

ALBALADEJO, MANUEL: *El Albaceazgo en el Derecho español (Común y catalán)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1969, 740 págs.

1) *El autor y su obra*.—Parece ciertamente fuera de lugar el que aquí me refiera a la persona del autor, sobradamente conocido en todos los ambientes jurídicos españoles y extranjeros; una prueba evidente de lo último nos la ofrece el que en reciente monografía italiana (1) tan sólo el nombre de ALBALADEJO figura entre los españoles citados, en un particular aspecto del tema desarrollado.

Conocidas son, además, las peculiares dotes investigadoras del profesor ALBALADEJO y su especial manera de enfocar el tema tratado, tanto en extensión como en intensidad, y a la luz de nuestra Jurisprudencia y nuestra legislación. Condiciones éstas puestas especialmente de relieve en la obra que voy a comentar.

La ya numerosa producción intelectual del autor en todos los ámbitos del Derecho Privado patrio, bien en la forma clásica de "tratado" (que el autor modestamente califica de "Instituciones"), bien en la forma especializada de "Estudios" o monografías, culmina en esta grandiosa monografía dedicada a un tema tan interesante, práctico y polémico.

2) *El porqué de la obra*.—Después del tratamiento de la institución del albaceazgo en los Manuales y Tratados de nuestros civilistas y en comentarios a sentencias y en monografías (entre éstas, la muy importante de GÓMEZ YSABEL), parecía que ya estaba casi todo dicho. De una posición tal viene a sacarnos la aportación—ya fundamental desde ahora—del profesor ALBALADEJO, demostrando que lo que ocurría es que estaba todo por decir.

El autor, exclusivamente por sí mismo, se ha dedicado—nos cuenta en el *Prólogo*—"a la ingente tarea de leer, fichar y clasificar toda la jurisprudencia sobre el tema, tanto de la Sala Primera del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y Notariado, desde la publicación del Código Civil hasta hoy". Tarea en verdad ardua, como puede comprobar todo aquel que dedique algún tiempo al estudio de la jurisprudencia.

Nos dice también el autor que "la lectura íntegra de sentencias y resoluciones fue causa de que se plantease numerosos problemas sobre abundantes extremos de la figura en cuestión. En ella, en especial el carecer de regulación legal específica de muchos aspectos (unos ni siquiera aludidos en los textos positivos y otros sólo mencionados), da lugar de sobra a que el fenómeno se produzca". Finalmente, y como una muestra más de la importancia práctica del instituto, nos dice que "en el tema hay lo que podrían llamarse *ángulos muertos* de realidad

(1) Me refiero a la obra *Sul contenuto del contratto*, de A. CATAUDELLA, cuya recensión con mis comentarios, publicará en breve esta REVISTA.

práctica, pero globalmente considerado presenta interés desde el punto de vista del Derecho vivo. No en balde casi todos los testamentos que se otorgan, o por lo menos una gran mayoría, contienen nombramiento de albaceas".

3) *Contenido de la obra*.—Está compuesta por trece capítulos, que tratan de los puntos siguientes: Concepto y función del albaceazgo; Clases de albaceas; Constitución del albaceazgo; Capacidad para ser albacea; Facultades y deberes de los albaceas; Delegabilidad del albaceazgo; Responsabilidad del albacea; Resarcimiento de daños y perjuicios; Remuneración del albacea; Extinción del albaceazgo; Rendición de cuentas; Invalidez; Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional. Incluye un Apéndice final, con una completísima bibliografía.

Como puede fácilmente deducirse de la exposición del *Sumario* de la obra, no es posible en unas breves líneas hacer un resumen del contenido de la obra, que necesariamente ha de limitarse a los puntos más importantes desarrollados. En cuanto a la *sistemática* utilizada por el autor, es en verdad muy personal y no encaja en los esquemas de ordinario empleados en el instituto; quizá cabría discutirle la colocación de los puntos relativos a la Responsabilidad, Remuneración o Rendición de cuentas, pero hay que reconocer que su inserción en otros lugares se prestaría también a polémica.

Nos dice el autor que «se advierten dos cosas: (en la obra): por un lado, el manejo señaladamente intenso de la jurisprudencia, recogiendo de modo completo cada sentencia o resolución y analizándola hasta sus últimas consecuencias, seguidas de la correspondiente crítica y de la exposición razonada de la solución que el autor cree preferible; y, por otro, el abundante uso de la doctrina española y parco de la extranjera, por una especie de reacción instintiva en pro de lo que podría calificarse de *descolonización jurídica*".

Siguiendo el mismo orden en que en la obra aparecen tratadas, paso a ocuparme de aquellas cuestiones que me han parecido de mayor relieve:

— *Concepto y función del albaceazgo* (Cap. I).—Lo define como "el ejecutor de su última voluntad nombrado por el causante". La *misión* del albacea es *dar cumplimiento a la sucesión*, aunque usualmente se hable de que ejecuta la última voluntad del causante; además, no sólo ejecuta en sentido estricto, sino que *en general* vigila, promueve, etc., lo relativo a la sucesión, o sea, ejecuta en sentido amplio.

Mantiene ALBALADEJO que la distinción entre albacea y administrador de la herencia *no vale* para nuestro Derecho positivo (sólo es exacta en cuanto a los albaceas particulares).

El albacea debe desarrollar su misión según el espíritu que encierran las disposiciones del causante: conforme a las reglas generales de interpretación sucesoria.

En orden al *problema* de si los interesados, de común acuerdo (unánime), pueden prescindir de la ejecución del albacea y llevar ellos a cabo la que prefieran, se inclina por la posición afirmativa, tras una sólida argumentación.

Examina la discutida naturaleza jurídica del albaceazgo, sin exponer las numerosas teorías por estimarlo trabajo perdido: "Lo que importa —nos dice— es sólo averiguar qué reglas se le aplican en defecto de suyas propias". En el mismo sentido, PURG BRUTAU: "Fundamentos de Derecho Civil", V. 1, pág. 440.

También en el mismo sentido que el expuesto, para un tema rela-

tivo a Instituto carente de regulación legal, me he expresado en otro lugar (2).

La averiguación de qué reglas deben aplicarse al albacea se consigue, según el autor, observando la semejanza del punto huérfano de regla en el albaceazgo con otros de materias diferentes y aplicando a aquél la regulación del albaceazgo, pero aplicándola lo mismo si la figura de que la regulación se toma es o no de naturaleza "homogénea" con el albaceazgo, pues *lo que se necesita* es la analogía no del todo, sino del punto cuya regulación se precisa.

Hace un rápido repaso de lo que la jurisprudencia ha dicho sobre la naturaleza del albaceazgo, *viendo por qué lo ha dicho*. Deduce que al T. S. no le hacía falta ni haber afirmado ni haber negado que era un mandato. Finaliza concluyendo que sólo se puede decir que sea un mandato o representación del testador en el sentido puramente *aproximativo* de que es "un encargo" de confianza que recibe del causante, encargo consistente en que desempeñe un "oficio" o función de Derecho privado. La exposición que efectúa del instituto la hace por el *orden* en que, para el autor, resulta a la vez más rigurosa y comprensible.

— *Clases de albaceas* (Cap II). *Albaceas sustitutos y sucesivos*.— En los supuestos en que el causante dispone la sustitución de un albacea por otro sólo para ciertos casos, se cuestiona qué regulación se aplicará en lo que la voluntad del causante falte o sea dudosa: cree ALBALADEJO que no se puede decir, como regla, que *los casos no nombrados* queden incluidos o excluidos, ya que ello dependerá de la voluntad del causante y ésta habrá de buscarse por cualquier procedimiento; habrá que ver si el nombramiento de sustituto se hizo para un *caso normal* (premorienza) de no serlo el titular, o si fue para un *caso más raro*. Con el mismo canon hermeneutico cree que deberá resolverse la cuestión de si nombrado un sustituto—cuando designó varios albaceas titulares—aquél sólo se entenderá querido para cuando falten *todos* éstos, o si lo será cuando falte *alguno*; caso de duda, lo primero.

Albaceas universales y particulares.—Parece seguro que el criterio distintivo entre ambas clases no depende de cómo se les denomina, sino del tipo de encargo conferido, según caiga o no dentro de la misión que la ley configura como propia de una u otra clase de albaceas. Pero la *universalidad* de la ejecución del testamento no impide que, junto al albacea universal, coexistan otro u otros particulares, y no excluye que pueda haber a la vez varios albaceas universales, cada uno respecto a un sector de la sucesión (bienes sitos en España o en América, etc.). Es, pues, una "*quaestio voluntatis*", en la que prevalece la intención sobre las palabras utilizadas; en principio, si el causante se limita a nombrar albaceas, sin señalarles facultades, debe entenderse que tienen las legales y son, pues, albaceas particulares.

Albaceas mancomunados y solidarios.—Nombrados varios albaceas en forma simultánea, sin división de atribuciones, se plantea un grave problema. El artículo 897 no solamente revela que en la duda se opta por la simultaneidad en vez de por la sucesividad, sino también—a juicio de ALBALADEJO—que se opta por la mancomunidad en vez de por la solidaridad, de modo que los varios albaceas son designados *todos* para la *totalidad*.

(2) Así, respecto del legado de parte alicuota, en esta misma REVISTA, número 469, página 1.618.

Parece que la diferencia entre nombramiento mancomunado y solidario, para el autor, estaría en ser precisa, en principio, la actuación conjunta de los *mancomunados*, mientras que los *solidarios* podrían actuar todos juntos o cada uno por sí solo.

Estima el profesor ALBALADEJO que la labor realizada por GÓMEZ YSABEL ha sido muy completa, en este punto, aunque no coincida con él en la conclusión.

Examina el autor con detalle la jurisprudencia y la doctrina respecto al problema de la *concentración* en los albaceas que queden de las facultades de los que falten, en cuanto a los albaceas *mancomunados*.

Albaceas testamentarios, legítimos y dativos.—En principio, dice ALBALADEJO, no hay más albaceas que los nombrados por el causante. Los llamados *albaceas legítimos* ni son albaceas ni es conveniente llamarlos así. Pero lo importante no es la cuestión terminológica, sino el *problema de si* a los legítimos y dativos *les son aplicables* las reglas de los albaceas testamentarios: lo útil, nos dice, es ver la aplicabilidad o no, en cada uno de los casos concretos, de tales reglas.

Constitución del albaceazgo (cap. III).—El nombramiento de albacea debe hacerse en testamento, o sea, en forma testamentaria. Huelga la cuestión de si se requiere testamento *en sentido material*, ya que el nombramiento de albacea es una disposición *mortis causa* que *por sí sola* debe hacer testamento en sentido material al acto que la contenga.

Parece obvio que, respecto de los nombramientos de *albaceas condicionales* o *a término* les deben ser aplicables las normas dictadas en ambos casos para la institución de heredero o de legatario. Con la peculiaridad de que en el albaceazgo *no* hay efectos retroactivos en la condición. Estudia el problema de las *condiciones inmorales* o *ilícitas*, en conexión con la disposición del testador de una liberalidad o remuneración a favor de quien sea albacea.

Especial interés tiene el estudio realizado por el autor de la *cuestión* relativa a si el nombramiento de albacea *puede dejarse al arbitrio de un tercero*: se inclina por la afirmativa, tanto para el Derecho Común como para el Catalán, pudiendo dejarse al arbitrio de tercero lo mismo la existencia del albaceazgo que el sujeto llamado a desempeñarlo.

El nombramiento de albacea tiene por consecuencia “*ex intervallo*” el *llamamiento o delación* al albaceazgo: se produce el llamamiento a la muerte del testador o cuando se declara su fallecimiento, si el nombramiento fue puro o bajo condición resolutoria o a término; cuando se cumple la condición, si bajo condición suspensiva; y desde que el tercero lo nombra debidamente, si se deja el nombramiento al arbitrio de tercero.

El llamamiento confiere “*ipso iure*” al llamado el *poder* de aceptar-lo o no, poder personalísimo y no patrimonial; este poder se extingue lo mismo por aceptación que por repudiación. El poder de elegir se tiene—aun ignorándolo—desde que se es llamado; pero el plazo de seis días del 898 Código Civil *se cuenta a partir* de que el interesado se sabe llamado. El *límite* al poder de elegir debe contarse—según el autor—a partir de que nace: se extingue por el transcurso de quince años.

La *Aceptación* y la *Repudiación* son declaraciones unilaterales de voluntad, *inter vivos* no recepticias, no formales, irrevocables, legítimas, puras e indivisibles. Caso de oposición de condición el autor se inclina por la invalidez de la declaración en vez de considerar no puesta la condición.

