilateral como fuente de las obligaciones*, en Revista de Derecho privado, septiembre 1979, págs. 796 a 806, pág. 806.

- (52) *Derecho civil II*, vol. 1º, cit., págs. 279 y ss.
- (53) *Cfr.*, *Código civil portugués* de 1966, arts. 459 y ss.
- (54) *La somministrazione*, 3a. ed. Torino, 1963, pág. 149.
- (55) *Cfr.*, RUGGERO LUZZATÒ, *La compravendita*, ed. póstuma a cura del prof. PERSICO, Torino, 1961, pág. 86.
- (56) *La somministrazione*, cit. pág. 149.
- (57) FERRARA, ob. cit., pág. 154. CORRADO, *La somministrazione*, cit., -- págs. 149 y ss. DI PACE, ob. cit., pág. 84, etc.
- (58) Ob. cit., pág. 84.
- (59) *Cfr.*, IRTI, *Disposizione testamentaria rimessa all'arbitrio altrui*, *Problemi generali*, cit., págs. 24 y ss.
- (60) *Le successioni*, Milano, 1947, págs. 289 y 290.
- (61) *Cfr.*, entre otros, CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes jurídicos*, tomo -- III, Barcelona, 1958, págs. 10, 271 y 492. GARCIA AMIGO, *Interpretación del testamento*, *Revista de Derecho privado*, 1969, tomo LIII, págs. 931-971, pág. 936.
- (62) Es reiteradísima la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de que "la voluntad del testador es la primera y principal ley en materia de testamentos". Así, sentencias de 14 de mayo de 1891, 18 de mayo de 1933, 8 de julio de 1940, 3 de junio de 1942, 9 de octubre de 1943, 6 de marzo de 1944, 1 de junio de -- 1946, 4 de marzo de 1952, 6 de febrero de 1958, 4 de junio de 1959, 4 de nov-- viembre de 1961, 21 de febrero de 1962, 3 de abril de 1965, 23 de septiembre de 1971, 10 de marzo de 1978 y 5 de junio de 1979, entre otras.
- (63) Para un mayor conocimiento de los problemas que plantea el art. 671, DIAZ ALABART, *La institución en favor de los parientes*, *Revista de Derecho pri-- vado*, tomo LXII, ed. Edersa, 1978, págs. 750 a 767.
- (64) DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, -- cit., pág. 160 y ss., considera que el supuesto del art. 671 admite el arbitrio de un tercero en la formación del testamento. Y la razón, dice, está en el tránsito de la indeterminación a la determinabilidad. El tercero precisa para poder actuar la determinación de la especie del objeto del contrato..
- (65) DIAZ FUENTES, *Excepciones legales al personalismo de las disposiciones "mortis causa"* (I. Sobre el art. 671 del Cc.), *Anuario de Derecho civil*, -- 1965, tomo XVIII, facículo I (enero-marzo) págs. 141 a 173. Sostiene también -- que el art. 671 no es una excepción; llega a ese resultado por otra vía muy -- distinta (pág. 173). Opina que la disposición a que alude el art. 671 del Cc. no engendra un fenómeno sucesorio. Se trata de un acto de destinación de bie-- nes a un fin impersonal, cuyos futuros perceptores no están ligados por una relación transmisiva directa con el testador, sino que adquirirán la dotación me-- diatamente, a través de la realización -contingente para ellos- del fin fundacional. Afirma, seguidamente, que el contenido del art. 671 no representa en --

puridad una excepción al carácter personalísimo de la disposición "*mortis causa*", porque el testador deja en todo caso ultimados y cumplidos todos los elementos constitutivos del negocio de que se trata. En realidad, para nosotros, el negocio ciertamente es perfecto, pero determinable; he aquí la diferencia. Entiende el mismo autor que no otorga ninguna delegación testamentaria, en el sentido propio que se deriva del art. 670, ya que la distribución y elección de los futuros perceptores no corresponde a la fase de institución de la obra, sino a su cumplimiento. No comisiona a nadie para algo que puede dejar realizado él, hace tanto como nombrar patronos de una obra fundacional.

Pensamiento al que no sólo puede objetarse que tanto la doctrina como la Jurisprudencia son contrarias a él (me remito a la contenida en DIAZ ALABART, *La institución en favor de los parientes*, cit.), sino además es preciso realizar un esfuerzo para intuir que contempla el art. 671, en rigor técnico jurídico, una fundación, cuando se trata tan sólo de determinar las personas, individuales o jurídicas, que hayan de recibir los bienes. Es claro que los elegidos, como dice DIAZ ALABART, (*La institución en favor de los parientes*, cit., pág. 757) al menos son legatarios y lo serían por serlo todo el que recibe singularmente algún bien o cantidad a cargo de la herencia por disposición del testador.

