

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.—1953.

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8 .

MADRID

TOMO XVI
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMLXIII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rdquez. San Pedro, 32. Madrid.

El concepto de causa en el negocio jurídico

LUIS DIEZ-PICAZO FONCE DE LEON

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Causa en el Derecho romano.—III. Domat y Pothier.—IV. Causa en los ordenamientos latinos.—V. Causa en los ordenamientos germánicos.—VI. Replanteamiento. Necesidad de una diferenciación. VII. Causa de la atribución.—VIII. Causa de la obligación.—IX. Causa del negocio.

I. PLANTEAMIENTO

El concepto de “causa” en la teoría del negocio jurídico es, seguramente, uno de los conceptos más oscuros y difíciles de aprehender, dentro de la doctrina y la técnica del Derecho civil. Es justa y merecida esta fama de oscuridad que la teoría de la causa viene tradicionalmente arrastrando consigo. Tratar de esclarecerla, o, por lo menos, contribuir, de alguna manera a esclarecerla, es una finalidad plausible. Desde este punto de vista, las líneas, que a continuación se insertan quieren ser solamente una aportación, una modesta contribución a este necesario esclarecimiento de la teoría de la causa.

Pero no es solamente su tradicional dificultad lo que dota a la teoría de la causa de un relieve singular dentro de las instituciones jurídico-civiles. Es que, aunque otra cosa a primera vista pueda creerse, lo que está empeñado en ella no es un mero juego conceptual, sino algo que tiene una honda repercusión práctica. Una pluralidad de conflictos típicos de intereses tiene, en la teoría de la causa, el centro de gravedad de su solución normativa.

Mencionemos, o recordemos, únicamente por vía de ejemplo, los siguientes:

a) *El problema de la admisibilidad o inadmisibilidad de los negocios abstractos.*—Se habla de negocio abstracto para designar a un negocio jurídico que aparece desligado e independizado de su “causa” y que funciona con completa independencia de ella, es decir, que funciona abstracción hecha —de aquí su nombre: “abstracto”— de cual sea esta causa. El negocio abstracto constituye un intento de independizar un efecto jurídico de las posibles vicisitudes, anomalías o irregularidades de que pueda adolecer el iter negocial causante de este efecto. Se trata, en definitiva, de que el efecto jurídico se produzca, a pesar de estas irregularidades, anomalías o vicisitudes y que el destinatario o

beneficiario del efecto jurídico no tenga que contar con ellas, ni pueda quedar afectado por ellas. Se comprende, en seguida, que desde este ángulo el llamado negocio abstracto no es una simple entelequia o un juego de conceptos, sino el eje cardinal de toda una manera de concebir el tráfico jurídico que quiere fundarlo sobre una idea de seguridad. Cuando hablamos, por ejemplo, de una transmisión abstracta del dominio, significamos que el dominio se transmite por medio de un negocio formal y abstracto de transmisión, sin tener en cuenta los actos jurídicos a que esta transmisión, en definitiva, obedece —v. gr.: compra, donación, etc.—, de tal manera que, aunque en estos negocios exista una anomalía, una irregularidad o un vicio, el efecto traslativo se produce; y el accipiente adquiere el dominio y el tradente lo pierde. Cuando hablamos, por ejemplo, del carácter abstracto de un título valor significamos que el portador legítimo del título puede exigir el crédito o ejercitar el derecho incorporado en el título con independencia de los actos o negocios que dieron lugar a la creación de dicho título, v. gr.: aunque el “deudor cartáceo” no esté, según ellos, obligado a pagar.

Todo el problema de la admisibilidad del negocio abstracto y de sus relaciones con el llamado “negocio causal” depende —la razón es obvia— del concepto de causa en el negocio jurídico.

b) *El problema de la tipicidad y de la atipicidad de los contratos.* Tipicidad significa adecuación del negocio jurídico concreto celebrado en la vida real, del negocio real, por tanto, con el negocio jurídico tal y como es contemplado por el ordenamiento jurídico —el que podríamos llamar “negocio hipotético normativo”—. Lo que define y lo que delimita los tipos contractuales o los tipos negociales es la función que realizan, la finalidad que desempeñan dentro de la vida social, el resultado o los resultados empíricos que con ellos tratan las partes de obtener.

Se comprende, en seguida, que la tipicidad —por tanto, también la atipicidad— se encuentran en función de algo que, entre nosotros, se viene denominando “causa del negocio”. El mismo entronque con el tema de la “causa” presenta la figura del negocio jurídico indirecto, donde se utiliza un tipo negocial para obtener una finalidad diversa o un resultado empírico distinto del asignado a dicho tipo.

c) *El problema de la relevancia jurídica de la intención individual perseguida con el negocio y su tratamiento jurídico.*—Es sabido que existen determinados negocios jurídicos en los cuales el ordenamiento jurídico necesita dar relevancia a los fines o a las motivaciones individuales con el fin de condenarlos a la ineficacia, porque por otro camino estos negocios gozarían de plena y completa validez. Es el caso de las donaciones o atribuciones patrimoniales realizadas para obtener o para recompensar una unión sexual ilícita o para obtener o para recompensar un acto ilícito (v. gr.: cohecho, soborno, pacto con un sicario, etc.). Se habla en este caso, para justificar la inexigibilidad de la promesa, de una ineficacia del negocio. Pero como los presupuestos y los requisitos —voluntad, declaración, capacidad, objeto, forma, et-

cétera— se encuentran en regla es menester hablar entonces de un vicio causal y así se dice que hay en ellos una causa inmoral o una causa ilícita que es determinante de la ineficacia.

d) *El problema de la simulación.*—Con la simulación las partes pretenden crear, para sus propios fines o intereses, una apariencia negocial, que puede encubrir un negocio real —caso de la llamada simulación relativa (v. gr.: se encubre una donación simulando que es una compraventa) —o que puede no encubrir ningún otro negocio, sino simplemente una situación real— caso de la simulación absoluta (v. gracia: se simula vender para no aparecer como propietario).