Capacidad para ser albacea (cap. IV).—Dice justamente ALBALADEJO que la regla general del 893 Código Civil, clara en sí misma, no lo es del todo en su alcance, planteando numerosas dudas. En opinión del autor, *el espíritu de esta norma es exigir* para ser albacea plena capacidad de obligarse. Por tanto, no cabe buscar apoyo en el principio de interpretación restrictiva de normas sobre incapacidad, sino que debe sostenerse que aquellos incapaces no citados en los párrafos 2 y 3 del precepto no pueden ser albaceas en cuanto alcanzados por el párrafo 1 en su interpretación correcta; de modo que, para el autor, los párrafos 2 y 3 no son sino aplicaciones particulares del párrafo 1, que prueban su rígido espíritu y la exclusión del albaceazgo de los incapaces no mencionados.

Con este punto de partida de exigir rigurosa capacidad plena, examina ALBALADEJO los supuestos de: ausencia, los que no pueden serlo (imposibilitados para el desempeño del cargo, locos y sordomudos, interdictos, pródigos, concursados y quebrados), mujeres casadas, menores, personas jurídicas y otros supuestos (sucesores del testador, incapaces de suceder por testamento, indignos, prófugos, rebeldes e impedidos para administrar, y extranjeros).

Es interesante el estudio del supuesto de imposibilidad para desempeñar el cargo, relativo no a quien puede ser y no quiere ser albacea, *sino a quien no puede* por algún impedimento prácticamente insalvable: v. gr. los casos de ausencia, desaparición o impedido para administrar.

Estima, en cuanto a la *mujer casada*, que no será necesaria la licencia marital en casos análogos a los de separación legal—a los que se aplicará el 893-2 por analogía—, como son los de: locura o interdicción del marido, prófugo, ausente, etc. La relevación de la licencia marital implica también relevación de la autorización judicial supletoria.

Respecto de los *incapaces de suceder por testamento*, estudia el caso de si pueden recibir *algo (remuneración)* como albacea; es contrario el autor a que puedan recibir *más de lo que valga* el trabajo o servicios que presten.

En orden al *momento de ser capaz*, entiende que debe ser aquel en que llegue a ser albacea. La exclusión por incapacidad es definitiva.

Facultades y deberes de los albaceas (cap. V).—Es este capítulo el nervio medular de la obra, no sólo en cuanto a extensión, sino también por la profundidad del estudio que el autor realiza en los distintos casos. La enorme dificultad que supone sistematizar toda esta materia con criterios que puedan resultar válidos, eficaces y genéricos, es obviada por el profesor ALBALADEJO, descomponiendo el estudio de las facultades en: una primera parte, dedicada a los distintos supuestos que pueden presentarse (albaceas universales en el Código civil, albaceas particulares con facultades concedidas por el causante, albaceas particulares con facultades legales, y albaceas universales en la Compilación Catalana); y una segunda parte, dedicada al estudio especial de determinadas facultades (de interpretar el testamento, de arbitraje, de poseer los bienes hereditarios, de enajenar los bienes hereditarios, de contar y partir, de representar a la herencia, etc.). Con este tratamiento del tema, el autor deslinda perfectamente cuestiones que no siempre han venido consideradas con la debida claridad por la doctrina. En esta recensión no puedo dar una visión general de dicho tratamiento y me limito a recoger aquellos aspectos más relevantes de la exposición.

En cuanto a los *albaceas universales en el Código civil*, en princi-

pio les correspondien *todas* las facultades de *ejecución* del testamento en sentido amplio (gestión de bienes, representación de la herencia, etcétera). Si el testador nombra albacea sin precisar qué clase de albaceazgo le confiere, o qué facultades le otorga, la ley los considera albaceas particulares y con las facultades "legales" del art. 902 Código civil.

En cuanto a las *facultades concedidas por el causante a los albaceas particulares*, no cabe sentar reglas generales, ya que pueden ser las que quiera. Será una "quaestio voluntatis" ver si se trata de otorgarlas para *en vez* de las legales o si *además* de ésta.

Respecto de las *facultades legales de los albaceas particulares*, analiza ALBALADEJO cuidadosamente el art. 902 del Código civil, a la luz de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales: es de notar la determinada contemplación de la facultad de defender el testamento que el autor hace.

La *facultad de interpretar el testamento* es una de las facultades llamadas por el autor "secundarias o instrumentales", implicada por la principal de ejecutar el testamento y velar por su ejecución. Conforme a las reglas aplicables en esta materia, con la interpretación que el albacea realiza pueden ocurrir: o que sea la correcta y única posible, o que sea inadmisibles, o que sea una de las varias posibles. Todas estas variantes las estudia detenidamente el autor.

Estudia, en orden a la *facultad de arbitraje*, los casos de arbitraje confiado por el testador al albacea y los de arbitraje confiado por el albacea a terceros, decidiéndose, en general y en ambos casos, por la negativa.

La *facultad de poseer los bienes hereditarios*, implica una posesión *en concepto, de no titular* de lo poseído, justificada en cada momento sólo por el encargo recibido, por lo que debe cesar cuando el encargo ya no la requiera. La posesión *se adquiere* cuando se toma, pero *no civilísimamente*: esto, en principio, aunque ALBALADEJO, siguiendo a VALLET, cree que no hay inconveniente para que el testador pueda *desviar* la "successio in possessionem" del art. 440 del Código civil.

— La *facultad de enajenar bienes hereditarios* la estudia el autor con notable amplitud y precisando en cada caso si se trata de albacea universal en Cataluña o en el Código Civil, o de albaceas particulares. Respecto de los *albaceas universales en Cataluña*, tienen—a juicio del autor—las máximas facultades posibles, tanto los "de realización" como los "de entrega". Algunas dudas plantea el supuesto especial de la facultad de *transigir*. En orden a los *albaceas universales en el C. c.*, habrá que atenerse a lo específicamente dispuesto por el testador; si éste le nombra simplemente albacea universal *sin* especificar la facultad de enajenar, parece que, en principio, tendrá esta facultad con la extensión y en las condiciones señaladas (por el autor) para los albaceas particulares con facultades otorgadas por el testador.

En cuanto a *estos últimos*, conocida la polémica que divide a la doctrina sobre el particular sobre si hará falta o no la intervención de los herederos para la enajenación—cuestión que surge ya en los casos de albaceas con facultades legales (902 y 903 C. c.)—, ALBALADEJO cree aplicable tanto para el caso de facultades testamentarias como para las legales la misma solución: necesidad de tal intervención de los herederos. Dice el autor que quien vende realmente es el albacea

— En orden a la *facultad de contar y partir*, ALBALADEJO entiende que el usualmente llamado "contador-partidor" no es sino un albacea particular con la misión concreta de contar y partir. Y aunque no se

opine lo mismo que el autor, es ya tópico que a los contadores-partidores se les aplican las reglas dictadas para los albaceas en general. Entiende que si a un albacea designado se encomienda, además, la función de contar y partir, el que recibe ambas misiones no ostenta dos cargos, sino uno sólo con un campo más amplio.

— *Delegabilidad del albaceazgo* (Cap. VI).—A diferencia del mandato, en el albaceazgo la regla general es la no posibilidad de sustitución, salvo autorización del causante. De las tres expresiones utilizadas—"delegar el cargo", "designar sustitutos", "delegar sus funciones"—, la primera es la que usa el C. c. y las otras dos la Compilación Catalana; para ALBALADEJO, la de "delegar el cargo" permite cualquier tipo de delegación, y las dos de la Compilación son cada una diferente de la otra. Examina con detalle las distintas situaciones que pueden presentarse, según que el albacea: poniendo fin a su desempeño del cargo, sale de éste, entrando otro en él—sustituto o delegado, que pasa a ser el único albacea—; o bien, sin dejar de ser albacea, encomienda sus funciones a un tercero; o bien conserva el cargo, pero desglosando parte de él, que entrega a otro para su cumplimiento; o bien está autorizado para designar a otros albaceas para que, solidaria o mancomunadamente, ejerzan el cargo junto a él. Para ALBALADEJO no es preciso que sea solemne la forma de realizar la delegación.

— *Responsabilidad del albacea* (Cap. VII).—Conforme al art. 899 del Código civil se contrae por el albacea—con la aceptación—una obligación de "hacer": la de dar cumplimiento a la misión que el causante le encargó. Por lo que responde de no hacerlo o de hacerlo sin guardar al menos la diligencia media; también responde por no ejercerlo, o por ejercerlo dolosa o negligentemente, o por concluir lo sin haber dado por su culpa cumplimiento al encargo. Para ALBALADEJO la responsabilidad contraída es "obligacional"—la que suele llamarse "contractual"—, ya que suele llamarse "contractual" a la culpa en el cumplimiento de obligaciones no nacidas de contrato, como es el caso del albaceazgo.

Estudia el autor los distintos supuestos de responsabilidad: en caso de dolo; en caso de culpa, que supone culpa "in abstracto"; caso de ser retribuido el albaceazgo; casos de exención, agravación u otras modificaciones de la responsabilidad; pluralidad de albaceas (problema importante que estudia es de si la responsabilidad total es exigible íntegramente a cualquiera de los albaceas o no, o si es que es exigible íntegramente cuando son solidarios y no si son mancomunados).

Examina además con especial cuidado una serie de supuestos concretos—sentencias del Tribunal Supremo—en que el albacea incurre en responsabilidad.

Entiende transmisible «*mortis causa*» la responsabilidad del albacea (3).

La acción para exigir la responsabilidad tiene un plazo de vida de quince años en el Derecho Común (treinta en Derecho Catalán: artículo 344 Comp.) y el cómputo se hace a partir de la rendición de cuentas.

— *Resarcimiento de gastos y daños* (Cap. VIII).—El derecho del albacea al abono de los gastos y daños en el desempeño del cargo es totalmente independiente de la remuneración o retribución que deba

(3) Para un caso no citado por el autor, en el supuesto que originó la sentencia de 16-X-1940, y en el sentido expresado en la obra: véase mi comentario a dicha sentencia en esta REVISTA, número 469, pág. 1.608.

percibir el albacea. Derecho que no fija específicamente el C. c., pero que se apoya por analogía en lo establecido para el mandato en artículo 1728-1.

Para que los gastos sean reembolsables deben reunir los *requisitos* de: hechos en ejecución del albaceazgo y durante él, dentro de las atribuciones del albacea tanto por caer bajo sus facultades el asunto en que se gastó como por caer el propio gasto de que se trata, y que el gasto sea adecuado según las circunstancias a tenor al menos de una diligencia media.

Estudia también el autor otra serie de puntos, cuales son los de: intereses de la cantidad anticipada; indemnización por daños (poco frecuente); prueba del gasto o daño; cargo del reembolso o indemnización; si puede mermar la legítima; tiempo de reclamación; si hay o no derecho de retención de los bienes hereditarios hasta el pago; compensación entre lo debido al albacea y lo que éste deba entregar.

— *Remuneración del albacea* (Cap. IX).—Distingue agudamente ALBALADEJO las siguientes formas de recompensar el testador al albacea: instituirle sucesor en bienes, señalarle una retribución por el encargo, o autorizarle al cobro de honorarios por sus servicios profesionales. A estos tres procedimientos de retribución o remuneración llama el autor, respectivamente: remuneración, retribución, honorarios.

Examina los interesantes problemas de: si la retribución merece el concepto de legada; si lo dejado al albacea con independencia de su nombramiento es o no dependiente del albaceazgo; si una recompensa absorbe o no a las otras; cuándo tiene el albacea derecho a percepción de honorarios; fijación de la cuantía de la remuneración o retribución, y de los honorarios; pérdida de la recompensa; pago de recompensas.

— *Extinción del albaceazgo* (Cap. X).—Este capítulo es el segundo en importancia en la obra, por el tratamiento a que le somete el autor. Juntamente con el capítulo V forman las dos piezas claves de la obra; y no porque los testantes desmerezcan, sino por la escasa atención doctrinal y el confusiónismo existentes sobre los particulares pertinentes.

Distingue con fina precisión ALBALADEJO entre el fin del albaceazgo y la cesación en el cargo de determinado albacea, continuando aquél desempeñado por otro. Parte de la base de que el art. 910 C. c. *enumera* algunas causas de extinción del albaceazgo, las más importantes, pero ocurre que *además* hay otras, que o son obvias (cumplimiento del encargo) o son aplicación de reglas jurídicas válidas también para el caso.