Por su parte, DIEZ-PICAZO, (*El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., págs. 160 y ss) considera que el art. 671 admite un tipo de arbitrio en la formación del testamento de naturaleza excepcional, por ser contrario a la regla prohibitiva configurada en el art. 670.

(66) *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, Madrid, 1898, pág. 25.

(67) *Enciclopedia Jurídica Española*, voz "heredero", tomo XVII, Seix, Barcelona, págs. 715 a 719; pág. 717.

(68) Real Academia Española, XIX ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970, págs. 736 y 447.

(69) *Compendio de Derecho civil español*, Tomo IV, vol 2º, Familia y sucesiones, Barcelona, 1966, págs. 1296 y ss.

(70) *El testamento*, cit., pág. 42. SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitri del terzo*, cit., pág. 272 y 286, en términos semejantes dice es perfectamente válido el legado a favor de persona incierta; y además no es necesario que el testador se represente, al momento de otorgar la disposición "*mortis causa*", la persona del legatario. El negocio es perfecto con la indicación del criterio para la determinación de uno de sus elementos; el legado existe, aunque no sea cierto quien será el legatario; el negocio tiene solamente suspendida su eficacia. Asimismo COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp. Demófilo DE BUEN (tomo VIII, Derecho sucesorio. Donaciones. Ausencia. Madrid, 1928, pág. 48) afirma que la indeterminación del legatario no produce la nulidad del legado más que cuando existe en el momento de la entrega, no en el de hacerse aquél. En otros términos, basta actualmente que el legatario sea determinable por las indicaciones del testamento y por los efectos de acontecimientos independientes de la voluntad del deudor, es decir, del heredero, para que la disposición sea válida.

(71) *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, tomo V, art. -

750, Madrid, 1908, pág. 31.

(72) *Excepciones legales al personalismo de las disposiciones "mortis causa"*. I. Sobre el art. 671 del Código civil, cit., págs. 147 y ss.

(73) *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. 2º, ed. Bosch, Barcelona, 1963, pág. 236.

(74) *Derecho de sucesiones, I, Parte general y sucesión voluntaria*, cit., pág. 458, parágrafo 361.

(75) *Giustizia civile* 1980, octubre, ed. Giuffrè, págs. 2079 a 2082.

(76) Corte de Cassazione, nº642, en *Giustizia civile*, abril, 1962, págs. 642 a 646.

(77) En el mismo sentido, la resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de febrero de 1950, que dice: existe una institución hereditaria de todo el caudal relicto hecha en testamento a favor de un pariente del causante, que, aunque se desconozca al tiempo de otorgarlo, pueda, en su momento oportuno, ser determinado de modo indudable. La cláusula disponía que el instituido fuera el pariente más cercano y más joven de las ramas de los difuntos - padres.

(78) La doctrina italiana considera dicha hipótesis como negocio "*per relationem*" en sentido formal.

(79) Es el supuesto que la doctrina italiana conoce con el nombre de negocio "*per relationem*" en sentido sustancial.

(80) *La mejora en cosa determinada*, Madrid 1961, págs. 95 y ss.

(81) Artículos 882, 884 y 887, párrafo 2º, del Código civil. Para ALBALADEJO, (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1º, ed. Edersa, Madrid, 1981, pág. 134.) el artículo 869 se refiere al legado de cosa específica y determinada.

(82) ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1º, cit., pág. 228, entiende por legado genérico aquél por el que el testador impone al gravado una obligación genérica a favor del legatario, - es decir, la obligación de proporcionarle una cosa o prestación del género que designe.

(83) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1º, cit., pág. 229.

(84) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 143 y ss. ALLARA, *Principi di Diritto testamentario*, Torino, 1957, págs. 212 y ss. DI PACE, ob. cit., pág. 80.

(85) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1º, pág. 229.

(86) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1º, pág. 230.

(87) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1º, págs. 224 y ss.

(88) *Las Partidas*, 6, 9, 25, cit.

(89) Cfr. LACRUZ y SANCHO REBULLIDA, *Derecho de sucesiones*, I, cit., págs. 376 y 377; MANRESA, (*Comentarios al Código civil*, tomo VI, cit. pág. 615) en cambio, dice que cuando se trata de legado de género la elección es siempre del deudor. Sin embargo, en otra clase de legado admite la posibilidad, no sólo de elección por el gravado--heredero- o el legatario, sino también por un tercero.

(90) GIORDANO-MONDELLO, ob. cit., pág. 143, también admite como negocio "*per relationem*" el legado alternativo y considera que encierra una "*relatio*" determinativa. En igual sentido DI PACE, ob. cit., pág. 80, que lo considera un supuesto de determinación no autónoma.

(91) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1º, cit., pág. 267.

(92) DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., págs. 162 y ss., estima también que el artículo 1057 engloba un arbitrio testamentario.

(93) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., pág. 56.

(94) *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, cit., pág. 163.