Una parte importante de la doctrina del Derecho civil ha tratado de situar el problema de la simulación dentro de la teoría del consentimiento, negocial y de sus vicios, como un caso de discordancia entre la voluntad y la declaración o entre lo querido y lo declarado. Pero, con mayor rigor, se ha observado que aquí no hay realmente un vicio de consentimiento, ni un consentimiento viciado, ni tampoco una discordancia o una divergencia entre la voluntad y la declaración. Existe lo que podríamos llamar la “voluntad negocial de crear la apariencia” y ésta es una voluntad enteramente libre y sin vicios. Lo declarado concuerda perfectamente con esta voluntad. El problema no radica en la voluntad, sino en la “causa”. Lo que las partes no han querido —más aún, lo que han excluido de una manera expresa— es la efectiva producción del resultado empírico que normalmente de su negocio debía derivar. No hay causa en el negocio. El negocio se funda, según esto, en una “causa inexistente”.

e) Toda una serie de cuestiones, muy amplia y compleja, que sería prolijo enumerar, guarda una relación, directa o indirecta, con el concepto de causa. Pensemos, por un momento, en los contratos sinalagmáticos, donde es tradicional decir que cada prestación o que cada obligación es causa de la prestación o de la obligación recíproca, y, por lo tanto, en la resolución de los contratos sinalagmáticos por incumplimiento, que se produce, según una vieja máxima, “causa data causa non secuta”. Pensemos también en el equilibrio de las prestaciones y en los mecanismos ideados por el ordenamiento jurídico para resolver las cuestiones que suscita la ruptura de este equilibrio (lesión, rescisión, etc.).

Toda esta gama, amplísima de cuestiones, tiene su centro de gravedad en la idea de causa. Lograr un concepto claro de lo que la causa sea, parece esencial para fundar adecuadamente la solución de todos estos problemas prácticos, de todos estos conflictos de intereses. Se justifica, también de esta manera, el retorno al problema secular de la causa en el negocio jurídico.

II. CAUSA EN EL DERECHO ROMANO

En las fuentes romanas la palabra “causa”, utilizada en un sentido jurídico o referida a un fenómeno o a una situación jurídica, ofrece una variedad de significaciones y de matices, que apenas permiten llegar a

resultados definitivos sobre una idea unitaria. Las fuentes no han sido, en realidad, objeto de un estudio definitivo en este punto. Contamos, sin embargo, con una serie muy estimable de datos recogidos en el Diccionario de HEUMANN SECKEL y con los referidos en un trabajo de GEORGESCO, de los que, entre nosotros, se ha ocupado U. ALVAREZ, al estudiar el tema de la causa en la tradición (1). No es posible, repito, con base en estos textos, llegar a unos resultados definitivos, pero es sumamente conveniente un examen de los mismos, aunque sea somero, porque puede arrojar alguna luz sobre el debatido y confuso problema con que nos enfrentamos. ¿Cuáles son estos significados de la palabra "causa" en los textos romanos?

a) Causa es, o puede ser, ante todo, un supuesto de hecho o una "facti species", que asigna u ocasiona una consecuencia jurídica a una situación jurídica. La situación jurídica o la consecuencia jurídica son entonces un efecto que el ordenamiento jurídico liga a la producción del supuesto de hecho. Desde este punto de vista se dice, por ejemplo, que el contrato es causa de la obligación y en un texto famosísimo de GAYO entre las "fuentes" de donde proceden las obligaciones o relaciones obligatorias se mencionan "varias figuras de causas" ("ex variis causarum figuris") (2). La causa de la "obligatio" es el hecho productor, el hecho constitutivo, la fuente: aquel o aquellos supuestos de hecho, a los cuales el ordenamiento liga el nacimiento de una relación obligatoria y que, por tanto, se presentan como fuente a la que se atribuye el valor de evento creador de la obligación.

b) En materia de servidumbre se habla de una "causa perpetua servitutis". La servidumbre ha de tener, se dice, una "causa perpetua" (3). Ahora bien ¿a qué obedece esta perpetuidad de la servidumbre y, sobre todo, cuál es la "causa de la servidumbre"? Parece claro que al hablar de "causa perpetua" de la servidumbre se quiere indicar que la necesidad que viene a llenar y el fin empírico o práctico, que con ella se trata de obtener, no puede ser transitorio, ni temporalmente limitado, sino, por el contrario, eminentemente duradero, intransitorio. Causa de la servidumbre será, por tanto, la finalidad práctica que la servidumbre viene a llenar, la función económica que ha de desempeñar y a la que sirve (4).

c) Otras veces "causa" es un motivo subjetivo, de entre los que impulsaron a las partes a verificar un acto o un negocio jurídico, pero que no siempre tiene que poseer transcendencia para el derecho. A veces este motivo impulsor del acto o del negocio jurídico es una representación —una representación mental, es decir, una "vorstellung"—

(1) Las citas en U. ALVAREZ, "El problema de la causa en la tradición", Madrid, 1945, págs. 17 y sigs. a quien seguimos en este punto.

(2) Dig. 44, 7, 1, pr.: "Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris".

(3) Cfr. BRONDI, "Istituzioni di Diritto Romano", Milano, 1956, págs. 289 y sigs.

(4) Cfr. BRONDI, loc. cit., pág. 281.

de un resultado jurídico. Así, por ejemplo, un aforismo muy conocido repite secularmente que "falsa causa non nocet" (5).

Cuando este motivo impulsor influye de alguna manera o posee transcendencia en la suerte del acto o del negocio jurídico este influjo o esta transcendencia tampoco son uniformes. En ocasiones la "causa" así entendida, es una causa irregular, que hace al negocio nulo o anulable; otras, en cambio, la causa lo hace invulnerable a toda impugnación. En el primero de estos sentidos se habla en las fuentes de un negocio "quod metus causa gestum erit" (6), es decir, de un negocio que fue realizado a causa del miedo. El miedo puede ser así la causa de la celebración o de la realización de un negocio jurídico. Es una causa irregular, inadmisibles y el negocio puede por ello ser impugnado. En el segundo de los sentidos antes mencionados, se dice también en las fuentes de algo que vale y es invulnerable "quia iusta et honesta causa est" (7) porque está fundado, porque obedece a una causa justa y honesta.

d) En algún momento "causa" en los textos es lo que en lenguaje moderno denominaríamos base o fundamento del negocio (8), es decir, aquella situación que ha sido tomada en cuenta por las partes al celebrar el negocio y también la finalidad perseguida o la finalidad que se ha tratado de obtener. PAULO, al distinguir las diversas posibilidades de un "dare", menciona la figura de un "dare ob causam", es decir, de una "datio" o entrega, que se hace con el fin de obtener una contraprestación o teniendo a la vista, contemplando o esperando un evento futuro (9).

e) En una relación muy estrecha con la idea anterior se encuentra el sentido de la palabra causa, cuando es amplia y reiteradamente utilizada dentro de la teoría de la "condictiones". Los tipos de "condictio" relacionados con la idea de causa son varios:

1.º *Condictio causa data non secuta*.—Tratándose de negocios "do ut des" y "do ut facies", la parte que ha cumplido la prestación puede pedir, se dice, a la parte incumplidora que restituya la cosa prestada o entregada y cuyo correspondiente o contraprestación no ha recibido, ejercitando una condictio que recibe el nombre de "condictio causa data causa non secuta". La contraprestación, que se había de recibir, según lo pactado o lo estipulado, actuaba como causa de la "datio". Al faltar la efectiva realización de la contraprestación falta sobrevenidamente la causa (causa non secuta) y por eso puede repetirse lo entregado (10).