1. *Cumplimiento del encargo*.—La estudia ALBALADEJO, en primer lugar por ser la *causa ordinaria* de acabarse el albaceazgo. Lo reconoce también la jurisprudencia reiteradamente, aunque con diversas *expresiones* que vienen a significar lo que, en cada caso contemplado por el Tribunal Supremo, se entiende que pone fin a la ejecución del testamento. La extinción del albaceazgo se produce *no sólo* en el caso de que el encargo se haya cumplido con total acierto y corrección, *sino también* en el caso de que en tal cumplimiento hayan incurrido en errores de valoración de bienes, omisiones de éstos, adjudicaciones indebidas, etc.

2. *Imposibilidad de ejecutar el testamento*.—Puede ocurrir por las más diversas causas, como, por ejemplo, *pérdida de los bienes de la herencia*. Examina con gran profundidad el problema de si no se consigue acuerdo o mayoría entre los albaceas, si éstos son mancomunados, o si siendo solidarios es preciso tal acuerdo o mayoría; para el autor no puede afirmarse dogmáticamente una cosa u otra, ya que habrá

que distinguir en cada caso si el desacuerdo radica respecto a las líneas maestras del albaceazgo o si es sólo sobre ciertos puntos concretos (partición, por ejemplo), que pueden ser resueltos de otra manera.

3. *Muerte del albacea.*—Ello, por ser cargo personalísimo y de confianza del testador. Caso de que el albacea fuere una persona jurídica, su extinción tiene los mismos efectos que la muerte de la persona física. El autor cree aplicable por analogía la regla del art. 1738 C. c. respecto del deber de notificar la extinción a los interesados.

A la muerte del albacea—dice ALBALADEJO—sus derechos y obligaciones se transmiten a sus sucesores (4).

4. *Imposibilidad del albacea.*—Para ALBALADEJO se trata tanto de la de carácter material resultante de enfermedad, demencia, ausencia, etc., como de la legal. En todo caso, debe tratarse de imposibilidad absoluta y no de circunstancias que sólo obstaculicen el desempeño del cargo.

En todos aquellos casos en que, una vez comenzado el albaceazgo, sobrevienen circunstancias que habrían hecho a dicha persona incapaz para ser albacea, se muestra dividida la doctrina: para la gran mayoría—y la jurisprudencia—se trata de causas bastantes para pedir la remoción, mientras que para ALBALADEJO son supuestos de imposibilidad legal.

5. *Renuncia.*—Recordamos aquí cómo el autor distingue entre “repudiación” y “renuncia”. El primero de los problemas es el de si sólo es posible la renuncia cuando media justa causa, o si el albaceazgo cesa en todo caso de renuncia, haya o no justa causa. Examina el autor después cuáles son las justas causas. El albaceazgo cesará, no por la presentación de la renuncia, sino por el fallo judicial que la acepta, ya que la renuncia es una declaración de voluntad recepticia dirigida al juez.

6. *Remoción.*—Es la destitución del albacea de su cargo. La enuncia el Código civil como causa de extinción, pero luego no dice nada más de ella. Para el autor, lo importante es extraer los principios generales de tal regulación en orden a: quién puede pedirla, qué procedimiento ha de seguirse para obtenerla y qué causas permiten proponerla. El verdadero campo de batalla—nos dice ALBALADEJO—en materia de remoción es el de cuáles sean las causas que permiten proponerla: no regulada la cuestión por el Código civil, doctrina y jurisprudencia se muestran divididas y la confusión es ya conocida. El autor va criticando una por una las distintas posiciones y razonando sobre aquellos aspectos válidos de cada teoría al comparar el respectivo instituto con el albaceazgo.

7. *Transcurso del plazo.*—El albaceazgo termina por el transcurso del plazo concedido al albacea: se cuestiona por la doctrina si ello se produce o no automáticamente, lo que afirma el autor. El plazo es un periodo máximo para cumplir el encargo, que no puede sobrepasarse. La duración del plazo la señala inicialmente el testador, y en su defecto la ley (en Derecho Común; en el Catalán no hay plazo legal subsidiario, sino una petición de requerimiento al albacea para que cumpla que se dirige al juez). Estudia ALBALADEJO con gran extensión los numerosos problemas que esta causa de extinción origina: plazo fijado por el testador; si éste puede conceder un plazo indeterminado, o dejar su determinación al arbitrio del albacea, de los interesados o

(4) En un caso no citado por el autor, el de la sentencia de 16-X-1940, y en el mismo sentido de la obra: véase en esta REVISTA, número 469, pág. 1609.

de un tercero; plazo marcado por la ley; prorrogabilidad del plazo, duración de las prórrogas y cómputo del plazo y de las prórrogas.

— *Rendición de cuentas* (Cap. XI).—La rendición de cuentas pesa sobre todos los albaceas *desde* que acaba su encargo. Examina el autor la curiosa distinción introducida por alguna sentencia—y seguida por Ossorio—entre obligación de “dar cuenta del encargo” y la de “rendir cuentas”, cuya identidad parece incuestionable. Solamente cabrá pensar en esta diferencia cuando no hay cuentas que rendir. De esta obligación no puede eximir el causante. Las cuentas se rinden al acabar el albaceazgo: porque la rendición de cuentas *no* es el último acto de la misión del albacea, sino una operación que se realiza *después* de acabar aquélla, y, por tanto, el albaceazgo. El plazo para pedir la rendición correrá, pues, *desde* que el albaceazgo acabó.

— *Invalidez* (Cap. XII).—ALBALADEJO distingue dos tipos de invalideces: la relativa a la ocupación del cargo de albacea siendo nulo el nombramiento, y aquella otra que puede alcanzar a los actos que, aun ocupando el cargo debidamente, el albacea realice (en ésta, se tratará del mismo tipo de invalidez que otro cualquiera por vicio del consentimiento). Trata, pues, el autor tan sólo de las invalideces propias del albaceazgo y estudia los casos de: actuación del albacea sin atenerse a las prescripciones legales o a la voluntad del testador o al interés de la sucesión; actuación por quien realmente no ocupa el cargo, o no lo ocupa debidamente, o aun ocupándolo debidamente cae fuera de sus atribuciones. Cuestiona acerca de la posibilidad de hablar del albacea “aparente”. Examina con detalle los distintos supuestos que pueden presentarse en materia de invalidez.

— *Derecho Internacional Privado e Interregional* (Cap. XIII).—Finaliza la obra con este capítulo dedicado a los problemas sobre las *normas de colisión*. Sienta como *punto de partida* la tesis de que *el albaceazgo no se regula en bloque por una sola ley*, sino que los distintos extremos del albaceazgo se regirán por leyes diferentes según el punto de que se trate. Examina las distintas posiciones doctrinales respecto a la ley que rige el albaceazgo, sentando su posición—que siempre viene fundamentada—, y analiza los numerosos casos de excepciones a la ley general.

4) *Consideraciones críticas*.—La aportación del profesor ALBALADEJO es importante y fundamental: lo primero se desprende de una somera lectura de mis comentarios precedentes; lo segundo, del tratamiento magistral a que el autor ha sometido a todos los extremos del instituto. Parece, por tanto, superfluo y atrevido por mi parte el pretender buscar defectos a una obra acabada y completa; sin embargo, considero debo hacerlo en aras de la mayor objetividad posible y de la claridad de ideas imprescindible en el mundo del derecho, máxime en tema tan práctico y polémico.

Centraré mis consideraciones acerca de aquellas cuestiones o puntos que me han parecido convenientes, y en el mismo orden en que aparecen tratados en la obra.

Lo más sorprendente, en primer lugar, es la total carencia de datos históricos acerca de la institución, datos no siempre necesarios y esclarecedores en verdad, pero que muchas veces ayudan a comprender mejor determinados perfiles de la institución o a resolver problemas de interpretación de los textos legales.

En segundo lugar, de la numerosa y selecta bibliografía sorprende también la ausencia de nombres de autores españoles—cual el de Díez

PICAZO, insustituible en determinadas materias—, si bien es cierto que ya el autor previene de ello al decir que no están todos.

En tema de *naturaleza jurídica del albaceazgo*, aunque ya dije antes que comparto en esencia la posición del autor, parece más oportuno entender—como hace Díez PICAZO (5)—que es necesario separar o delimitar varias cuestiones distintas que aquí se mezclan o confunden: a) naturaleza de la posición jurídica del albacea dentro del complejo fenómeno hereditario (idea de cargo u oficio de derecho privado); b) naturaleza de la relación jurídica que liga al albacea con las demás personas interesadas en la herencia (idea de gestión o administración de patrimonio ajeno); c) naturaleza del acto creador de esta relación jurídica y de aquella posición o situación (consecuencia de dos negocios distintos: el testamento y la aceptación del cargo).

En cuanto a la *pluralidad de albaceas*, es muy sutil el análisis que hace el autor en cuanto a la diferencia esencial entre los albaceas mancomunados y solidarios. Es también acertada su visión del art. 897 del Código civil como norma de presunción; aunque, avanzando un poco más, cabría más bien decir que es una norma de *interpretación* y que todas las normas relativas a la actuación de una pluralidad de albaceas son de derecho *dispositivo*.

La terminología del profesor ALBALADEJO distinguiendo “repudiación” y “renuncia” puede parecer algo bizantina y es *per sé* polémica. Quizá cabría llamar, con Díez PICAZO (6), a la repudiación *excusa*, con lo que tales inconvenientes quedan obviados.

La posición del autor es muy tajante en orden a considerar al *pródigo* inepto en todo caso para ser albacea; quizá parece preferible entender, con SAEZ DE SANTAMARÍA, que habrá que atender a cada caso concreto, considerando las especiales facultades señaladas por el testador y habida cuenta de las circunstancias de su nombramiento.

De las consideraciones expuestas por el autor en orden a la necesidad de licencia marital para la *mujer casada* albacea, cuyo tratamiento estimo es acertado, no se desprende qué tipo de ineficacia o de sanción afecta a la mujer albacea. Por tanto, creo se debería profundizar un poco más y analizar ¿qué es lo que puede impugnar el marido: la aceptación del cargo o los singulares actos realizados como albacea por la mujer? ¿Qué consecuencias acaecerán a la mujer?

De la posible *capacidad de los menores emancipados*—en contra de la posición negativa del autor—se muestran partidarios bastantes de nuestros mejores tratadistas, ya que tienen capacidad para obligarse, y en el mismo sentido afirmativo se expresaba la tradición jurídica catalana. Los argumentos del profesor ALBALADEJO son en verdad contundentes, aunque me parece que en algunos casos habrá que estar a la voluntad del testador y al contenido o facultades concedidas al albacea, ya que si sólo las tiene de *administración* parece duro negarle capacidad para ello.

Respecto de la *capacidad de las personas jurídicas* para ser albaceas, y con la alusión del autor al *Derecho Inglés* (Judicature Act de 1925), estimo sería conveniente profundizar en este punto: acerca de las relaciones con el “trust” o, más propiamente, si caso de ser albacea una persona jurídica el supuesto hace tránsito a una especie de “trust” (7).

Hay un punto enormemente curioso y práctico, que profesionalmente me afecta, pero que requiere de mayor experiencia que la mía para

(5) Véase *Lecciones de Derecho civil*, IV-Sucesiones, pág. 477.

(6) Véase op. cit., en nota anterior, en pág. 483.

(7) Véase, sobre todo, *El derecho inglés*, de E. JENKS, Reus, 1930, págs. 422 y sigs. en especial la 434: véase también RHEINSTEIN, *The Law of Decedent's Estates*, pág. 659; y PUIG BRUTAU, *Fundamentos Derecho civil*, V-1, pág. 447.

sentar un criterio claro, y es el de *si los Notarios en Cataluña pueden o no percibir la remuneración legal del 10 por 100* (Comp. Cat., 239). Habrá que estar a la consuetudinaria práctica catalana en este punto, práctica que desconozco. De otro lado, las razones del autor en defensa de la dignidad del Notario son estimables y, en principio, me inclinan de su parte.

De todo el estudio que ALBALADEJO realiza sobre las *facultades de los albaceas* se deduce que impera en el tema una interpretación restringida. Ello es lógico y es lógica consecuencia de la aplicación subsidiaria al albaceazgo de las reglas estrictas del negocio de apoderamiento (art. 1713 C. c.). Pero, como regla más genérica, estimo habrá que estar a la sentada en tema de interpretación del testamento en el art. 675 C. c.