(95) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852. LACRUZ BERDEJO, nota preliminar. Zaragoza, 1974, pág. 357.

(96) *Leyes de Toro*, Ley 31 y 19. Novísima recopilación, libro X, título VI, ley 3a. Madrid, 1805, pág. 122.

(97) *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, tomo V, Madrid, 1900, pág. 387.

(98) *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. 2º, Madrid, 1910, págs. --- 1214 a 1221.

(99) *Código civil comentado y concordado extensamente*, y totalmente revisado al día por ORTEGA LORCA, tomo XIV (De la herencia), 4a. ed., Madrid, 1944, págs. 582 y 588.

(100) *Partición y mejora encomendados al cónyuge viudo. Estudios sobre el artículo 831 del Código civil español*, Barcelona, 1960, págs. 162 y 166.

(101) Tomo IV, 6a. ed., Reus, Madrid, 1944, pág. 694.

(102) *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, vol. 3º, 8a. ed. revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, Ed. Reus, Madrid, 1978, pág. 297.

(103) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XI, ed. - Edersa, Madrid, 1978, págs. 370 y ss.

(104) *Comentarios al Código civil español*, tomo VI, cit., pág. 404.

(105) *La delegación de la facultad de mejorar*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, marzo, 1953, págs. 273-331, págs. 293 y ss.

(106) *Excepciones legales al personalismo de las disposiciones "mortis causa"*, Anuario de Derecho civil, 1965 (II. Sobre el artículo 831 del Código civil), págs. 877-909, págs. 877 y ss.

(107) Ob. cit., págs. 1484 y ss.

(108) Incluso con la redacción primitiva nosotros descartábamos también la existencia de pacto sucesorio, porque la facultad que atribuía a los cónyuges no se extendía a la herencia futura en sí misma considerada, sino en la forma, en la manera de llevar a cabo la designación del mejorado y la distribución -- del caudal relicto.

(109) Ob. cit., pág. 370.

(110) Ob. cit., pág. 371.

(111) Para ALPAÑES, ob. cit., pág. 300, la sentencia comentada se apartó de los artículos 830 y 831, ya que el cumplimiento de la condición -casamiento para la casa- dependía de una tercera persona, lo cual es dejar a voluntad de esta persona la existencia de la mejora.

(112) *Estudios sobre jurisprudencia civil, II*, Madrid, 1969, pág. 568.

(113) *La mejora de labrar y poseer*, Anuario de Derecho civil, 1948, págs. 878-921, pág. 921.

(114) ALPAÑES, ob. cit., pág. 302, estima que el Tribunal Supremo adoptó - en la sentencia de 16 de marzo de 1932 idéntico criterio que en la de 16 de junio de 1902 (en la cláusula 12 mejoró a su hija M., cuya mejora podía elegir - entre la finca o fincas que tuviera por conveniente), pues si en esta prohibió la designación de la cosa en que se mejoraba -que es lo menos-, en la de 1932 prohibió la designación del mejorado -que es lo más-.

(115) *Estudios sobre jurisprudencia civil, II*, cit., pág. 574.

(116) En el mismo sentido, MUCIUS SCAEVOLA, *Jurisprudencia del Código civil*, tomo III, Madrid, 1901, pág. 338, señala que el hecho determinante de la mejora era en realidad el matrimonio, cuya realización correspondía al nieto.

CONCLUSIONES.

1a.- El negocio jurídico "*per relationem*" tiene entidad = suficiente para constituir una categoría jurídica dentro del am - plio campo de la teoría general del negocio jurídico.

2a.- Negocio jurídico "*per relationem*" es el negocio perfecto e incompleto, en el que la determinación de su contenido o de algunos de sus elementos esenciales se realiza mediante la remisión a elementos extraños al mismo.

3a.- Por tanto, presupone:

- a) Un negocio perfecto, es decir, un negocio nacido, existente, aunque en ese momento sea ineficaz.
- b) Un negocio determinable, porque el contenido a alguno de sus elementos esenciales no está concretado e individualizado en los términos precisos para su plena eficacia.
- c) La presencia de una "*relatio*", por cuanto la determinación se realiza mediante remisión a elementos extraños al negocio.

De estos tres presupuestos dos son comunes (perfección y determinabilidad) a otras categorías de negocios jurídicos y el tercero, la "*relatio*", es característica esencial del negocio "*per - relationem*".

De ahí que , teniendo en cuenta con significación prevalente la diferencia específica, podamos definir el negocio "*per relatio nem*" de una forma más sintética diciendo que es "el negocio jurídico que contiene una "*relatio*".

La "*relatio*" es un elemento diferenciador y específico del negocio jurídico "*per relationem*", que le atribuye autonomía dentro de la vasta categoría de los negocios jurídicos.

4a.- La "*relatio*" no tiene existencia y eficacia jurídica propia; se toma en consideración sólo en cuanto integra el negocio jurídico.