(5) ALVAREZ SUÁREZ, op. cit., pág. 18.

(6) Dig. 4, 2, 1: cfr. ALVAREZ SUÁREZ, op. cit., pág. 18.

(7) Dig. 24, 3, 20: cfr. ALVAREZ SUÁREZ, ibidem.

(8) Sobre el tema, LARENZ, "Base del negocio y cumplimiento del contrato", trad. esp., Madrid, 1955.

(9) ALVAREZ SUÁREZ, op. cit., pág. 19; D'ORS, "Elementos de Derecho Privado romano", Pamplona, 1960, pág. 287.

(10) IGLESIAS, "Derecho Romano.—Instituciones de Derecho Privado", Barcelona, 1953, vol. 2.º, pág. 99.

2.º *Condictio ob causam datorum*.—Aunque a veces coincide y se confunde con la anterior, puede de alguna manera distinguirse de ella. Causa es aquí lo que antes nosotros llamábamos base o fundamento del negocio. SCHULZ ofrece el siguiente ejemplo de aplicación de la “*condictio ob causam datorum*” (11). Ticio entrega a Cayo una suma de dinero en concepto de dote y reclama después la restitución, ejercitando la *condictio*, porque el proyectado matrimonio no ha llegado a celebrarse. La celebración del matrimonio actúa aquí como causa de la dación dotal en el sentido de que es la base de la celebración del negocio, la situación tenida en cuenta o contemplada al celebrarlo. Si el matrimonio no llega a celebrarse, falla o desaparece dicha base y el negocio pierde todo su sentido. Se habla también, en tales casos, de una “*condictio ex causa finita*” (12).

3.º *Condictio ob turpem vel iniustam causam*.—Cuando el que recibió la “*datio*” actuaba “*adversus bonos mores*” (13) o contra una prohibición legal, el autor de la *datio* podía reclamar la restitución de lo dado mediante una “*condictio*”. Causa es aquí también la contraprestación ilegal o inmoral prometida o recibida a cambio de la entrega.

4.º *Condictio sine causa*.—Cuando un enriquecimiento o una atribución patrimonial carece de un fundamento que el ordenamiento jurídico considere bastante para justificarlo, con carácter subsidiario y siempre que no exista una acción especial y típica, se dispone de este tipo de *condictio* para obtener la restitución o el resarcimiento.

De un modo general, merece recordarse aquí (14), que la “*condictio*” —de “*condicere*”, emplazar para un juicio— es una acción civil que sanciona una obligación crediticia, es decir, una “*actio certae creditae pecuniae*” de carácter marcadamente restitutorio. Por eso la idea de causa en la teoría de las *condictiones* hay que referirla siempre a una “*datio*”, a una entrega. Causa es causa de la “*datio*”, es decir, lo que modernamente conocemos o denominamos como fundamento jurídico de una atribución patrimonial.

f) En un sentido hasta cierto punto semejante al anterior se emplea de una manera frecuente y reiterada en las fuentes la palabra “*causa*” en materia de “*traditio*”. “*Sive venditionis causa, sive ex donationis sive quavis alia causa*”, se dice en un texto de GAYO, también famosísimo (15). Y en otro texto, igualmente famoso, de PAULO, se dice que “*nunquam nuda traditio transfert dominium, si ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit*” (16). Causa de la “*traditio*” es un hecho antecedente que justifica un traslado o una transmisión del dominio y que determina la eficacia o la ineficacia de esta transmi-

(11) SCHULZ, “Derecho romano clásico”, trad. esp. de SANTACRUZ TEJERO, Barcelona, 1960, pág. 590.

(12) IGLESIAS, op. y loc. cit., pág. 118.

(13) SCHULZ, op. cit., pág. 591.

(14) D'ORS, op. cit., págs. 57 y sigs.

(15) Inst., II, 26.

(16) Dig. 41, 1, 31.

sión (17). Prescindamos ahora de si este hecho antecedente, que se tomó como justificación del traslado del dominio, es alguno de los tipos negociales clásicos (“solutio”, “emptio”, “donatio”, “dos”, “credittum”) o simplemente el acuerdo sobre la transmisión (“animus transferendi et acquirendi dominium”). Lo que parece cierto es que causa de la “traditio” es un cierto negocio jurídico antecedente que determina y justifica esta especial forma de “datio” en que la traditio consiste.

* * *

El Derecho romano no llegó nunca más allá. La idea de “causa” no parece haber tenido nunca, ni parece haberse utilizado en un sentido técnico definido. Por el contrario, la impresión que se extrae contemplando los textos con imparcialidad y sin prejuicios doctrinales, es precisamente la contraria, esto es, la de una absoluta falta de fijeza, la de una total carencia de significado técnico y una radical equivocidad o plurivocidad del término. Causa es, a veces, causa eficiente (v. gr.: causa de la obligación); otras causa final (v. gr.: “causa non secuta”); otras motivo impulsor (v. gr.: “metus causa”); otras en fin, base del negocio (v. gr.: “causa finita). Causa es, a veces, causa del contrato o del negocio (v. gr.: “mortis causa”) y, otras, causa de una atribución patrimonial (v. gr.: “datio ob causam”). ¿Cabe extraer de todo ello un sentido unitario? La respuesta es dudosa, pero parece en principio que ese sentido unitario no puede encontrarse en las fuentes romanas, sino en la elaboración llevada a cabo por la doctrina posterior.