El autor cree necesario—en tema de *pago de legados en metálico* (art. 902 C. c.)—que los herederos aprueben el proyecto aun en forma tácita y que no es suficiente que el heredero no se oponga; sin embargo, encuentro poca diferencia entre una postura y otra, y esta segunda posición (tesis de ROCA SASTRE) me parece más adecuada a la práctica.

En tema de *arbitraje*, entiende ALBALADEJO que “no corresponde (tal facultad) a los albaceas que carezcan de la facultad de disponer”... Pero quizá convendría aquí hacer alguna precisión: no hay que confundir la indisponibilidad de una materia con la imposibilidad de celebrar negocios jurídicos sobre ella. Así, Díez Picazo (8). Pues la “indisponibilidad” funciona como exigencia específica del negocio principal objeto del arbitrio del tercero y se refiere al negocio principal: no es una exigencia específica del arbitrio del tercero. El arbitrio del tercero *puede* llegar hasta donde alcance el poder de disposición individual, hasta donde alcance el ámbito de eficacia del negocio jurídico.

La polémica es clásica en orden a la llamada “*intervención*” de los herederos para la enajenación por el albacea. Por de pronto, aunque el autor se inclina por la posición afirmativa no está nada claro el significado de tal intervención, como ha puesto de relieve Díez Picazo (9): ¿es aprobación o es conocimiento? Nos lo prueba el art. 903-2, *fine*, que es una norma absurda y poco afortunada: si los herederos sólo tienen intervención, no parecen necesarias tantas “formalidades”. Por otra parte, la justificación de la necesidad de intervención de los herederos la suelen basar los autores que la defienden en el art. 20 L. H.: pero conviene aquí recordar que la Ley Hipotecaria de 1861 introdujo en dicho artículo, en forma sintética, el principio de tracto sucesivo: así, ROCA SASTRE (10). Fue la reforma de 1869 y las posteriores las que cambiaron profundamente el texto original; pero *sustancialmente* sigue siendo lo mismo, una norma dedicada al modo de llevar los Registros. Tampoco la argumentación de GONZÁLEZ PALOMINO (11) ha sido atacada ni desvirtuada por ALBALADEJO, cuya posición en este punto no veo todo lo firme que es en otros; sin perjuicio de que la Res. de 19 de julio de 1952 no puede ir contra la reforma de la L. H. de 1944-46, como argumenta GONZÁLEZ PALOMINO. Por mi parte, creo conveniente añadir que en este punto los autores suelen tomar implícitamente del subconsciente la semejanza del albacea con el contador-partidor (hasta el extremo de que ALBALADEJO, según vimos, dice que el contador-partidor es un albacea particular), con lo que aplican a aquél la regulación de éste, y viceversa; parece duro negar al testador la facultad de dispensar al

(8) Véase *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, pág. 226.

(9) *Lecciones...* cit., pág. 486.

(10) *Derecho Hipotecario*, BOSCH, 1954, I, pág. 814.

(11) Véase *Estudios de arte menor*, II, pág. 411.

albacea de la necesidad de intervención de los herederos, cuando es la persona de su confianza encargada de la total ejecución de su última voluntad, y parece incongruente cuando menos apoyar la argumentación negativa en un precepto hipotecario de tipo formal y no substantivo y precisamente en su redacción derogada.

Afirma tajantemente ALBALADEJO que "quien vende es el albacea"..., pues "tiene poder de disposición sobre bienes ajenos" Apoya su posición en la que entiende una "extendida" doctrina. Sin embargo, esto no es del todo exacto, o, mejor, la doctrina no es tan extendida como asegura, pues hay muchas voces discrepantes y con argumentos de mucho peso; así, GONZÁLEZ PALOMINO (12). De otra parte, cita a su favor a Roca, en *Kipp* (pág. 235); ahora bien, o la cita no es exacta o el mismo Roca se contradice, ya que éste afirma (13) "... el principio de tracto sucesivo puede dar la ilusión de que sólo el titular registral es el facultado para disponer..., pero no afecta para nada a la facultad *material* de disposición, que sólo corresponde al *verdadero* propietario" (antes había dicho que "es poco ortodoxo afirmar que la legitimación registral concede o confiere al titular registral la facultad de disponer del derecho inscrito") Estas citas de nuestro máximo hipotecarista están traídas aquí especialmente, a los efectos de poner de relieve el tema de la *legitimación*; porque *no cabe* decir que existe un poder de disposición sobre patrimonio ajeno; esta idea es ya clara después del trabajo fundamental de LADARIA (14).

La afirmación contraria implica la confusión del poder dispositivo con la legitimación para disponer; cabe que una persona esté legitimada para disponer de un derecho ajeno, pero tal legitimación no se basará en un poder de disposición, pues éste sólo puede pertenecer al titular del derecho de cuyo contenido forma aquél parte. Me parece, pues, claro que en tema de albaceas se tratará de un caso de legitimación *indirecta* por razón de un cargo u oficio.

Cuando ALBALADEJO trata del contador-partidor y se refiere al *legatario de parte alicuota*, dice que "parte de la neutralidad, razonando sobre la base de aceptarlo..."; más adelante, en tema de Remuneración del albacea, afirma "en principio, nada impide que, para recompensarle, se nombre al albacea heredero (así, se le deja una décima parte de la herencia)"; y en tema de Rendición de cuentas, sobre la base de equiparación del legatario de parte alicuota al heredero, dice que "examinando los casos en que la JURISPRUDENCIA o la doctrina hacen tal equiparación, se ve claramente que la razón de la misma concurre en el presente". Tratándose de un tema que he estudiado con cierta profundidad—el legado de parte alicuota a través de la jurisprudencia del T. S., en forma monográfica—me considero plenamente capacitado para poder opinar y argüir a ALBALADEJO que del examen detenido de los supuestos que han llegado al T. S. no se desprende tal equiparación al heredero (15). Por otro lado, dejarle a una persona la décima parte de la herencia no equivale a nombrarle heredero: dependerá de las circunstancias del testamento y de si hay o no aparte designación de heredero (16). Y en cuanto a la llamada "neutralidad" por el autor, más bien puede decirse es una actitud realista a la luz de la existencia de dicho legado desde hace cientos de años como he indicado en otro lugar (17).

(12) Véase op. cit., pág. 413

(13) Véase op. cit., págs. 252 y sigs.

(14) *Legitimación y apartencia jurídica* págs. 24 y 100.

(15) Véase en esta REVISTA, números 468 (pág. 1.261), 469 (pág. 1.571), 470 (página 99) y 471 (pág. 399).

(16) Véase en esta REVISTA, número 469, pág. 1.619.

(17) Véase en esta REVISTA, número 468, págs. 1.236 y sigs. y 1.618.

En tema de *Responsabilidad del albacea*, ya vimos cómo el autor dice que el albacea contrae una obligación de hacer; quizá convendría delimitar qué tipo de prestación contrae, si de actividad o si de resultado, pues son consecuencias distintas en cada caso. Obligado a una determinada conducta el albacea, precisamente la responsabilidad en que incurre deriva de la omisión de aquel recto comportamiento que exige la especial naturaleza de la obligación contraída.

Es bastante discutible la afirmación de ALBALADEJO—en el mismo punto sobre Responsabilidad del albacea—de que “ninguna obligación nace verdaderamente de la ley”, frente a una unánime opinión de la gran mayoría de nuestra doctrina (18).

En tema de responsabilidad, también, al precisar el autor *desde qué momento comienza el plazo para la acción de exigir la responsabilidad*; dice que los “interesados pueden esperar aun por lo que respecta a esa reclamación concreta, pues tienen también para lo relativo a ella el plazo que comienza a la rendición de cuentas o al fin del albaceazgo, aunque si lo prefieren pueden entablar dicha reclamación concreta desde que se produce el hecho que la fundamenta”. Quizá habría aquí que apuntar la muy íntima conexión del supuesto que plantea el autor con la doctrina de la “*verwirkung*”, cuya idea básica, a juicio de Díez Pícazo (19) radica en que el ejercicio de un derecho es inadmisibile cuando se realiza con un retraso objetivamente desleal y cuya eficacia es conceder al adversario una excepción.

En tema de *Renuncia del albacea*, cuando ésta se realiza sin justa causa y se produce la sanción del art. 900 del Código civil, se origina un curioso problema de revocación de propiedad que quizá sería interesante perfilar con mayor detalle.

En orden a la *Rendición de cuentas*, vimos que ALBALADEJO se muestra contrario a la posibilidad de cuentas periódicas o parciales; sin embargo, cabría apuntar que en determinados casos el negar tal posibilidad, o mejor, una negativa por parte del albacea, parece que sería contrario a la buena fe. Conviene también apuntar que si las cuentas hay que rendirlas a una pluralidad de herederos, habrá que estar a las normas sobre pluralidad—mancomunidad—de acreedores en una prestación de hacer indivisible. Así, en Díez Pícazo (20).

Respecto a la *invalidéz*, no nos aclara el autor qué tipos de invalidez se originan, por lo que quizá convendría una mayor puntualización. Aquí me remito a las consideraciones de Díez Pícazo (21).

Como resumen de estas breves consideraciones críticas cabe decir: que en la mayoría de mis observaciones o puntualizaciones se trata de materias o puntos opinables, por lo que aquello que pudiera haber de crítica se diluye en el contexto de la obra; que en orden a determinados puntos en que apunto posibilidades o conexiones, ello no supone demérito alguno para la obra en sí; que en orden a la posición del albacea en cuanto a las enajenaciones, creo que no cabe compartir las ideas del profesor ALBALADEJO, ya que está claro que el albacea tiene legitimación *indirecta* y no es él quien vende, *sin perjuicio de que quepa discutir* si actúa o no en virtud de representación y en nombre de quién; y que en cuanto al legado de parte alicuota, después de mi tratamiento casi exhaustivo de las sentencias sobre el tema, y las inevitables conexiones doctrinales, tampoco puedo compartir las afirmaciones del autor

(18) Véase CASTÁN, III, pág. 57. ESPÍN, III, pág. 121; NÚÑEZ LAGOS, en SCAEVOLA, III-I, pág. 118. PUIG BRUTAU, op. cit., I-2, pág. 67; Díez PÍCAZO, *Lecciones...*, II, pág. 216.

(19) Véase *La doctrina de los propios actos*, págs. 93 y 100; BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia*, págs. 243, 279 y 286.

(20) Véase *Lecciones...*, IV, cit., pág. 488.

(21) *La ineficacia del negocio jurídico*, en ADC 1961, págs. 820 y sigs.

5) *Comentario final*.—Me parece necesario insistir en que nos llamamos ante una obra importante y fundamental. El tratamiento del tema es original y escapa a los moldes ya clásicos de la jurisprudencia de conceptos, está lleno de un sano realismo crítico y de una constante preocupación por la adecuación a los supuestos contemplados por las numerosas sentencias sobre el tema. La obra creo que es insustituible: para el uso forense, por la enorme cantidad de sentencias y resoluciones que estudia y analiza; para el juzgador, como útil material de trabajo; para el abogado, como texto de necesaria consulta en los mil y un matices que la vida y la práctica suministran a diario, para el Notario, como texto de cabecera que aclare tantas cuestiones como suelen presentarse a la hora de redactar un testamento complicado; para el Registrador, como guía para la solución de aparentes problemas insolubles; y, en general, para el estudioso del derecho, como ejemplo evidente de una obra de investigación y de lo que puede el amor al Derecho.

En suma, una obra que consagra a su autor como a un clásico y que prestigia a la Editorial que ha publicado la obra.

JOSÉ CERDÁ GIMENO,
Notario.

ARREGUI GIL, JOSÉ: *La fidelidad viudal en el Derecho Privado de Navarra*. Biblioteca de Derecho foral, Pamplona, 1968, 280 págs.

A lo largo de esta interesante obra se da—el autor dice modestamente en la introducción “he intentado dar”—una visión completa de la fidelidad viudal, institución profundamente enraizada en el Derecho foral navarro. El tema es de interés, pues se halla implicado “comprometido—resalta el autor—en la crisis y en los avatares actuales de la vida familiar y de la institución familiar misma”. De ello resulta que, a través del estudio de una institución de Derecho foral navarro, se nos pone en contacto con una problemática que se presenta con aires de generalidad en la doctrina jurídica moderna: la protección del cónyuge superviviente, incluso algo más que esto, la continuidad de la organización económica de la familia después de la muerte de uno de los cónyuges. Por ello, el autor destina dos capítulos, el noveno y el décimo, al estudio de las soluciones que otras legislaciones, bien de nuestro país bien extranjeras, dan a tales problemas.