5a.- La "*relatio*", entendida en su sentido técnico y objetivo, la definimos como un evento presente, pasado o futuro, cierto en su realización, del que depende la producción de los efectos de un negocio jurídico a la realización de determinado acontecimiento.

6a.- En su aspecto subjetivo, la "*relatio*" supone la querida subordinación del negocio jurídico a la realización de determinado acontecimiento.

7a.- También se denomina "*relatio*" al hecho, suceso o juicio lógico al que se subordinan los efectos del negocio jurídico.

8a.- Desde el punto de vista estructural, la "*relatio*" es un coelemento necesario del negocio jurídico, a diferencia de la condición que es un coelemento accidental. Por lo que en todo negocio jurídico además de los elementos esenciales y naturales pueden concurrir los coelementos. Los primeros son requisitos de validez del negocio necesarios para que todo negocio jurídico surja; los segundos son requisitos que acompañan al negocio jurídico, -- aunque no necesariamente, y los terceros, coelementos, son requisitos de eficacia del negocio, que, a su vez, se subdividen en legales y voluntarios, y estos últimos en necesarios y accidentales; dentro de los coelementos necesarios situamos la "*relatio*", y entre los accidentales, la condición, el término y el modo.

9a.- La "*relatio*" puede tener lugar:

- A) Para fijar el contenido parcial del negocio.
- B) Para determinar el elemento subjetivo, en el momento de la ejecución del negocio.
- C) Para determinar el elemento objetivo, que es el supuesto más frecuente y menos dificultades presenta en su construcción dogmática.
- D) Para el elemento formal, cuando la "*relatio*" determina algún elemento que no sea la misma forma

del negocio.

No es posible:

- A) Para establecer el entero contenido del negocio.
- B) Para fijar el elemento subjetivo en el momento de la formación del negocio.
- C) Para el negocio formal, cuando la remisión se refiere a la misma forma.
- D) Para la condición, el término y el modo, pues aun que estos puedan determinarse "*per relationem*", - no constituyen un verdadero supuesto de negocio - jurídico "*per relationem*".

10a.- Los negocios "*per relationem*" son un subconjunto del conjunto de negocios jurídicos determinables, del de negocios jurídicos ineficaces y del de negocios jurídicos accidentales.

11a.- Los negocios jurídicos "*per relationem*" se dividen en objetivos o fácticos y subjetivos o personales, según que la "*relatio*" consista en un mero hecho (suceso, evento, acontecimiento) o bien esté constituida por un juicio lógico (ya sea una de - claración de un tercero o de una de las partes, cuando esto último sea posible).

12a.- Negocios "*per relationem*" con "*relatio*" perfecta o

imperfecta. La "*relatio*" es perfecta cuando la remisión a elementos extraños se realiza por todas las partes que intervienen en el negocio, e imperfecta cuando sólo una parte realiza el reenvío.

13a.- Negocios esenciales "*per relationem*" son los que, por su estructura, se manifiestan siempre con este carácter. Negocios especialmente "*per relationem*" son los que su normal modo de manifestación no es "*per relationem*", pero ofrecen ciertas modalidades "*per relationem*" recogidas en el ordenamiento jurídico como figuras especiales de la categoría general. Y son negocios ocasionalmente "*per relationem*" los que se manifiestan "*per relationem*" por voluntad de las partes, de manera, que, en principio, todos los negocios jurídicos pueden manifestarse "*per relationem*" en base a la autonomía de la voluntad.

14a.- Objeto de la "*relatio*" puede ser un hecho o acontecimiento anterior, contemporáneo o posterior al momento que tuvo lugar la formación del negocio. Objeto de la "*relatio*" puede ser también la declaración de un tercero o de una de las partes (aunque este segundo supuesto sea mucho más problemático y sólo, en ciertos casos, la declaración de una de las partes constituye una verdadera "*relatio*", al menos, como nosotros la concebimos).

15a.- Los límites de la "*relatio*" se encuentran en que:

- a) No se admite de los elementos del negocio que necesariamente deban ser determinados por las partes.

- b) El negocio ha de contener los requisitos establecidos por las partes para que la "*relatio*" adquiera significación.
- c) La "*relatio*" viene determinada por los mismos elementos que va a determinar. Ya que siendo un medio de determinación, necesita ser proporcionado a su fin.
- d) En términos generales, los límites de la "*relatio*" vienen impuestos por el mismo negocio al cual accede.

16a.- Son supuestos dudosos de negocios "*per relationem*":

- 1) La revocación de la revocación de un testamento, en sus distintas modalidades:
 - a) La revocación de un testamento posterior, o dicho con otros términos, la revocación de una revocación tácita.
 - b) La revocación de una revocación expresa.
- 2) El contrato de adhesión.
- 3) El contrato de persona a designar.