III. DOMAT Y POTIER

El Derecho romano, como habíamos dicho, no llegó nunca más allá del punto en que lo hemos situado. Y en los intérpretes del Derecho común la idea de causa y los problemas en torno a la causa continúan girando alrededor de los mismos polos, hasta que DOMAT, como señala agudamente PLANIOL, provoca un cambio subversivo en la doctrina. El nombre de DOMAT, dice DUALDE, marca una era en la historia de la doctrina de la causa (18). A él se le ha atribuido la cualidad de creador de esta doctrina por él explicada o sustentada, y lo cierto es, añade el autor citado, que es, por lo menos, el responsable del mal giro que la teoría toma. ¿Cuál es la razón de este hecho sorprendente? Henri CAPITANT, en su clásica monografía, lo explica de una manera brillante (20) DOMAT es uno de los más ilustres representantes de la escuela del Derecho natural racionalista, hasta el punto de haber sido

(17) Sobre este sentido también GOYENA, “Concordancias, motivos y comentarios del Código civil”, Madrid, 1852, vol. 3.º, pág. 31.

(18) “Conceptos de la causa en los contratos”, Barcelona, 1949, pág. 72.

(19) *Ibid.*, pág. 72.

(20) “De la causa de las obligaciones”, trad. esp., Madrid, 1922, pág. 160. Vid el pasaje también recogido en BONET RAMÓN, Notas a la traducción española de DABIN, “La teoría de la causa”, Madrid, 1955, pág. 23.

llamado el restaurador de la razón en la jurisprudencia (21). Sus predecesores, se dice, se habían contentado con interpretar, glosar y comentar los textos y las leyes romanas, pero sin emprender la tarea de separarse del *Corpus Iuris Civilis*, ni intentar un sistema nuevo y racional de Derecho civil (22). DOMAT, en cambio, trata de exponer las leyes civiles "dans un ordre naturel". Es, pues, el racionalismo cartesiano aplicado a la Ciencia del Derecho lo que constituye la novedad metodológica que DOMAT aporta y, de paso, lo que subvierte el problema de la causa en el Derecho civil (23).

Examinando los textos clásicos (24) DOMAT llega a la conclusión de que la causa —la existencia de una causa— es un requisito esencial de toda obligación, hasta el punto de que puede decirse que no hay obligación sin causa: "nulla obligatio est sine causa" (25). Reten-

(21) CAPITANT, *Op. cit.*, pág. 160.

(22) "DOMAT ha sido, dice PLANTOL en su "Traité élémentaire de Droit Civil", 8.ª edic., París, 1921, tomo 2.º, pág. 343, el creador de la teoría de la causa. Antes de él DOMOULIN y D'ARGENTRE la ignoraban y los tratadistas de Derecho consuetudinario más antiguos, que hablan de causa alguna vez, toman esta palabra en un sentido completamente distinto, como, por ejemplo, BEAUMANOIR cuando dice que todos los convenios producen obligación salvo aquellos que son hechos por malas causas."

(23) Sobre la obra y la figura de Jean DOMAT, vid. WIEACKER, "Historia del Derecho Privado de la Edad Media", trad. esp., Madrid, 1957 y las obras allí citadas, de VOLTZEL, "Jean Domat", París, 1936 y de BAUDELLOT, "Un grand juriconsulte du XVII siècle: "Jean Domat", París, 1938.

(24) Sobre la doctrina de DOMAT sobre la causa vid. cumplidamente DABIN, *op. cit.*, pág. 174 y sigs.

(25) Vid. "Les lois civiles par leur ordre naturel", París, 1756.—DOMAT trata de esta materia en la Parte primera de su libro, que dedica a las obligaciones (des engagements), en el libro primero (des engagements volontaires et mutuels par les conventions), título primero (des conventions en général), sección primera (de la nature des conventions et des manières dont elles se forment). En esta sección se suceden tres epígrafes (números 4, 5 y 6) donde el autor enseña sucesivamente: "cuatro clases de convenciones por cuatro combinaciones del uso de las personas y de las cosas"; "ninguna convención obliga sin causa"; "las donaciones tienen su causa".

El texto literalmente transcrito dice así:

"4. Les communications et les commerces pour l'usage des personnes et celui des choses sont de quatre sortes, qui font quatre espèces de conventions. Car ceux qui traitent ensemble, ou se donnent réciproquement une chose pour une autre, comme dans une vente et dans un échange: ou font quelque chose l'un pour l'autre, comme s'ils se chargent de l'affaire de l'un et de l'autre; ou bien l'un fait et l'autre donne, comme lorsqu'un mercenaire donne son travail pour un certain prix; ou enfin un seul fait ou donne, l'autre ne faisant ou ne donnant rien, comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de l'affaire d'un autre; ou que l'on fait une donation par une pure libéralité.

"5. Dans ces trois premières sortes des conventions, il se fait un commerce où rien n'est gratuit, et l'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre. Et dans les conventions même où un seul parait obligé, comme dans le prêt d'argent, l'obligation de celui qui emprunte, a été précédée de la part de l'autre de ce qu'il devoit donner pour former la convention. Ainsi l'obligation qui se forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un des contractants a toujours sa cause dans la part de l'autre; et l'obligation serait nulle si dans la vérité elle étoit sans cause.

gamos esto porque es muy importante: lo que a DOMAT le interesa fundamentalmente es la "causa obligationis", la causa de la obligación. Lo que ocurre es que en DOMAT la diferencia conceptual entre obligación y contrato —entre "contractus" y "obligatio contracta"— es confusa. Por ello causa de la obligación y causa del contrato parecen ideas sinónimas. Se confunden. Se produce así por obra de esta confusión la gran novedad conceptual. La idea de causa, que hasta entonces ha vivido fundamentalmente en el terreno de las atribuciones patrimoniales (adquisición, datio, traditio, etc.), penetra y se sitúa en la teoría general del contrato.

El defecto de origen está probablemente, como decía hace un momento, en la confusión entre obligación y contrato, de la que DOMAT no se ha liberado todavía, de la que no se liberará fácilmente la doctrina posterior y de la que aún en nuestros días hay muestras abundantes a lo largo de nuestro mismo Código civil. Bastaría recordar el art. 1.098, cuando habla del "tenor de la obligación", el artículo 1.100 —"cuando la obligación lo declara"— o el artículo 1.104 —"cuando la obligación no exprese..."—, etc. Se confunden, así, como decíamos "contractus" y "obligatio contracta", es decir, el contrato como negocio jurídico bilateral creador de la relación obligatoria y la relación jurídica que deriva o que emana de este acto, pero que puede uacer de actos distintos. La confusión, sin embargo, se produce y causa de la obligación y causa del contrato serán en adelante la misma cosa o, por lo menos, cosas cuya distinción no es fácil ni se realiza nítidamente.