El primer capítulo se dedica a la fijación del concepto de fidelidad viudal. La finalidad se consigue a través del estudio previo de los fueros, la jurisprudencia y la doctrina científica. Respecto de los fueros resalta que en el de Viguera y Val de Funes la viudedad era el derecho que toda mujer infanzona podía tener en sus arras y todos los otros bienes que le dejare su marido en *fealdat*. El Fuero de Tudela concede al marido viudedad sobre las heredades dadas por el padre o la madre a la mujer, de donde resulta que la viudedad era el derecho del marido, que recíprocamente también tenía la mujer, a disfrutar los bienes aportados como arras o dote, a no ser que la mujer no quisiera otorgársela. En el Fuero de Estella se configura la fidelidad viudal como el derecho de la mujer de ser dueña y poderosa de todo el haber y del honor—extensiva por tanto a los muebles e inmuebles—mientras quisiera estar o permanecer en viudedad. En el Fuero General aparece como el derecho de los esposos infanzones a tener las heredades y demás bienes del otro,

viviendo en *jealdat*, tanto en el supuesto de que tengan descendencia como en el de que no la tengan. Las fórmulas definitorias de los Proyectos y Anteproyectos de Apéndices y Compilación del Derecho navarro son todas bastante semejantes. De entre ellas puede citarse la contenida en la Ley 212 de la "Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra" de 1966, donde se dice que "el cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento". (Esta recopilación ha sido publicada en "Biblioteca de Derecho Foral", tomo XI, Pamplona 1967. Son autores de la misma García Granero, Aizpún Tüero, López Jacoiste, Nagore, D'Ors y Arregui Gil este último autor de las obras objeto de esta recensión). Las definiciones doctrinales, presentando cada una sus peculiaridades, coinciden en esencia con el concepto que aparece en la Recopilación últimamente citada. Otro tanto puede decirse de la fórmula que el autor extrae de algunas sentencias del Tribunal Supremo.

El autor llega a la conclusión de que de lo anteriormente examinado se desprenden tres notas características de la fidelidad viudal navarra: 1) La universalidad por lo que afecta a su extensión. 2) Efectos exclusivamente "post-mortem". 3) Pérdida del usufructo si el supérstite no conserva el estado de viudedad. En consecuencia, se define la fidelidad viudal como "*el usufructo que compete al cónyuge viudo, mientras permanece en tal estado, sobre todos los bienes y derechos que en el momento del fallecimiento pertenecían al premuerto*".

El capítulo segundo se dedica al examen del origen y evolución de la institución. En cuanto al origen, después de rechazar aquellas tesis que tratan de encontrarlo en razones extrajurídicas, como la que pretende hallarlo en el espíritu caballeresco, de galantería y enaltecimiento de la mujer que floreció en la Edad Media, se examinan aquellas otras que le atribuyen una raíz rigurosamente jurídica. Se estima que no puede colegirse con rigor científico la inspiración romana como antecedente básico de la institución, ya que en la época en que nació el usufructo viudal la influencia romana no era tan marcada como lo fue a partir de la segunda mitad del siglo XIII. Se hace referencia a la tesis que defiende el origen germánico y señala los puntos de apoyo de la misma, llegándose a la conclusión de que el Derecho germánico no puede considerarse como fundamento exclusivo de la institución, aunque pudo favorecer el nacimiento y desarrollo de la misma. Finalmente se estima que, lo mismo que la institución hermana de Aragón, los primeros vestigios se encuentran en el Derecho consuetudinario. Se fundamenta tal tesis en la práctica de ampliar los derechos que por ley correspondían al cónyuge viudo y en el examen de algunos documentos cuyos textos se transcriben, de los cuales resulta claramente el carácter voluntario de los derechos de fidelidad, pareciendo evidente que, por lo menos hasta la mitad del siglo XIII, el beneficio no era legal.

En la evolución de la institución se distinguen dos fases: una, de concesión voluntaria; negocial, y la otra, de obligatoriedad o imposición legal. La primera se refleja en los Fueros de Viguera y Val de Funes, de la Novenera y Tudela. La obligatoriedad, impuesta primero por el Fuero de Estella, adquiere definitivamente carta de naturaleza para todo el reino en el Fuero General. Este Fuero sólo la concedió a los cónyuges infanzones, prohibiéndola a los villanos; pero, con la desaparición posterior de las diferencias de clases sociales, la viudedad adquirió por costumbre caracteres de generalidad. En el mismo Fuero General no siempre se extendía la viudedad a todo el patrimonio, sino que se distinguía el matrimonio que no tenía descendencia, supuesto en el que la viudedad comprendía sólo los inmuebles, y aquel otro que la tenía, única hipótesis en la que se extendía al entero patrimonio. Pa-

recé, sin embargo, que en el último caso se trataba, más que de una auténtica viudedad, de un supuesto de continuidad de la comunidad familiar. En la Novísima recopilación esta dualidad desaparece, la fidelidad viudal se configura definitivamente como usufructo a favor del cónyuge viudo, nunca como continuación de la comunidad familiar, no estableciéndose ya diferencias entre matrimonio con hijos y sin ellos.

En el capítulo III se examina la doctrina general. Respecto a la naturaleza jurídica de la institución se analiza la tesis de aquellos autores que estiman que la fidelidad viudal es un Derecho de usufructo, pero se la considera insuficiente para explicar su íntegra realidad. Mayor atención merece la doctrina que la considera como una institución de Derecho de Familia encaminada a evitar el rompimiento de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges. El autor, admitiendo que en esencia se trata de una institución del régimen de bienes de la familia, destaca, sin embargo, que en Navarra no se dan, en contra de lo que sucede en Aragón, dos consecuencias coherentes con tal naturaleza: el llamado derecho expectante durante el matrimonio y la aplicación a la fidelidad del estatuto personal del marido al tiempo de contraerse el matrimonio.

Después de examinar las tesis que la configuran como institución de Derecho sucesorio, llega a la conclusión de que se trata de una *institución viudal, familiar post mortem, familiar sucesoria*.

En el capítulo IV se contiene la transcripción de las disposiciones legales que regulan la institución. Así aparecen los textos correspondientes del Fuero General, Amejoramientos del rey don Felipe y del rey Carlos III el Noble, Fuero Reducido, Novísima recopilación y de los Cuadernos de las Cortes de 1765 y 1766. Se transcribe también la regulación que a la fidelidad viudal se da en la Recopilación Privada de 1966, por el interés —dice el autor— que presenta como obra científica de información.

El capítulo V se dedica al estudio de los elementos personales, reales y formales. Respecto a los elementos personales analiza en primer lugar a los nudopropietarios, es decir, a los herederos del cónyuge premuerto. A continuación se refiere al usufructuario, titular del derecho de fidelidad viudal, que es el cónyuge viudo, marido o mujer, sin limitación de clases sociales y aunque sea viudo de cónyuge binubo. Señala que se requiere que el matrimonio fuera válido y que el marido tuviera, al tiempo de la muerte de cualquiera de los cónyuges, la vecindad foral navarra. Analiza también los supuestos de cónyuges que carecen de derecho a la fidelidad viudal. En cuanto a los elementos reales se pone de manifiesto que el usufructo del cónyuge sobreviviente se extiende, en principio, a todos los bienes pertenecientes al premuerto, siendo, por tanto universal. Por excepción deben considerarse excluidos del usufructo: 1) Los bienes adquiridos por título lucrativo por el difunto con la prohibición expresa del usufructo. 2) Los bienes sobre los que tuviese el premuerto sólo un derecho de disfrute. El contenido del usufructo queda afectado cuando el cónyuge muerto deja hijos de un matrimonio anterior, en este caso, el autor recoge los criterios de la Recopilación Privada de 1966 en la que se excluyen del usufructo los bienes que debían reservarse en favor de los hijos o descendientes del matrimonio anterior, los que el binubo deba dejar en favor de los mismos hijos y descendientes con preferencia sobre los del matrimonio posterior y los que el mismo binubo hubiese adquirido por título lucrativo con llamamiento en favor de los hijos o descendientes de anterior matrimonio, si estos sobrevivieren. Como elementos formales se señalan el inventario y la fianza, respecto de la última se pone de manifiesto que no aparece establecida en ningún precepto de derecho navarro, pero que si alguna vez se dio en la vida real por costumbre, en contrario ha veni-

do a desaparecer, lo cual no significa que no puede ser impuesta por pacto en casos concretos.

En el capítulo VI se analizan los derechos del viudo usufructuario. En primer lugar se pone de relieve el carácter inalienable del usufructo, sin que ello sea obstáculo para que en determinados casos se puedan enajenar o gravar los bienes usufructuados. Tal posibilidad puede darse respecto a los inmuebles cuando los nudopropietarios y el usufructuario enajenan conjuntamente; cuando por disposición o por pacto se ha facultado al usufructuario para enajenar o gravar los bienes en caso de necesidad, siempre que el sobreviviente lo precisare para su subsistencia y no sean los nudopropietarios descendientes legítimos del premuerto; para pagar deudas del premuerto en el caso de que no hubiera dinero suficiente en la herencia. Tratándose de bienes muebles de escaso valor y fácilmente reemplazables en el mercado, el usufructuario puede enajenarlos libremente, con la obligación de responder de su importe, salvo que por necesidad los haya consumido. Si se trata de bienes muebles de notoria singularidad o mérito, como los de valor histórico o artístico, así como acciones u otra clase de valores mobiliarios, habrá que aplicar el mismo régimen que a los inmuebles. Se analizan también los derechos especiales que se le puedan conceder al viudo por disposición o por pacto; así como aquellos que le correspondan en razón de su cualidad de usufructuario: disfrutar la cosa, percibir los frutos, etc.

El tema de las obligaciones del cónyuge viudo se estudia en el capítulo VII. Para poder adquirir y gozar del usufructo de fidelidad es necesario hacer inventario de los bienes a que se extiende el usufructo. El inventario debe hacerse, sin necesidad de requerimiento ni mandato, salvo que mediara dispensa del cónyuge premuerto o sus herederos, si bien el primero no podrá otorgarla en el caso de tener hijos o descendientes de anterior matrimonio. El inventario se comenzará dentro de los cincuenta días siguientes a la fecha de la muerte o de la declaración de fallecimiento del cónyuge consorte y se terminará dentro de otros cincuenta. Tales plazos son de caducidad y si no se hace el inventario dentro de los mismos no se adquiere el usufructo de fidelidad. El superstite ha de permanecer en estado de viudedad para conservar los derechos correspondientes; no obstante, es frecuente que en los contratos matrimoniales, sobre todo de las familias labradoras navarras, se pacte la posibilidad de repetir matrimonio "a la casa y bienes del premuerto", sin perder por ello el usufructo. Tampoco puede el viudo llevar vida notoriamente licenciosa ni corromper la honestidad de los hijos. Está obligado además a criar y educar a los hijos, dotar a las hijas, pagar las cargas inherentes al usufructo, así como las deudas del premuerto. En cuanto a los legados deberá pagar los de índole piadosa, no los demás, aunque en la práctica se pagan los de pequeña cantidad. La norma general es que no hay obligación de entregar los legados mientras dura el usufructo de viudedad, pues de otro modo el derecho que concede la ley al consorte sobreviviente podría quedar burlado por el premuerto disponiendo que se distribuyeran sus bienes en legados.

El capítulo VIII se dedica al examen de las causas de extinción. La primera de ellas es la muerte del usufructuario, la cual motiva la extinción de la viudedad, aunque hubiera sido causada por el nudopropietario. También se extingue por renuncia, a causa de nuevas nupcias, por la consolidación en poder del viudo de propiedad y usufructo, pérdida de todos los bienes, prescripción y en virtud de cualquiera otra causa que hubiera sido prevista. La vida licenciosa y el incumplimiento de ciertas obligaciones por parte del viudo las considera el autor como causas de privación del usufructo, calificación que implica un trato

procesal distinto que el que se aplica a las causas de extinción, pues en el último caso los nudopropietarios pueden hacer valer directamente sus derechos a la entrega de los bienes; por el contrario, tratándose de una causa de privación deberán ejercitar la acción declarativa de privación del usufructo y además la encaminada a conseguir la entrega de los bienes.