17a.- Negocios "*per relationem*" en el Derecho de obligaciones:

- 1) El negocio "*per relationem*" en la compraventa.
Aparece el fenómeno relacional:
 - a) En la determinación del objeto de la compraventa por remisión a una cosa cierta (arts. 1273 y 1445).
 - b) En la compraventa con prestación alternativa y de cosa genérica (arts. 1131 y ss y 1167).
 - c) En la compraventa de cosa futura (art. 1271).
 - d) En la determinación del precio de la compraventa por remisión a una cosa cierta (art. 1447, 1º) o al arbitrio de un tercero (art. 1447, 1º)
- 2) Promesa pública de recompensa o premio.
- 3) El contrato de suministro, cuando tenga el contenido o algún elemento esencial determinable y se realice la determinación mediante una "*relatio*".
- 4) El contrato por cuenta de quien corresponda.

18a.- Negocios "*per relationem*" en el Derecho sucesorio.

Esta particular manifestación de la autonomía privada tiene especial campo de aplicación en el Derecho de sucesiones, por lo que puede hablarse de testamento "*per relationem*" en todos los casos en que aparecen las características estructurales del fenómeno relacional; pero, además, existen en el Código civil muchas normas

en las que se manifiesta este fenómeno. Consideramos negocios ---
"mortis causa" "per relationem" (sin que la relación sea exhaustiv
va):

1) Por remisión a un tercero:

a) Art. 670, párrafo 2°, previsto, aunque no autor
rizado por la norma.

b) Art. 671.

c) Art. 749, párrafo 2°.

d) Art. 747.

2) Por remisión a una cosa cierta o evento:

a) Art. 750.

b) Art. 772.

c) Art. 773.

d) Art. 829.

3) Algunas modalidades de legados:

a) Art. 882 y 877, 2°, en relación con el 884, leg
gados de cosa determinable.

b) Art. 875.

c) Art. 876.

- d) Art. 877.
 - e) Art. 671.
 - f) Art. 874.
 - g) Art. 870.
 - h) Art. 879.
- 4) Partición de la herencia: arts. 1057 y 1058.
- 5) La facultad de mejorar del art. 831.

19a.- Todos los supuestos de negocios "*mortis causa*" "*per relationem*" son expresión del carácter personalísimo del testamento. Entendido este carácter como expresión máxima de la máxima libertad dispositiva "*mortis causa*".

BIBLIOGRAFIA.

- ALBALADEJO, *Cuestiones en materia de revocación de testamento*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XII, Madrid, 1961, págs. 35 a 60.
- ALBALADEJO, Notas a la trad. esp. *El negocio jurídico* de FERRARA, C., Aguilar, Madrid, 1956.
- ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo I, vol 2º, 5a. ed., Bosch, Barcelona, 1977.
- ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II, vol. 1º, 4a. ed., Bosch, Barcelona, 1977.
- ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1981.
- ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 3a. ed. Almedina, Coimbra, 1979.
- ALPAÑES, *La delegación de la facultad de mejorar*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1953, marzo, págs. 273-331.

ALLARA, *Il testamento*, 2a ed., Padova, 1936.

ALLARA, *Revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, --
1951.

ALLARA, *Principi di diritto testamentario*, Torino, 1957.

ASCARELLI, *Arbitri ed arbitratori*, *Rivista di Diritto Processuale
civile*, 1929, I, págs. 308-340.

BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, tomo I, Barcelona, --
1979.

BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. MARTIN PE-
REZ, 2a ed., Madrid, 1959.

BUXADE, *Voz heredero*, *Enciclopedia jurídica española*, tomo XVII,
Seix, Barcelona.

CALONGE, *La compraventa civil de cosa futura*, Salamanca, 1963.

CARNELUTTI, *Recensione a DI PACE*, en *Rivista de Diritto Processua-
le civile*, 1941, I, pág. 266.

CARNELUTTI, *Arbitri ed arbitratori*, *Rivista di Diritto Processua-
le civile*, 1924, I, págs. 121-135.

CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo I, vol.
2º, 12 ed., con adiciones de DE LOS MOZOS, Madrid, 1978.

CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, 6a
ed., Reus, Madrid, 1944.

- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, tomo VI, --
vol. 3º, revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, 8a ed. --
Reus, Madrid, 1978.
- CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes jurídicos*, tomo III, Barcelona, 1958.
- CICU, *El testamento*, trad. esp. FAIREN MARTINEZ, Madrid, 1959.
- COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, tomo IV, --
trad. esp. DE BUEN, Madrid, 1928.
- CORRADO, *La publicita nel Diritto privato*, Torino, 1947.
- CORRADO, *La somministrazione*, 3a ed., Torino, 1963.
- D'AMELIO-FINZI, *Commentatio al Codice civile*, Libro delle obliga-
zioni, Firenze, 1948.
- DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito civil*, Coimbra, 1976.
- DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971.
- DI PACE, *Il negozio "per relationem"*, Torino, 1940.
- DIAZ ALABART, *La institución en favor de los parientes*, Revista -
de Derecho privado, 1978, págs. 750-767.
- DIAZ FUENTES, *Excepciones al personalismo de las disposiciones --*
"mortis causa", I. Sobre el artículo 671 del Código civil. --
Anuario de Derecho civil, 1965, págs. 141-173.
- DIAZ FUENTES, *Excepciones legales al personalismo de las disposi-*
ciones "mortis causa", II. Sobre el artículo 831 del Código -

civil, Anuario de Derecho civil, 1965, págs. 877-909.