La solución que DOMAT da al problema de cual sea la causa de una obligación es la siguiente (27). En los contratos, dice, en los que dos individuos se dan recíprocamente cosa por cosa o se prestan mutuamente algún servicio, la obligación de cada una de las partes constituye el fundamento o la causa de la obligación del otro (28); en aquellos contratos en que una sola de las partes parece obligada, como en el préstamo, pero en que ha precedido una entrega, esta entrega es la causa de la obligación de restituir; en las donaciones y en los demás contratos, en que uno sólo hace o da, es decir, aquellos contratos donde hay una obligación única, la causa de ésta no puede consistir en el hecho actual del otro contratante, cuyo papel se limita a la mera aceptación. ¿Cuál es entonces la causa? La causa, dice DOMAT, es "un motivo justo y razonable" (29). Este motivo hace las veces de causa. DOMAT señala algunos ejemplos de estos posibles motivos: un servicio

"6. Dans les donations et dans les autres contrats où l'un seul fait ou donne, et où l'autre ne fait et ne donne rien, l'acceptation forme la convention. Et l'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable est juste, comme un service rendu ou quelque autre mérite du donataire ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de le part de celui qui reçoit et ne donne rien."

(26) Cfr. "Los llamados contratos forzosos", en A.D.C., 1956, págs. 85 y sigs.

(27) DOMAT, *supra cit.*, núm. 5.

(28) DOMAT, *ibid.*

(29) DOMAT, *supra cit.*, núm. 6.

prestado al donante, cualquier mérito del donatario y, finalmente, "el mero placer de realizar un bien" (30).

La crítica del pensamiento de DOMAT sobre la causa ha sido tan reiterada y exhaustivamente realizada por la doctrina, que no parece necesario repetirla en este lugar. Aparte su error inicial y más grave —la aplicación de la idea de causa a la figura del contrato, que es lo que trastorna completamente toda la teoría—, cabe hacer a la construcción de DOMAT las siguientes observaciones:

a) No hay un concepto unitario de causa, sino tres conceptos enteramente distintos, como son la prestación y la contraprestación en los contratos sinalagmáticos, la entrega en los contratos reales respecto de la obligación de restituir y, finalmente, un motivo justo y razonable en las donaciones y en los demás contratos con obligaciones unilaterales.

b) No hay paralelismo ninguno entre los tres tipos de causas así delineados. Por una parte se subjetiviza radicalmente la idea de causa en los negocios gratuitos, hasta el punto de poder considerarse como causa cualquier motivo, con tal que sea justo y razonable. Y por otra, en cambio, se objetiviza totalmente cuando se señala como causa de una obligación la obligación recíproca en el contrato sinalagmático.

c) La tipificación de las causas se hace atendiendo a una clasificación que no guarda interna armonía. Hubiera sido lícito oponer la causa de los contratos sinalagmáticos a la causa de los contratos unilaterales; la causa de los contratos onerosos a la causa de los contratos gratuitos; y la causa del contrato consensual a la causa del contrato real. Lo que no es lícito es implicar y mezclar, confundiéndolas, tres clasificaciones distintas y escalonar unidos contratos sinalagmáticos, contratos reales y contratos gratuitos.

d) Existen todavía algunos contratos que escapan a la tipificación. Pensemos, por ejemplo, en el contrato de sociedad, en el de transacción o en el de compromiso en árbitros. En los mismos contratos unilaterales la cosa no es tan sencilla como parece pensar DOMAT. Un mandato sin retribución puede ser hecho por pura liberalidad del gestor o mandatario, pero puede ser hecho también en atención a otros fines (v. gr.: en atención a un interés del mandatario).

e) Cabe que coincidan en un mismo supuesto dos de los tipos contractuales enunciados. Por ejemplo, que el contrato sea real y sinalagmático. En un depósito retribuido. ¿Cuál sería la causa de la obligación de restituir del depositario?, ¿la anterior entrega de la cosa depositada o la retribución que va a obtenerse a cambio del servicio de depósito?

f) La clasificación o tipificación propuesta sólo contempla los contratos constitutivos de relaciones obligatorias, pero no los contratos modificativos o los contratos extintivos. ¿Qué decir de ellos? ¿Es que no tienen causa? Y, si la tienen, ¿cuál es esta causa?

(30) DOMAT, *ibid.*

POTHIER recoge e interpreta las ideas de DOMAT en su "Traité des obligations" (31). Comienza allí POTHIER exponiendo "lo que pertenece a la esencia de las "obligaciones "(capítulo 1) y dice:

"Es de esencia en las obligaciones, 1.º que exista una causa de donde nazca la obligación (32).

Y añade, a renglón seguido:

"Las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos y algunas veces la ley o la simple equidad."

Nosotros trataremos —sigue diciendo POTHIER— 1.º de los contratos que son la causa más frecuente de donde nacen las obligaciones; 2.º de las otras "causas de obligaciones"; 3.º de las personas que contratan entre sí, y 4.º de las cosas que pueden ser objeto del contrato" (33).

Con base en este razonamiento inicia POTHIER el estudio de lo que es un contrato, de en qué difiere de la policitud y de las cosas que principalmente deben distinguirse en cada contrato; enumera aquí los "esencialia", "naturalia" y "accidentalia negotii", pero no menciona para nada la causa (34). Pasa después a estudiar (art. 2) las diferentes divisiones de los contratos y más tarde (art. 3) los "vicios generales que pueden encontrarse en los contratos", mencionando el error (§ 1), el defecto de libertad (§ 2), el dolo (§ 3), la lesión entre mayores (§ 4), la lesión entre menores (§ 5) y el *defecto de causa en el contrato* (35).

Todo compromiso —dice POTHIER, desarrollando este último punto— ha de tener una causa honesta. En los contratos onerosos, la causa del compromiso —añade— que contrae una de las partes, está en lo que la otra parte le da, o se compromete a darle, o en el riesgo que asume. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiera ejercer para con la otra es una causa suficiente del compromiso para con ella. Cuando un compromiso no tiene causa o, lo que es la misma cosa, cuando la causa por la cual ha sido contraído es falsa, el compromiso es nulo y el contrato que lo contiene es nulo también (36). Y deduce POTHIER el siguiente ejemplo:

"Si creyendo lúcidamente deberos 10.000 libras, que os habían sido legadas en el testamento de mi padre, pero que habían sido revocadas en un codicilo del que yo no tenía

(31) POTHIER, "Traité des obligations", trad. esp. Barcelona, 1878, vol. 1.º.

(32) POTHIER, op. y loc. cit., pág. 5.

(33) POTHIER, *ibid.*

(34) POTHIER, pág. 6 y sigs.

(35) POTHIER, pág. 20 y sigs.