Los capítulos IX y X se dedican al estudio del Derecho comparado interregional e internacional. Finalmente, en el capítulo XI se examinan algunas cuestiones de interés derivadas de la inexistencia del derecho expectante en la fidelidad vidual. La primera de ellas es la relativa a la facultad del marido de poder hacer perder a la mujer el derecho de fidelidad cambiando su regionalidad o nacionalidad. La segunda se refiere a la posibilidad existente de que a través de actos dispositivos se trate de impelir o mermar la fidelidad, siendo la mujer la perjudicada en la mayoría de los casos. Para hacer frente a tal peligro sugiere el autor que se exija el consentimiento del otro cónyuge para realizar los actos de disposición que puedan mermar el derecho de fidelidad e incluso propone que se conceda a la mujer una acción por fraude. Termina el capítulo proponiendo que en el futuro Código civil general se regulen los derechos del cónyuge viudo de acuerdo con la institución de la fidelidad vidual.

Las conclusiones y los apéndices donde se recoge la regulación que a la institución se le ha dado en distintos proyectos de recopilación del Derecho Foral navarro ponen fin a esta interesante obra donde, como dice el profesor SANCHO REBULLIDA en el prólogo, "el autor ha hecho de la fidelidad vidual un estudio completo y sistemático, con puntual atención a sus fines de justicia y a sus problemas prácticos; un trabajo erudito pero sobrio, histórico para el presente; con talento y con amor".

O. V. TORRALBA SORIANO.

MOHAMAD EL-GAMMAL, M.: *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, Paris 1967, 344 pág.

Casi no hace medio siglo que en la esfera de la contratación privada se mitificaba el principio de la libertad de contratación; el contrato se entendía que significaba el acuerdo y la voluntad de las partes contratantes que reglamentaban libremente a través del mismo sus intereses. La quiebra del principio se inicia a principios del siglo XIX. Los grandes poderes económicos van a prevalecer de esa libertad, abusando de la parte contractual económicamente débil. Empresarios y trabajadores, grandes empresas y consumidores se encuentran en la esfera de la contratación a niveles distintos. La libertad contractual es el instrumento para hacer valer jurídicamente una posición de privilegio. No es de extrañar, pues, la reacción; el equilibrio y la armonía en la vida económica se han roto y es preciso buscarlos a través de otros procedimientos. La libertad no puede realizar la justicia en el orden económico. Así nace la noción de orden público económico, como instrumento para remediarlo. Mientras que otros intentan remediarlo dentro de la técnica misma de los contratos, adaptándola al nuevo estado de cosas.

La literatura jurídica sobre la adaptación del contrato a las circunstancias económicas es bien abundante, sin embargo, señala el autor de la que vamos a analizar, hay pocas obras que sistematicen dando co-

herencia las diferentes manifestaciones técnicas que se han venido produciendo en materia de adaptación del contrato a las circunstancias económicas, así como las consecuencias de la evolución de su infraestructura económica y social. Esto supone en primer termino prejuzgar un doble orden de cuestiones, jurídicas y económicas. Las primeras concernientes a la noción de contrato y la función en el mismo de la autonomía de la voluntad. Las segundas a la naturaleza y al alcance de las circunstancias económicas de nuestro tiempo. MOHAMAD EL-GAMMAL parte del análisis de los hechos procurando discernir lo irracional y lo inteligible para devolver al mecanismo contractual su originalidad y a las circunstancias económicas, de una parte, su unidad y su significación profunda, y de otra, su lugar en el seno de este mecanismo en sus diferentes eslabones. Estos son sus términos textuales cuando expone el método a seguir en su investigación sobre el tema.

Todavía adelanta en la introducción la equivocidad de los términos, "adaptación a las circunstancias económicas". De lo que se trata en realidad es de la modificación que puede imponer el contrato durante su vigencia en atención a las modificaciones económicas sufridas.

Por otra parte, el término "adaptación del contrato a las circunstancias económicas" parece al autor estrecho; es necesario tener en cuenta las transformaciones del conjunto de todo un sistema económico durante un largo periodo y la evolución "estructural" del sistema. Es preciso resaltar más que la "vida económica de un contrato individual", la de la institución de la vida económica y social, institución que se adapta a todo lo que hay en esta vida de movimiento y cambio.

Estudia las circunstancias económicas como un elemento de un sistema económico móvil en el tiempo. Se cuestiona si las transformaciones económicas no habrán destrozado las soluciones que dotaban al régimen contractual de sus características más acusadas desde su formación hasta su ejecución. La modificación del contrato en virtud de las modificaciones económicas no es sino una pieza del conjunto más sólido y coherente que rige toda la economía del contrato.

Por economía interna del contrato hay que entender, frente a economía general, la reglamentación de las relaciones pecuniarias de las partes; se toma en cuenta la desigualdad económica de las mismas. Se trata del plan individual del contrato. Se opone esta economía interna del contrato a la economía general de la colectividad, en la que importa la actividad contractual en masa; que desborda el equilibrio bipartito por reglas nuevas conectadas con la economía dirigida o la justicia social. En caso de necesidad contra el acuerdo y el interés común de los contratantes. Hace alusión al tema de la oposición entre el interés particular y el general de la comunidad, que entiende no es, sino una confusión entre el fin de la norma y su objeto.

Por otra parte hoy no puede hablarse de separación entre contrato y ley, sino de colaboración, de armonía, bien en cuanto a la determinación del contenido del mismo, bien en la sanción de las leyes que se ocupan de esta determinación.

Hoy se tiende a distinguir en el contrato un elemento económico, un elemento real o material, una equivalencia natural y a aislarlo de la esfera del juego de la voluntad creadora del contrato.

Con la transformación de la estructura económica y social, cada contrato no es más, en la mayoría de los casos, que una parte de un conjunto cuya entidad modela la estructura económica del Estado, y en un periodo de tiempo más extenso, la estructura de la sociedad.

Esto fuerza, dice el autor, como tarea primera a buscar el "cómo" se determina hoy el contenido del contrato, porqué será, al mismo tiempo la respuesta al "por qué".

Si bien el Ordenamiento jurídico no deja actualmente hoy el contenido del contrato al arbitrio de las partes, todavía pertenece, sin embargo, a las mismas su elemento subjetivo: la creación misma del contrato. Y a través del mismo pueden las partes desconocer el imperativo del Ordenamiento jurídico objetivo, por lo que se impone la sanción. Si bien se predica como sanción la nulidad del acto, lo cierto es que con frecuencia el legislador y la jurisprudencia optan por su "adaptación" a las exigencias de la regla legal violada. Se cuestiona: ¿Se puede dentro del sistema de sanción contractual introducir junto la nulidad y la anulabilidad del mismo una nueva categoría que se distinga de las mismas, tanto por sus efectos, como por su funcionamiento, de suerte que sea apta para responder a las exigencias del nuevo orden jurídico?

El trabajo de MUSTAPHA MOHAMAD responde a estos dos órdenes de problemas que se plantean en las dos partes del libro: I. El contenido del contrato y las circunstancias económicas. II. La suerte del contrato y las circunstancias económicas.

En primer lugar, se analizan las circunstancias económicas en cuanto que influyen en el contrato. Es interesante destacar, y el autor lo hace, el hecho de que una gran parte de la controversia sobre la relación entre el contrato y las circunstancias económicas se produce alrededor del orden monetario, hasta tal punto, que algunos autores piensan que sólo los factores monetarios influyen en el contenido del contrato. La suerte del contrato está ligada también a la de los principios que gobiernan el valor de la moneda, el principio nominalista. Radica en la fuerza reconocida a este principio la determinación, tanto de la extensión de la libertad dejada a las partes para ordenar el contenido de su contrato en función de las modificaciones económicas, cuanto la fuerza obligatoria misma del contrato, es decir, la posibilidad de modificar su contenido en razón de estas modificaciones.

Sin embargo, y pese a la importancia de las modificaciones del orden monetario, no parecen tener, a juicio de MOHAMAD, demasiada influencia en la organización del contenido del contrato. Realmente, de quien es función es, no del orden monetario, sino del económico. Es el orden económico, liberal o dirigido, el que deja o no en libertad a las partes para esta actuación.

Realmente, el estudio de los factores económicos que influyen sobre el contrato lleva al estudio de las transformaciones sufridas por el orden económico liberal, que es el nuestro, y sus repercusiones sobre la contratación.

Es preciso distinguir, pues, distintos temas dentro de esta esfera: el contrato y el orden propiamente monetario, el contrato y el orden económico, las transformaciones del orden económico liberal y sus repercusiones sobre la organización del contenido del contrato. Y esta tarea la lleva a cabo el autor en los capítulos siguientes.

El primero, contrato y orden monetario, le conduce a estudiar el principio nominalista y su extensión al contrato. Lo que importa a las partes no es el número de unidades monetarias determinadas en el contrato, sino su valor. Sin embargo, el Derecho positivo consagra el principio nominalista, lo que impide la revisión de los contratos, ya que el legislador impone de la manera más enérgica la fuerza obligatoria del contrato.

La doctrina no cuestiona el principio nominalista monetario, pero sí su fuerza de obligar: ¿es un principio imperativo que delimita el marco en el que pueden jugar las voluntades privadas o un simple principio supletorio que no juega, sino en el supuesto en el que no hayan estipulaciones contrarias? Esto le lleva a sistematizar su análisis en dos órdenes de cuestiones: el nominalismo interpretativo de la voluntad de

el contenido del contrato. Y el nominalismo imperativo y el contenido del contrato. En ellos sistematiza la materia, haciéndose eco de las doctrinas que tratan de reducir el nominalismo a un principio supletorio, lo que supone la defensa de la licitud de aquellas cláusulas encaminadas a evitar los inconvenientes que entraña una modificación de la conjuntura económica. Pero este liberalismo extremado apenas resuelve el problema de la adaptación del contrato, porque, por un lado, deja fuera todos los supuestos en los que las partes no han previsto las fluctuaciones económicas, y de otro, las exigencias de la economía nacional.

Por su parte, aceptado el principio nominalista con carácter imperativo, fundamentado en el principio de curso forzoso de la moneda, cualquier cláusula, permitiendo el pago por otro medio sustitutivo: cláusulas oro, valor oro, moneda extranjera, serán ilícitas. Analiza minuciosamente el tema de la adaptación del contrato bajo el régimen del nominalismo imperativo, especialmente tratando de intentar dentro del mismo la licitud de las denominadas cláusulas de escala móvil, en especial el análisis de la voluntad de los contratantes exprimida en las cláusulas y su proyección en el orden público.

La problemática de la autonomía del contrato, a la vista del orden económico, le lleva a distinguir entre los datos o presupuestos económicos y la separación entre orden monetario, y el contenido de la obligación monetaria y los datos jurídicos y la separación entre el orden monetario y el contenido de la obligación monetaria. Analiza dentro del primer orden de cuestiones temas, como el de la unidad monetaria y la obligación monetaria, y dentro de él, la posibilidad de hablar de una verdadera esencia de unidad monetaria y la unidad monetaria. "fórmula" de la obligación monetaria.

Pone de relieve como uno de los aspectos más interesantes de la historia de la moneda el de la desmaterialización progresiva de los medios de pago. Sus causas. Concluye que puede afirmarse que los medios de pago son símbolos o representación de las unidades monetarias que contiene la deuda.

Pero todavía hay que distinguir esta relación de representación o equivalente entre la unidad monetaria y los medios de pago de la relación de la moneda y los bienes y servicios, distinción que sirve al autor para llegar a establecer la que a su vez existe entre el problema de la entidad de la obligación monetaria y el del nominalismo monetario.

El capítulo II está dedicado al análisis del contrato y el orden económico. MOHAMAD EL-GAMMAL llega a una conclusión del análisis llevado a cabo en el tema sobre los principios monetarios: la de que, de hecho, ésta no es sino la cuestión de la función que la voluntad debe de tener en el ordenamiento de la economía del contrato. La controversia, más que en las instituciones monetarias mismas, debe situarse en una perspectiva mucho más amplia, poniéndose en tela de juicio incluso la construcción misma del Derecho privado.

El Código francés es expresión de una concepción filosófica, económica y social determinadas, consecuencia de la misma es la idea que los juristas tienen del contrato, concepción puramente subjetiva, fijada de una vez para siempre. El contrato es un acuerdo de voluntad, generador de derechos subjetivos; las leyes interpretativas o supletorias no son sino desarrollo de esa, acuerdos de voluntades. No obstante la creciente intervención del Estado en el dominio económico, y, por tanto, en las relaciones contractuales, lleva a una creciente preponderancia de lo "objetivo" sobre lo "subjetivo".

La esfera de la privilegiada libertad contractual se ve así invadida, quebrantándose sus principios tradicionales, hasta llegar a hablarse por algunos de una verdadera "crisis contractual". Es interesante a este res-

pecto la distinción que lleva a cabo entre "acuerdo de voluntades" y autonomía de la voluntad, cuando fundamenta la defensa de la pervivencia del contrato como generador de derechos e instrumentos para cumplir intereses privados.