DIAZ GUIJARRO, *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, tomo V, Madrid, 1908.

DIEZ-PICAZO, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957.

DIEZ-PICAZO, *El negocio jurídico de Derecho de familia*, Revista - General de Legislación y Jurisprudencia, tomo XLIV, 1962, ene-ro-junio, págs. 771-792.

DIEZ-PICAZO, *Prólogo de la compraventa de cosa futura de ROGEL VI DE*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.

DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 1º, Tecnos, Madrid, 1972.

DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre Jurisprudencia civil*, II, Madrid, --- 1969.

DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS, *Sistemas de Derecho civil*, vol. I, 4a. ed., Madrid, 1981.

DIGESTO, *Justiniano*, versión castellana D'ORS, HERNANDEZ TEJERO, FUENTESECA, GARCIA GARRIDO y BURILLO, Aranzadi, Pamplona, 1968

ENNECCERUS-KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, trad. esp. PEREZ y ALGUER, vol. I, 39a ed., Barcelona, 1935.

ESPIN CANOVAS, *Manual de Derecho civil español*, vol. I, 4a ed., - Madrid, 1974.

FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.

FERRARA, C., *El negocio jurídico*, trad. esp. ALBALADEJO, Aguilar, Madrid, 1956.

FERRI, *La autonomía privada*, trad. esp. SANCHO MENDIZABAL, ed RDP, Madrid, 1969.

FOIS, *Revoca dell'olografo operata dal testatore e reviviscenza - delle disposizioni revocata*, *Rivista di Diritto civile*, 1976, págs. 23-56.

FRAGALI, *Código civile*, Libro delle obbligazioni, vol. I, diretto D'AMELIO e FINZI (Delle obbligazioni en generale e Dei contratti in generale), Firenze, 1948, págs. 282-398.

FUENMAYOR, *La mejora de labrar y poseer*, *Anuario de Derecho civil* 1948, págs. 878-921.

FURNO, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, trad. esp. SANCHO MENDIZABAL, ed. RDP, Madrid, 1957.

GAYO, *Instituciones*, texto latino con una traducción de D'ORS. - Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1943.

GARCIA AMIGO, *Interpretación del testamento*, *Revista de Derecho - privado*, 1969, págs. 931-971.

GARCIA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIX, Edersa, Madrid, 1980.

- GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, reimp. de la ed. Madrid, 1852, LACRUZ BERDEJO, - nota preliminar, Zaragoza, 1974.
- GIAMPICOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954.
- GIORDANO-MONDELLO, *Il testamento "per relationem"*, Giuffrè, Milano, 1966.
- GIUSTIZIA CIVILE, *Rivista*, sentencia de 1 de agosto de 1980, Giuffrè, 1980, octubre, págs. 2079-2082.
- GIUSTIZIA CIVILE, *Rivista*, sentencia de 8 de febrero de 1962, Giuffrè, 1962, abril, págs. 642-646.
- GORLA, *La compravendita*, Torino, 1937.
- GUARNERI CITATI, *Reviviscenza delle disposizioni testamentarie revocata*, *Rivista di Diritto civile*, 1931, págs. 221-251.
- GULLON BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, El negocio jurídico, Madrid, 1969.
- GULLON BALLESTEROS, *Curso de Derecho civil*, Contratos en especial Responsabilidad extracontractual, Madrid, 1972.
- HERNANDEZ GIL, Antonio, *La Ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, Madrid, 1981.
- HERNANDEZ GIL, Antonio, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960.
- IGLESIAS CUBRIA, *Los derechos patrimoniales eventuales (Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia)*, Oviedo, 1961.

IRTI, *Disposizione testamentarie rimessa all'arbitrio altrui. Problemi generali*, Milano, 1967.

JUSTINIANO, *Las Instituciones*, trad. esp. HERNANDEZ TEJERO, Madrid, 1961.

KANT, *La critica della ragion pratica*, Bari, 1963.

LACRUZ BERDEJO, *Notas al Derecho de sucesiones de BINDER*, trad. esp. Labor, Barcelona, 1953.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil, V. Derecho de sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981.

Las siete partidas, ALFONSO X, Glosadas por GREGORIO LOPEZ, ANDRES DE PORTONERIIS, Salamanca, 1555.

LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 3a ed., Bosch, Barcelona, 1972.

Leyes de Toro, insertas en el tit. XIX, Libro 1º del Novísima Recopilación, Madrid, 1805.

LOPEZ JACOISTE, *La mejora en cosa determinada*, Madrid, 1961.

LOPEZ VILAS, *El subcontrato*, Madrid, 1973.

LUZZATO, *La compravendita*, ed. póstuma a cura GIOVANNI PERSICO, Torino, 1961.

MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII, Madrid, 1901.

MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tomo V,
Madrid, 1896.

MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tomo VI,
Madrid, 1898.

MATOS ANTUNEZ VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 3a ed., Al
medina, Coimbra, 1980.

MESSINEO, *Contratto* (Voci estratta dall'Enciclopedia di Diritto),
Milano, 1961.

MESSINEO, *Manual de Derecho civil y comercial*, trad. esp. SENTIS
MELENDO, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, --
1971.

MIRABELLI, *Commentario del Codice civile* (Dei singoli contratti),
Libro IV, tomo terzo, 2a ed., Unione tipografico. Ed. Torinese,
Torino, 1968.

MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado extensamente*,
tomo XXIII, Madrid, 1906.

MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil concordado y comentado extensamente*,
tomo XIV, puesto al día por ORTEGA LORCA, 4a ed., Madrid, --
1944.

MUCIUS SCAEVOLA, *Jurisprudencia del Código civil*, tomo III, Ma --
drid, 1901.

NICOLO, *La "relatio" nei negozi formali*, *Rivista di Diritto civile*,
1972, I, págs. 117-129.

NOVISIMA RECOPIACION, CARLOS IV, Madrid, 1805.

NOVISSIMO DIGESTO ITALIANO, Voz "arbitraggio", 3a ed., Torino,
1957.

OERTMANN, *Introducción al Derecho civil*, trad. esp. SANCHO SERAL,
3a ed., Labor, Barcelona, 1933.

PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.

PASTOR RIDRUEJO, *La revocación del testamento*, Nauta, Barcelona,
1964.

PEREZ y ALGUER, *Notas al Tratado de Derecho civil de ENNECERUS*,
tomo II, vol. 1º, 1a ed., Barcelona 1933.

PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri, I. La compravendita di cosa
futura*, Napoli, 1962.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo V, vol. 2º, Bosch,
Barcelona, 1963.

PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, tomo IV, vol. 2º,
Nauta, Barcelona, 1966.

PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridico*, Messina, 1945.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua española*, XIX ed.
Espasa-Calpe, Madrid, 1970.

ROGEL VIDE, *La compraventa de cosa futura*. Publicaciones del Real
Colegio de España, Bolonia, 1975.

- ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*. Trattato di Diritto civile (GROSSO e SANTORO PASSARELLI), vol. V, fascicolo 1°, Vallardi, Milano, 1960.
- RUBINO, *La compravendita*, Giuffrè, Milano, 1952.
- RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil. El negocio jurídico*, Madrid, 1977
- SALIS, *La compravendita di cosa futura*, Padova, 1935.
- SAN JUAN DE LA CRUZ, *Subida del Monte Carmelo* (Vida y obras de San Juan de la Cruz), 3a ed., BAC, Madrid, 1955.
- SANCHEZ ROMAN, *Estudios de Derecho civil*, tomo VI, vol. 2°, Madrid, 1910.
- SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del Derecho civil*, trad. esp. LUNA SERRANO, RDP, Madrid, 1964.
- SANTORO PASSARELLI, *La determinazione dell'onorato di un lascito e l'arbitrio del terzo*, *Rivista di Diritto privato*, 1932, --- págs. 272-296.
- SANTOS BRIZ, *La contratación privada* (sus problemas en el tráfico moderno), Madrid, 1966.
- SAVIGNY, *Sistema del Diritto romano attuale*, trad. ital. SCIALOJA, Torino, 1900.

SCADUTO, *Gli arbitratori nel Diritto privato*, (extracto de Annali del Seminario giuridico dell'Universita di Palermo), Cortona, 1923.

SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2a ed., Napoli, 1969.

SECO CARO, *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo* (Estudio sobre el artículo 831 del Código civil español), Barcelona, 1960.

STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. esp. SANTOS BRIZ, Madrid, 1959.

TALAMANCA, *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, *Rivista di Diritto civile*, 1964, págs. 150-167.

TORRENTE y SCHLESINGER, *Manuale di Diritto privato*, 10a ed., Giuffrè, Milano, 1978.

TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940.

VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XI, Edersa, Madrid, 1978.

VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, tomo I, trad. esp. ROCES, Reus, Madrid, 1934.

WOJTYLA, Karol, *La fe en San Juan de la Cruz*, trad. esp. HUERGA, BAC, Madrid, 1979.