(36) POTHIER, pág. 39.

conocimiento, me he comprometido a daros cierta heredad en pago de dicha suma, ese contrato es nulo, por cuanto que la causa de mi compromiso, que era el saldo de dicha deuda, es una causa que ha resultado falsa; y por eso mismo, una vez acreditada la falsedad de la causa, no sólo no podéis tener acción alguna para haceros entregar la heredad, sino que, si os la hubiese ya entregado, yo tendría entonces acción para hacérosla devolver y esa acción se llama condicío sine causa” (37).

La doctrina de POTHIER sobre la causa presenta los mismos inconvenientes, ya apuntados, que la de DOMAT, de donde deriva. Pero, en aquella parte en que POTHIER modifica el pensamiento de DOMAT, merece su tesis alguna consideración o alguna observancia adicional:

a) Por de pronto resulta muy curioso que POTHIER distingue ya entre la causa de la obligación y la causa del contrato. “Es de esencia de la obligación —decía POTHIER— que exista una causa de donde nazca la “obligación”. En este sentido, añadía, las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos, y en algunas ocasiones la Ley o la simple equidad. Se equiparan así las ideas de “causa” de la obligación y de “fuente” de la obligación. Causa —en el sentido de causa eficiente— de una obligación es el supuesto de hecho constitutivo, al cual el ordenamiento jurídico liga el nacimiento de la relación obligatoria.

b) Como algo enteramente distinto de la causa de la obligación, entendida en el sentido que queda expuesto, aparece la causa del contrato. La idea de causa se liga ya —a partir de este momento— definitivamente con la teoría general del contrato. Pero es muy curioso en este punto observar que para POTHIER la causa no es un elemento integrante del contrato, ni tampoco un requisito o un presupuesto del mismo. No menciona la causa entre los “essentialia negotii”. Únicamente el defecto de causa es un vicio del contrato, como el error, el dolo o la lesión. En relación con este problema POTHIER nos dice dos cosas que son, a mi juicio, enormemente sugestivas: una, que todo compromiso ha de tener una causa honesta, con lo cual, implícitamente, se está admitiendo la posibilidad de una causa no honesta o deshonesta, que, sin embargo, sería causa también; otra, que la causa puede ser falsa y que esta falsedad de la causa provoca la nulidad del contrato.

c) La idea de POTHIER sobre la falsedad de la causa es también profundamente aleccionadora. Recordemos el ejemplo. Hay causa falsa —dice— cuando una dación en pago se hace sobre la presuposición errónea de la existencia de la deuda, lo cual parece dar a entender que la causa de la dación en pago es la deuda anterior —el legado en el ejemplo de POTHIER—. Ello es incongruente con su propia doctrina, pues una causa semejante no resulta, de ningún modo, de la tipifica-

(37) POTHIER, pág. 39.

ción que el mismo hace. Y demuestra, además, el sutil nexo, que todavía continúa existiendo, entre la idea de la causa y la teoría de las "condiciones". Puede reclamarse, por "condictio", dice POTHIER, lo dado en pago de una deuda inexistente, porque no existía causa o la causa era falsa.

d) En cuanto a la tipificación de las causas POTHIER trata de perfilar y modifica sustancialmente las ideas de DOMAT. Por de pronto en los contratos de beneficencia, en las donaciones, la causa no es ya "un motivo justo y razonable", como había dicho DOMAT, sino abstractamente la liberalidad del donante o del bienhechor.

e) Además, ya no se habla, como hacía DOMAT, de contratos en los que dos individuos "se dan recíprocamente o se prestan mutuamente", es decir, de contratos sinalagnáticos, sino de contratos onerosos. Y vale la pena recordar que el carácter sinalagnático y la onerosidad son cosas enteramente distintas; que onerosidad significa cambio o trueque de prestaciones, mientras que el sinalagma afecta a la reciprocidad de las obligaciones y, por tanto, a la estructura y al funcionamiento de la relación obligatoria ("exceptio inadimpleti contractus", etc.). Caben, por ello, contratos onerosos que no sean al mismo tiempo sinalagnáticos (v. gr.: mutuo con interés, etc.).

f) Respecto de los contratos onerosos ya no se dice que "la obligación de cada una de las partes constituya el fundamento o la causa de la obligación del otro", como había dicho DOMAT. En los contratos onerosos, dice POTHIER, la causa del compromiso, que contrae una de las partes, está en lo que la otra parte le da, o se compromete a darle o el riesgo que asume. En la primera parte de esta proposición —lo que le da, lo que se compromete a darle— se encuentra todavía la idea del juego de las prestaciones, pero en la segunda parte —el riesgo que asume —aparece un elemento enteramente nuevo—. Con ello parece haber querido POTHIER aludir a la subdistinción, que usualmente se efectúa, dentro de los contratos onerosos entre contratos commutativos y contratos aleatorios. Pero, de momento, retengamos esto: que para POTHIER "el riesgo que se asume" también puede ser la causa de un contrato.

g) Finalmente, se puede observar, que en su estructura interna, la clasificación de POTHIER es más lógica que la de DOMAT. Ya no se yuxtaponen tres subtipos diversos de contratos (sinalagnático, real y gratuito), sino que la tipificación se realiza con base en la dualidad de lo oneroso y lo gratuito que es, en sí misma, enteramente lógica. Desaparecen de la tipificación los contratos reales, cuya causa se determinará en cada caso, con arreglo a su carácter oneroso o gratuito.

Hasta aquí, muy sucintamente expuesta, la doctrina de POTHIER sobre la causa, que suministrará los materiales con que se tejen los ordenamientos civiles del grupo latino.

IV. CAUSA EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOS

La teoría de la causa de los contratos ha sido hasta este momento —finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX— una mera opinión o construcción doctrinal. Sin embargo, el influjo que, tanto DOMAT como POTHIER, ejercen en los redactores del Código civil francés (38), hará que esta construcción doctrinal se convierta en un elemento normativo y que lo que hasta ese momento fue sólo postura científica pase a ser una norma jurídica de indeclinable aplicación.

El Código civil francés, en su artículo 1.108, establece que:

Cuatro condiciones son esenciales para la validez de una convención:

El consentimiento de la parte que se obliga.

Su capacidad de contratar.

Un objeto cierto que forme "la matière de l'engagement".

Una causa lícita en la obligación ("dans l'obligation").

En los artículos 1.131 a 1.133 dentro de una Sección que lleva por rónimo "De la causa", se desarrolla el tema muy brevemente, en estos tres puntos:

1.º La obligación sin causa, o sobre una causa falsa, o sobre una causa ilícita no puede tener ningún efecto (artículo 1.131).