El contenido del contrato no depende únicamente de la voluntad de los contratantes, sino también del Ordenamiento jurídico objetivo, de la Ley, según las transformaciones del medio económico en el que tiene lugar.

Todo ello le conduce a distinguir en su análisis entre la distinción entre el contrato y su contenido y la apreciación del contenido del contrato. El fundamento del contrato se encuentra, en tesis de nuestros tiempos, en su fin económico: la necesidad del cambio. No siempre la voluntad es, por sí misma, su propia Ley; en ocasiones, la determinación del contenido del contrato encuentra su fundamento en la organización económica de la Sociedad y no en el principio de la autonomía de la voluntad. El contrato es un instrumento indispensable para el cambio. Desarrolla la idea, que tiene un verdadero interés en cuanto a la justificación de la construcción y funcionamiento del mismo.

También reviste especial interés, dentro del trabajo que analizamos, el tema del contenido del contrato y la libertad contractual, igualdad de las partes contratantes, contratos forzosos contenidos del contrato y orden económico, liberal o dirigido; revisión de la teoría de la causa en relación con el tema del contenido del contrato: causa como la razón de ser económica de la obligación, etc.

De todo ello concluye cómo la evolución del orden económico no supone, en ningún caso, destrucción de la concepción del contrato, que sigue siendo la "expresión de necesidades económicas eternas".

A continuación estudia las repercusiones de la transformación del orden económico liberal sobre la organización de los contratos: equilibrio económico y libre determinación de los precios; libre determinación de los precios y crecimiento y crecimiento económico y dirigismo privado. La evolución hacia la regulación consciente de los precios. La aparición de un orden económico nuevo. El "fin económico" penetra en el jurídico y produce efectos de derecho. Aparición de la noción de "orden público económico", idea que entraña, no sólo la defensa de la libertad de contratar, sino la más amplia de defensa de la libertad económica. Economía dirigida, cuyos principios necesariamente modelan, a su vez, la economía del contrato.

La respuesta a la evolución de las circunstancias económicas da lugar a la aparición en la esfera contractual de una serie de cláusulas a través de las cuales las partes hacen variar el contenido contractual en función a las mismas.

El autor procede a un sistematizado estudio de ellas; estudia la cuestión de su validez, dentro del orden legal existente, la jurisprudencia ante las mismas. Y no sólo en el orden de las relaciones de Derecho privado interno, sino también en la esfera de las relaciones internacionales.

Pone de relieve cómo la jurisprudencia ha acertado al subrayar que el control económico de las cláusulas, previniendo las fluctuaciones, debe de ser un control económico. Una serie de normas que aparecen en Derecho francés, a partir del año 1958, lo llevan a cabo; analiza estas normas, así como la doctrina que se origina en torno al tema. Dentro de las muchas ideas interesantes que MOHAMAD EL-GAMMAL recoge en estas páginas, la de la concepción mercantil de la Sociedad, frente a la idea civil de la misma, como colaboración económica dentro de la empresa; en la esfera mercantil importa la posibilidad de hablar de una teoría de las Sociedades de Derecho económico. Y esto en orden a que la noción

de Sociedad ha tenido el mérito de poner de manifiesto los elementos objetivos del contrato

En el capítulo II se estudia la organización autoritaria del contenido contractual en respuesta a las circunstancias económicas. Comienza por adelantar que toda tentativa de otorgar a los jueces poder, en cuanto a la determinación del contenido contractual, se inspira en la noción de "imprevisión", ya que sólo en cuanto a lo que fue imprevisible para las partes juega este poder. No supone la adaptación del contrato un atentado a su fuerza obligatoria, sino precisamente su afirmación. La posibilidad judicial de adaptación se deduce de la interpretación de la voluntad de las partes, está implícita en ella. Sin embargo, repugna a una concepción típica liberal del contrato, en la que todo cambio está en principio interdicto, sino se produce en el momento en el que las voluntades son expresadas.

En realidad, el adaptar el contrato, modelándolo a las circunstancias sobrevenidas, deberá de ser obra del legislador y en oposición a la voluntad contractual. Divide el tema en: la busca de la limitación del contenido del contrato por previsión de las partes en el cuadro de las técnicas clásicas y en el de las nuevas técnicas. Todavía dentro del primer orden de ideas distingue entre que la previsión del cambio de circunstancias tenga lugar en el momento de la formación del contrato o durante su ejecución. Así como también analiza la reacción de la doctrina liberal ante la noción de imprevisión.

Se estudian las doctrinas del término extintivo tácito: en toda relación contractual de duración se entiende implícita una "cláusula *rebus sic stantibus*". La jurisprudencia ha mirado con hostilidad esta "voluntad de inestabilidad contractual". La doctrina de la limitación del contenido contractual es régimen de vicios de la voluntad; vicio del consentimiento, error. Lesión.

Durante la ejecución del contrato es especialmente relevante la situación creada por la fuerza mayor, en orden a la limitación del contenido contractual. MAZEAUD y TUNC, que se revelan contra la concepción clásica de la fuerza mayor, afirman que contenido de la obligación y fuerza mayor son nociones complementarias. Fuerza mayor, en términos de la nueva doctrina, no es siempre un suceso irresistible e imprevisible; es sencillamente el nombre que se da a un suceso que impide al acreedor obtener el resultado buscado, aunque el deudor haya empleado la diligencia debida. Una vez que ha delimitado el concepto de fuerza mayor, juega él mismo con la teoría de la imprevisibilidad y la quiebra de las condiciones económicas del contrato.

Siempre dentro de las técnicas tradicionales, la noción de la imprevisibilidad y la reacción de la doctrina liberal es tema en el que se apuntan una serie de ideas que tienen un evidente interés; para el autor del trabajo, la noción de imprevisión es el reflejo del principio de la autonomía de la voluntad y de una visión imperfecta de la naturaleza de la inestabilidad de las economías modernas.

Después estudia la organización imperativa del contenido contractual, por las nuevas técnicas, como remedio a las circunstancias excepcionales y como necesidad de una economía en crecimiento. En periodos de penuria y depresión, la intervención legislativa dicta una serie de remedios, ejemplos típicos, los regímenes excepcionales de arrendamiento de viviendas, los precios tasas, la fijación de salarios, etc.

La segunda parte del libro está dedicada a la suerte del contrato y las circunstancias económicas.

Es innegable que la interdependencia entre las circunstancias económicas de nuestros tiempos y el contrato nos trae una fisonomía nueva del mismo. No obstante, sigue siendo un acuerdo de voluntades creado

para un fin práctico Y es necesaria su adaptación a las nuevas circunstancias.

Una cuidada sistematización del tema se lleva a cabo en las páginas siguientes a través del estudio de algunos de sus aspectos fundamentales: el fenómeno de la disociación entre las sanciones tradicionales y la adaptación de los contratos. Y la adaptación misma.

El primero le lleva a analizar el fenómeno de la disociación entre la nulidad y la adaptación, partiendo de la idea principio que con carácter de dogma priva en el Derecho civil: el de la nulidad del contrato contrario a la norma de derecho. Las razones prácticas de la disociación; el círculo de teorías de la nulidad. El fundamento teórico de la disociación, la distinción entre las reglas relativas a la formación del contrato y las que hacen referencia a su contenido. Y las manifestaciones de la disociación: la sanción del contrato inadaptado desde su formación.

El análisis de materia tan erizada de dificultades se lleva a cabo con un profundo conocimiento del tema y poniendo de relieve aquellos aspectos que enlazan con su proyección en materia de adaptación del contrato. Después establece el dominio respectivo de la nulidad y la adaptación.

"La determinación de la sanción, aplicable al contrato que viola el orden público, escribe FARJAT, depende de la respuesta a dos cuestiones distintas: ¿qué es lo que es ilícito en las relaciones contractuales?, ¿qué conviene anular en el contrato?"

Finalmente, se detiene en las manifestaciones de la disociación: sanción del contrato inadaptado desde su formación. Sanción del control de las cláusulas que pretenden variar el contenido contractual en respuesta a las circunstancias económicas, sanción de las reglas organizando el contenido contractual en respuesta a las circunstancias económicas.

Muchos otros aspectos de la cuestión son objeto de este estudio exhaustivo de materia tan erizada de dificultades, con un conocimiento del tema que abarca a toda la problemática del mismo. No podemos, sin embargo, ni siquiera llevar a cabo una enumeración de los mismos. La que hemos acabado de hacer es muestra del rigor con que se trata la materia.

Para finalizar el trabajo se lleva a cabo el estudio de la adaptación en sí misma, la naturaleza jurídica de la adaptación. La adaptación es, a juicio del autor, una ejecución directa de la norma legal violada. O también una ejecución inmediata de la norma legal violada. En el primer aspecto se plantea dos supuestos: el de la adaptación y la ausencia de texto legal, que le lleva a cuestionarse si será inevitable pronunciar la nulidad o anulabilidad ante la ausencia de texto que expresamente establezca la modificación del contrato y la adaptación y el análisis de la voluntad de las partes. En cuanto al supuesto de ausencia de texto legal, decidiendo la adaptación, se han llevado a cabo tentativas doctrinales para substraer el contrato del régimen general de la nulidad; las estudia. Y por lo que respecta a la adaptación y la voluntad de las partes, es sabido que la anulación del contrato es función de la voluntad de los contratantes. ¿Es necesario proceder a la busca de la voluntad antes de optar por la ejecución directa de la norma violada? En primer lugar, analiza, para responder a la cuestión, la función de la búsqueda de la voluntad en la nulidad, la función de la voluntad en la determinación de la extensión de la nulidad. Después, la del carácter imperativo de la adaptación.

En cuanto a la adaptación como ejecución inmediata de la regla legal violada, le lleva a analizar los efectos del contrato y el principio de la supervivencia de la Ley antigua, la adaptación y la aplicación del

principio del efecto inmediato de la Ley nueva a los efectos del contrato.

Y, finalmente, hace detenida referencia a la que denomina "organización práctica de la adaptación", es decir, a las distintas modalidades de su aplicación.

El trabajo que comentamos intenta demostrar que no existe hoy una debilitación del derecho contractual como consecuencia de las circunstancias económicas de nuestros días, sino una problemática de la adaptación del contrato a dichas circunstancias. Problema tanto técnico como psicológico.

Adaptar un contrato a las circunstancias económicas no es sino buscar cómo su contenido puede ser ordenado en función del "medio" económico. La evolución de la estructura económica y social impone cada vez más la determinación racional del contenido del contrato en función de la conjuntura económica, determinación que no puede ser obra de las voluntades individuales, sino del orden jurídico objetivo.

A través de la obra de MOHAMAD EL-GAMMAL, la construcción de la doctrina de la adaptación del contrato a las circunstancias económicas sobrevenidas, buscando la pervivencia del negocio, impidiendo los efectos de la nulidad y de la anulabilidad, se nos aparece claramente sistematizada en una lógica conexión de principios y conceptos.

TERESA PUENTE MUÑOZ,
Profesor Adjunto de Derecho Civil.

MORELLO, AUGUSTO: *Indemnización del daño contractual* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967), 2 vols.; I. *Teoría general del incumplimiento*, 306 págs., y II. *Del daño en particular y su reparación*, 290 págs.

INTRODUCCIÓN.

Como dice el autor en "Palabras iniciales": "el tema... es uno de aquellos que, a pesar de su familiaridad para el hombre de Derecho, constituye, sin duda, zona peligrosa y quebradero de cabeza. El profesional, cuando se ve en la necesidad de transitar esta zona, lo hace sin una deseada seguridad".

MÉTODO.

La problemática intrincada y el carácter complejo no tolera reducciones simplistas, la solución es "ir fraccionando las numerosas dificultades" y "acercarnos, con paso firme, a las soluciones" Luego, "ordenamos los desarrollos en torno a los ingredientes constitutivos de la figura, en particular el daño resarcible, su determinación y liquidación, ajustándonos a un esquema flexible, como lo es la realidad del tráfico que debíamos aprehender. Todo ello desde las perspectivas sustancial y procesal y acompañados de una doctrina jurisprudencial muy rica y actualizada".

PROPÓSITO.

"Procurando explicar, analizar y esclarecer el heterogéneo haz de problemas que se enlazan en esta interesante parcela del Derecho de obligaciones" y "dominan sector tan importante del Derecho económico privado".

ESTRUCTURA.