INDICE

	<u>Pág.</u>
CAPITULO PRELIMINAR.....	1
I. Orígen de la doctrina del negocio "per relationem" -----	3
II. Estado actual de la doctrina en nuestro Derecho.-----	4
III. Proyección en las legislaciones modernas -----	9
IV. Delimitación previa de esta figura negocial -----	10
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	15
 CAPITULO PRIMERO: PRESUPUESTOS Y CONCEPTOS DEL NEGOCIO JURÍ- DICO "PER RELATIONEM"	 17
I. Presupuestos del negocio jurídico "per relationem" -----	19
II. Primer presupuesto -----	20
1. Negocios de formación sucesiva -----	24
2. Negocios complejos -----	25
3. Unión de negocios -----	28
4. Negocio "per relationem" y representación -----	30
III. Segundo presupuesto -----	32
1. Elemento subjetivo -----	32
2. Elemento objetivo -----	33
3. Los elementos circunstanciales o accidentales -----	35
4. Elemento contenido -----	42
5. Elemento forma -----	44
IV. Tercer presupuesto -----	50

II

	<u>Pág.</u>
1. La "relatio" como actividad negocial -----	52
2. La "relatio" como negocio jurídico -----	56
3. La "relatio" como juicio -----	59
4. La "relatio" como hecho -----	62
5. La "relatio" como elemento marginal necesario o concausa necesaria -----	68
6. La "relatio" como coelemento necesario -----	72
V. Definición del negocio jurídico "per relationem" -----	75
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	79

CAPITULO SEGUNDO: EL NEGOCIO "PER RELATIONEM" EN LA SISTEMATICA DEL NEGOCIO JURIDICO 85

I. Encuadramiento sistemático del negocio jurídico "per relationem" -----	87
1. Negocios con contenido determinado y negocios con contenido determinable -----	88
2. Negocios eficaces e ineficaces -----	89
3. Negocios circunstanciales -----	92
II. Clases de negocios "per relationem" -----	94
1. Negocios "per relationem" en sentido formal y sustancial -----	94
2. Negocios "per relationem" objetivos o fácticos y subjetivos o personales -----	99
3. Negocios "per relationem" con "relatio" perfecta o imperfecta	101
4. Negocios esencialmente "per relationem", especialmente "per relationem" y ocasionalmente "per relationem" -----	102
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	104

CAPITULO TERCERO: OBJETO Y LIMITES DE LA "RELATIO" 106

I. Objeto de la "relatio" -----	108
1. Remisión a un hecho -----	108
2. Remisión a la declaración de una parte -----	110
3. Remisión al arbitrio de un tercero -----	112
II. Límites de la "relatio" -----	114
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	117

	<u>Pág.</u>
CAPITULO CUARTO: SUPUESTOS DUDOSOS DE NEGOCIOS "PER RELATIONEM"	118
I. La revocación de la revocación del testamento de negocio "per relationem"?	120
1. La revocación y su incoincidencia en el negocio "mortis causa"	120
2. La revocación no da lugar a un negocio "per relationem".	127
Primer caso: revocación de un testamento posterior, o dicho de otra manera, revocación de una revocación tácita	128
Segundo caso: revocación de una revocación expresa	131
II. El contrato de adhesión no es negocio "per relationem"	134
III. El contrato por persona a designar	139
NOTAS BIBLIOGRAFICAS	143
 CAPITULO QUINTO: EL NEGOCIO "PER RELATIONEM" EN EL CODIGO CIVIL	 146
I. Generalidades	148
II. El negocio "per relationem" en el derecho de obligaciones	150
1. El negocio "per relationem" en la compraventa	150
A) Determinación del objeto de la compraventa por remisión a una cosa cierta	151
B) Compraventa con prestación alternativa y de cosa genérica	153
a) Obligaciones alternativas	153
b) Prestaciones de cosa genérica	156
C) La compraventa de cosa futura, negocio "per relationem"	157
D) Determinación del precio de la compraventa	172
2. Promesa pública de recompensa o premio	186
3. Contrato de suministro	191
4. El contrato por cuenta de quien corresponda	195
III. El negocio "per relationem" en el derecho de sucesiones	198
1. Testamento "per relationem" por remisión a un tercero	198
A) Determinación de heredero	198
B) Determinación de los bienes	206
2. Testamento "per relationem" por remisión a una cosa cierta o	

	<u>Pág.</u>
a un evento -----	208
A) Determinación de heredero -----	208
B) Determinación de la cosa objeto de mejora -----	220
3. Legados -----	224
A) Remisión a un tercero -----	224
B) Remisión a una cosa cierta -----	230
4. Partición de la herencia -----	233
5. La facultad de mejorar del artículo 831.-----	236
NOTAS BIBLIOGRAFICAS -----	252
CONCLUSIONES	261
BIBLIOGRAFIA	271