2.º La convención no es menos válida, aunque la causa no se exprese en ella (art. 1.132).

3.º La causa es ilícita cuando está prohibida por la ley o es contraria a las buenas costumbres o al orden público (art. 1.133).

Tampoco el Código civil francés llega más allá. Hay una evidente, una indudable influencia de DOMAT y de POTHIER, que lleva a los codificadores, como antes decíamos, a introducir la idea de causa como elemento normativo, y a elevarla a la categoría de requisito legal del contrato. Pero el Código civil francés se mantiene todavía dentro de unos límites muy moderados. Como observaciones generales cabe hacer las siguientes:

(38) BIGOT-PRÉAUMEU (Discours núm. 59), "Exposé des motifs de la loi sur les contrats ou les obligations conventionnels en général", dice refiriéndose a los preceptos correspondientes del Code, que "no hay obligación sin causa: La causa está —añade— en el *interés recíproco* de las partes o en la *beneficencia* de una de ellas". Vid también FAVARD, "Rapport fait au Tribunal" (Discours núm. 60), quien no añade más a la idea de BIGOT-PRÉAUMEU. Sobre los trabajos preparatorios del Código civil francés: MALEVILLE, "Analyse raisonnée de la discussion du Code Civil". París, 1804; FENET, "Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil", París, 1830.

a) En el C. C. francés no se define, con muy buen acuerdo, lo que se entiende o debe entenderse por causa del contrato y se deja este punto a la elaboración doctrinal y jurisprudencial. Tampoco se recoge la tipificación de DOMAT y de POTHIER, que, sin embargo, aflorará más tarde en nuestro Código civil.

b) El Código civil francés vuelve a confundir las ideas de causa del contrato y de causa de la obligación, pues, si por una parte la causa se considera como requisito de validez del contrato, este requisito se concreta en que existe una "causa lícita en la obligación".

c) El problema fundamental que el legislador francés parece haber querido resolver a través de la idea de causa es el de la repulsión o condena y, por tanto, de la invalidez de los contratos ilícitos o inmorales.

Del Code Napoleón pasan los preceptos sobre la causa de nuestro Proyecto de Código de 1851 (39), al Código civil italiano de 1865 (40)

(39) En el Proyecto de 1851 (cfr. GOYENA, op. y loc. cit., pág. 31 y sigs.) disponía su artículo 985 que "para la validez de los contratos son indispensables los requisitos siguientes: 1.º. Capacidad de los contrayentes; 2.º. Su consentimiento; 3.º. Objeto cierto que sirva de materia a la obligación; 4.º. Causa lícita de la obligación; 5.º. La forma o solemnidad requerida por la ley". Más tarde dedicaba el Proyecto al problema de la causa como requisito de los contratos cuatro preceptos, los artículos 997-1.000, en los cuales disponía sucesivamente: a) que "en los contratos onerosos se entiende por causa para cada parte contratante la prestación o promesa de una cosa o servicio hecho por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor" (art. 997); b) que "la obligación, fundada en una causa falsa o ilícita, no produce efecto legal" y que "la causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes o a las buenas costumbres (art. 998); c) que "el contrato será válido, aunque la causa en él expresada sea falsa con tal que se funde en otra verdadera" (art. 999); d) y que "aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario" (art. 1.000).

Por lo que se refiere a la definición de la causa del artículo 997 que, como hemos visto, no se encontraba en el Código civil francés, GOYENA (op. y loc. cit., pág. 39) confiesa que este artículo fué tomado del "Discours número 59 de BIGOT DE PREAMENET, refundiendo en él confusamente ideas de POTHIER. Con ello se convirtió en normativa una definición o una tipificación hasta entonces sólo doctrinal y curiosamente en normativa y vinculante exclusivamente para el Derecho español y no, en cambio, para el francés, donde nació y de donde fué recibida, que conserva en este punto su libertad doctrinal y jurisprudencial.

Sigue las ideas del Proyecto, GUTIÉRREZ, "Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil", 3.ª edic., Madrid, 1877, vol. 4.º, pág. 47.

(40) Seguía fielmente al Código civil francés.

a) "Los requisitos esenciales para la validez de un contrato son: la capacidad de contratar; el consentimiento válido de los contratantes; un objeto determinado que pueda ser materia de convención; una causa lícita de la obligación (art. 1.104).

b) La obligación sin causa o fundada en una causa falsa o ilícita no puede tener ningún efecto" (art. 1.119).

c) "El contrato es válido aunque no se exprese en él la causa" (art. 1.120).

d) "La causa se presume hasta que no se pruebe lo contrario" (art. 1.121).

y, finalmente, a nuestro vigente Código civil, el cual establece en su artículo 1.261 que:

“No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

- 1.º Consentimiento de los contratantes.
- 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato.
- 3.º Causa de la obligación que se establezca.”

Y en el artículo 1.274, bajo la rúbrica “De la causa en los contratos”, se dice que:

“En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.”

A la técnica de nuestro Código civil se le han hecho por la doctrina muchos reproches (41), que pueden resumirse así:

a) Vuelve a la tipificación de los autores clásicos franceses, con lo que no suministra un concepto de causa, sino que se limita a ofrecer tres tipos o tres criterios distintos también.

b) Estos criterios son entre sí incongruentes e inarmónicos: mientras en los contratos onerosos se busca un elemento objetivo (la obligación de cada parte tiene su causa en la obligación de la otra parte), en los contratos gratuitos se acude a un elemento puramente subjetivo y psicológico como es la “mera liberalidad”.

c) La distinción entre “contratos remuneratorios” y “contratos de pura beneficencia” es enteramente falsa, artificiosa y arbitraria, pues ambos son sólo subtipos o subespecies del género donación (cfr. artículo 622), como lo demuestra el hecho de que se hable de “pura beneficencia” y de “mera liberalidad”, con lo que implícitamente se admite una beneficencia que no es pura y una liberalidad que no es simple.

d) Limitándonos ya a los contratos onerosos, la explicación del artículo 1.274 sirve para los contratos sinalagnáticos y commutativos, pero no para los demás. El mutuo con interés es un contrato oneroso donde existen dos obligaciones a cargo del mutuuario —restitución y pago del interés— y ninguna a cargo del mutuante. Lo mismo cabe decir de los contratos aleatorios.

e) Todavía en el terreno de los contratos sinalagnáticos la línea tradicional decía o hablaba de “obligación como causa de obligación”. Nuestro Código desvirtúa esta idea y dice “prestación o promesa como causa de obligación”.

e) “La causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público” (art. 1.122).