Volumen I. "Teoría general del incumplimiento". Comprende XII capítulos, distribuidos en cuatro partes. La primera se refiere a la Responsabilidad contractual (I), La culpa contractual (II); y El problema de la acumulación de ambas responsabilidades (III).

La segunda se ocupa del Incumplimiento, en los capítulos IV al VII.

La tercera, de la Imputabilidad (VIII); Incumplimiento doloso y culposo de la obligación (IX); Extensión del deber de reparar en la responsabilidad contractual. Sus límites (X).

La cuarta parte comprende dos capítulos: el primero (XI), referido al Caso fortuito, y el segundo (XII), sobre Teoría de la improvisación. Onerosidad sobreviniente.

Volumen II. "Del daño en particular y su reparación". Quinta parte: Capítulos XIII y XIV, sobre el daño; la Sentencia de daños (XV y XVI) y la Indemnización como deuda de valor (XVII) Sexta parte: Capítulo XVIII, de la Prescripción de la acción de indemnización. Séptima parte: XIX a XXIII, el Proceso de daños. Visión de conjunto.

Cada uno de los volúmenes concluye con una lista de los autores citados, con referencia a la página correspondiente, y un Índice Analítico de conceptos.

El volumen II añade un Índice de Sentencias importantes, correspondientes a los dos volúmenes.

Cada uno de los capítulos de la obra acaba con una abundante referencia bibliográfica.

RESUMEN.

El autor diferencia entre culpa contractual y extracontractual, y después de tratar los casos "puros", se ocupa de los casos límites o dudosos. Se ocupa del problema de la unidad de la culpa y concluye el punto, diciendo que "la... bifurcación no es tajante. En el linde aparecen las dudas y el criterio de política necesariamente tiene que ser elástico".

"En torno a la noción de contrato, se impone una distinción fundamental, con la denominada simple relación obligatoria u obligación, en el sentido tradicional y clásico de esta palabra".

En tema de incumplimiento se trata del imputable, de la lesión al interés contractual del acreedor y del incumplimiento como acto ilícito.

El autor diferencia, en formas de inejecución, el incumplimiento total o absoluto; parcial; tardío (mora); temporario o definitivo y defectuoso o irregular

"Caracterizado el fracaso del cumplimiento por la frustración del objeto de la prestación, es necesario además, para que surja la responsabilidad por el incumplimiento, que de él se haya seguido un daño al interés contractual del acreedor; que medie una relación de causa-

lidad entre el incumplimiento y el daño, y que tal incumplimiento repose en una causa de imputabilidad, con lo que queremos decir que es preciso que exista una acción u omisión subjetivamente atribuida al deudor y la de éste debe hacerse cargo".

Después se estudia el dolo y la culpa en la teoría del incumplimiento; los límites de la responsabilidad contractual del deudor; la problemática del caso fortuito y la teoría de la imprevisión. Este último punto se trata "a través de recientes aplicaciones jurisprudenciales y con especial referencia al tema de daños".

El daño es tratado con todo detalle: primero se estudian las nociones generales, y después, los perjuicios que deben ser resarcidos. En opinión del autor, la responsabilidad contractual se integra "con un doble y diferente contenido: 1.º El valor de la cosa prometida y frustrada por culpa del obligado. 2.º Además, el valor de los daños y perjuicios causados al acreedor a raíz del incumplimiento". Este punto se desarrolla después a través de los temas de la función del resarcimiento y del daño moral. Para el autor, "el Derecho, no sólo protege a la persona en su integridad y en su patrimonio económico, sino también en su patrimonio moral o afectivo"; por lo mismo, la indemnización por daño moral no constituye en sí misma ninguna sanción en el concepto de pena, y el resarcimiento sólo procederá, siempre que estén acreditados los presupuestos que condicione su acogimiento.

En cuanto a la sentencia de daños, "se integra en su pleno sentido condenatorio con dos categorías sucesivas de normas individuales, que recién configuran el mandato concreto (prestación de dar cantidad cierta y líquida de dinero) y cuantificado en su segundo momento". El autor se detiene en el tema de la cuantificación de la indemnización. Bajo la misma rúbrica: la sentencia de daños; se trata del resarcimiento de la deuda pecuniaria. "El responsable del daño adeuda intereses por la indemnización que debe abonar". "Conviene señalar que una constante jurisprudencia tiene consolidado el criterio de que las costas forman parte integrante de la indemnización de daños y perjuicios..., con excepción de casos muy especiales".

"El acreedor lo es de una deuda de valor, no dineraria, con todas las implicancias que se derivan de esas categorías tan notables en sus diferencias y en las repercusiones económico-jurídicas. Lo perseguido por el actor no es el cumplimiento de una obligación dineraria sujeta a la tiranía del nominalismo, sino el reintegro (o compensación) de un valor que no es susceptible de otra expresión técnica que en moneda, esto es, en unidades ideales de valor. "Aquí la moneda (representativa del valor del daño indemnizable) no juega como objeto de la obligación de resarcir, sino como unidad de medida (de valor) de aquella obligación reparatoria".

La acción personal se rige por el plazo de diez años. Cuando el cumplimiento de la obligación... se torna imposible por culpa del deudor, la obligación primitiva, sea de dar o de hacer, o no hacer, se convierte en la de pagar daños e intereses. Son cargas a satisfacer por el actor en la demanda de daños: formular con la debida discriminación los montos respectivos de los diversos rubros que comprende el total de la pretensión resarcitoria y proporcionar los datos necesarios para que la contraparte pueda aceptar o no el reclamo, produciendo en su momento la prueba que haga a su derecho.

En terreno procesal se estudia el problema de la competencia y las medidas cautelares; "es criterio que priva en la Jurisprudencia, el de que la acción por daños y perjuicios no autoriza el embargo preventivo", pero este criterio restrictivo "no es, sin embargo, unánimemente compartido".

Se trata después de la conducta de las partes, de las cuestiones que integran la relación procesal y de la admisión de la pretensión. Es muy usual formular una estimación provisional de daños en la demanda. La prueba del daño es considerada con detenimiento. Se estudia, especialmente la valoración de la prueba y la determinación de la indemnización por árbitros.

Otros temas tratados: el problema de la incidencia de la depreciación monetaria, como "hecho notorio". La reparación integral. El cómputo de la depreciación monetaria y el resarcimiento de los intereses. Momento en que se fija la indemnización. La ejecución de la sentencia y honorarios.

CONCLUSIÓN.—Acabemos con palabras del autor: "Aunque no sería juicioso depositar en los resultados obtenidos esperanzas demasiado optimistas, pensamos, sí, que el intento puede dejar algún fruto beneficioso, desde que la labor de sistematización permitirá mostrar, ante las rebeldías a enfrentar, salidas aceptables y ciertos cánones mínimos que han de ayudar a la búsqueda de las respuestas".

ELÍAS IZQUIERDO,
Abogado

VISMARD, MARCEL: *L'Adoption*, Paris, Librairies Techniques, 1968
118 págs.

Es cosa general en todos los sistemas jurídicos el aumento de interés por la institución de la adopción. A esta corriente se suma ahora el autor, presidente honorario del Tribunal de Apelación de París, comentando la evolución del Derecho francés, que ha venido a culminar en la Ley de Reforma del Código civil de 11 de julio de 1966 y disposiciones complementarias. El Derecho francés, que se encontraba en un estado inferior en este punto al de nuestra Ley de 24 de abril de 1958, ha pasado ahora a ser incluso más progresivo que el nuestro, de acuerdo con las modernas corrientes de favorecimiento de la institución. Para nosotros la cuestión es de actualidad innegable, por haberse anunciado hace poco la preparación de una nueva Ley más progresiva por la Comisión General de Codificación. Notemos también que no se limita el autor a ocuparse exclusivamente de su país, procurando ofrecer en cada punto amplios datos de Derecho Comparado, en buena parte siguiendo la pauta de ANCEL en su clásica obra *L'adoption dans les législations modernes* (1958); es de lamentar, sin embargo, que los datos posteriores no sean exhaustivos y puestos totalmente al día, cosa que ocurre con el estado actual legal y jurisprudencial de la institución en España y con la falta de mención del nuevo Código civil portugués. (En este sentido creemos que hubiera sido muy útil la consulta de la sección correspondiente de la obra de SAARIO por nosotros comentada en el número de noviembre-diciembre de la revista.)

Tras un breve apunte histórico el autor divide su estudio en las dos categorías de "Adopción plena" (que en buena parte ha venido a sustituir a la clásica "Legitimación adoptiva") y "Adopción simple" ("menos plena" en nuestra terminología). Pueden adoptar plenamente bien un matrimonio, bien una persona, con el consentimiento delcón-

yuge no separado legalmente en su caso; requiérese la edad de treinta y cinco años, la cual se rebaja a treinta cuando se trata de dos cónyuges con cinco años de matrimonio. La diferencia de edad con el adoptado será de quince años, salvo que se trate de un hijo del otro consorte, bastando entonces diez años, o bien por dispensa del presidente de la República. Siguese precisando la falta de descendientes legítimos, condición que es de orden público interno e internacional. La edad límite para ser adoptado es la de quince años, tras un periodo mínimo de acogimiento de seis meses; de ser posible, se requerirá su consentimiento. Si no es así, deben manifestarlo el padre o padres naturales o el Consejo de Familia, con un posible plazo de retractación de tres meses si el Tribunal no lo estima abusivo. No pueden pronunciarse adopciones múltiples sobre una misma persona. Fuera de lo dicho, no se conocen otras diversas prohibiciones que muchas legislaciones imponen.

La declaración de adopción es pronunciada por el "Tribunal de Gran Instancia" del domicilio del adoptante, que debe comprobar si la misma es conforme al *interés del menor*. Contra ella caben los recursos ordinarios del sistema procesal francés. La sentencia se transcribe en el Registro de Estado Civil, viniéndose a convertir en "una verdadera acta de nacimiento del adoptado". En cuanto a efectos de la adopción, confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen, excepto en impedimentos matrimoniales; tiene aquél, en suma, los mismos derechos y obligaciones que cualquier hijo legítimo (nombre y apellidos, títulos nobiliarios, adquisición de nacionalidad, sometimiento a la patria potestad y a la administración legal de bienes, tutela en su caso, obligación de alimentos recíproca y derechos sucesorios). La adopción plena es irrevocable.

En cuanto a la adopción simple, su publicidad registral es distinta, pues sólo es objeto de anotación marginal. No rompe los vínculos con la familia de origen, singularmente los sucesorios. No transfiere la nacionalidad, aunque, en conformidad con el Código de la Nacionalidad, puede ser causa de una naturalización privilegiada. Las obligaciones de alimentos se extienden tanto al adoptante como a la familia de origen. El vínculo de parentesco entre adoptante y adoptado se extiende a los hijos legítimos de éste. El apellido del adoptante se añadirá al de origen del adoptado, salvo decisión del Tribunal. Pero el adoptante ejercerá la patria potestad y otorgará el consentimiento para el matrimonio. Los impedimentos matrimoniales se extienden entre adoptante, adoptado y sus respectivos cónyuges y descendientes. Desde la reforma, adoptado y descendientes legítimos se equiparan a los hijos en cuanto herederos del adoptante y de los bienes de la familia. Esta adopción puede revocarse por motivos graves apreciados soberanamente por los Tribunales, pero sin efecto retroactivo.

Respecto a los conflictos de leyes, expone el autor los dos criterios de aplicación de la ley personal del adoptante o del adoptado, si bien se muestra partidario de una aplicación cumulativa, si bien en cuanto a los efectos, deberá aplicarse la ley del adoptante en la adopción plena y la del adoptado en la menos plena, siempre a reserva del orden público francés (prohibiciones de adopción). Se destaca aquí la importancia del Convenio de 1964/65 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (que quizá, dada la identidad de criterios con la reforma, hubiera podido comentarse más ampliamente) y del Convenio Europeo de 1967.

Los capítulos restantes nos introducen en la materia de los organismos sociales sobre adopción y protección a la infancia en el Estado francés, para terminar con las disposiciones transitorias de la Ley de

reforma (las legitimaciones adoptivas se equiparan a las adopciones plenas y las adopciones antiguas a las simples), y con unas conclusiones del autor resaltando el carácter humano de la adopción por encima de su conceptualización jurídica.

La obra de cuyo contenido hemos ofrecido una apretada relación, está escrita en un estilo muy preciso y directo, y enriquecida con abundantes notas de jurisprudencia.

PEDRO ANTONIO FERRER SANCHÍS,
Doctor en Derecho y Profesor Ayudante.
Valencia