(41) Cfr. CASTÁN. “Derecho civil español común y foral”, 8.ª edic., Madrid, 1952, I, vol. 2.º, pág. 524 y III, pág. 345. También PUIG BRUTAU, “Fundamentos de Derecho Civil, Barcelona, 1952, II, 1.º, pág. 152.

f) Finalmente puede señalarse que mientras en materia onerosa (do ut des) la idea de causa se emplea en el sentido de causa final (ut: para qué), en cambio tratándose de actos gratuitos causa se entiende como causa eficiente: el ánimo liberal.

El Código civil italiano de 1942 ha mantenido la línea causalista. En el artículo 1.325 enumera los requisitos del contrato y menciona la causa, junto al acuerdo de las partes al objeto y a la forma. Sin definir la causa, el Código se limita a decretar que es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres y cuando el contrato se realiza en fraude de ley (arts. 1.343 y 1.344), estableciendo el art. 1.345 que el contrato es ilícito cuando las partes se han determinado a concluirlo por un motivo ilícito común a ambas.

* * *

A partir del Code Napoléon, como hemos visto, la idea de causa se convierte en un elemento normativo, en un requisito legal de la validez de los contratos. Esta conversión de la causa en elemento normativo y esta elevación a la categoría de un requisito legal de validez del contrato, hacen que los intérpretes se vean forzados a investigar y a buscar la noción de causa, con el fin de aplicar rectamente la ley. Comienza así el penoso camino de las teorías.

a) *La línea tradicional.*—Trata de perfilar y de perfeccionar las ideas de DOMAT y de POTHIER y, en definitiva, de los redactores del Code Napoléon. La jurisprudencia francesa, por ejemplo, ha dicho en alguna ocasión que en los contratos gratuitos la causa es la liberalidad del donante y que en los contratos sinalagmáticos la obligación de cada contratante encuentra su causa en la obligación contemplada por él como debiendo ser ejecutada por el otro (42). Esta misma línea es sostenida por los comentaristas de nuestro Código civil (43).

La crítica de la línea tradicional ha quedado ya hecha líneas atrás y no creo que sea necesario insistir sobre el tema.

Modernamente se ha registrado una tentativa muy brillante de reconstruir, sobre los elementos del pensamiento tradicional, una original teoría. Me refiero a la postura doctrinal del profesor D'ORS en su "Relección sobre la causa" (44). Será necesario que nos detengamos en ella por un momento.

Un contrato, dice D'ORS, es un negocio jurídico en el que inter-

(42) Vid, en DALLOZ, "Code civil annoté", París, 1957; GRIQNET-VERGÉ, "Nouveau Code Civil annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine", París, 1900-1905; FUZIER-HERMAN, "Code civil annoté", Bar le Duc, 1934.

(43) MANRESA, "Comentarios al Código civil español", 6.^a edic., Madrid, 1943; DE DIEGO, "Instituciones de Derecho Civil", por COSSÍO-GULLÓN, II, Barcelona 1959, pág. 107 y sigs.; MUCIUS SCAEVOLE, "Código civil comentado", vol. XX, 2.^a edic., por MARTÍN PÉREZ, Madrid, 1958, pág. 796.

(44) D'ORS, "De la guerra y la paz", Madrid, 1954, pág. 159 y sigs. Una crítica de DESANTES GUANTER, "Una relección sobre la causa", A. D. C. VIII, 2, 1955, pág. 523.

vienen dos declaraciones conexas. Lo que caracteriza al contrato es que estas declaraciones bilaterales que lo componen, tienen fuerza vinculante para quien las emite (por esto, se distingue contrato y convención) (45). Pues bien, si a esas "declaraciones vinculantes" las llamamos promesas, resulta que un contrato se compone de dos promesas interdependientes. Llegados a este punto la conclusión es lógica. El negocio que llamamos donación no es un verdadero contrato, pues en él no hay más que una sola promesa. Una promesa aislada es una declaración primaria, sin causa jurídica. En cuanto a las "promesas interdependientes", pueden ocurrir dos cosas: que sean mera forma de cumplir una promesa anterior, y entonces tienen en ésta su causa, o bien que aparezcan aisladas. En este caso tienen un motivo (económico, psicológico), pero no una causa jurídica. Causa hay sólo en los contratos, en las promesas interdependientes. La causa jurídica de toda promesa contractual es siempre la contrapromesa. Cada promesa contractual es causa de la otra con la que se halla conectada (46). La gran aporía del contrato real se salva negando valor dogmático a esta figura que es un mero lastre histórico (47).

b) *La dirección objetivista.*—Hoy generalizada entre los civilistas italianos (48), ha encontrado en BETTI su más adecuada y fina expresión (49). Ante todo, una observación: la causa no se predica ya exclusivamente de los contratos, sino en general de todos los negocios jurídicos (50), con lo cual la teoría sufre un nuevo y profundo viraje.

Hay que superar, dice BETTI, una visión unilateral y atomista que ha podido llevar, a veces, a identificar la causa con singulares elementos del negocio y darle de esta manera una configuración dogmática inadecuada (51). Para BETTI la idea jurídica de "causa" hay que iluminarla desde la idea de la filosofía hegeliana de "razón" (Grund), contemplando el negocio entero (52). La "razón del negocio" es su "fun-

(45) Op. cit., pág. 166.

(46) Op. cit., pág. 168 y sigs.

(47) Op. cit., pág. 171 y sigs. Sobre el tema también JORDANO BAREA, "La categoría de los contratos, reales", Barcelona, 1958.

(48) CARIOTA FERRARA, "El negocio jurídico", trad. esp. Madrid, 1956, pág. 486 y sigs.; STOLFI, "Teoría del negocio jurídico", Madrid, 1959, página 37 y sigs.; FERRARA, Luigi, "Diritto Privato attuale", Torino, 1948, página 88; TORRENTE "Manuale di Diritto Privato", Milano, 1958, pág. 163. Entre nosotros sigue esta dirección, ALBADALEJO, "El negocio jurídico", Barcelona 1958, pág. 207 y sigs.

(49) BETTI, "Teoría generale del negozio giuridico", Torino, 1955, pág. 172 y sigs.

(50) La extensión de la teoría de la causa del terreno del contrato, donde tradicionalmente se encontraba situada, a la teoría general del negocio jurídico, es obra de la literatura jurídica elaborada en torno de esta figura, siguiendo la mecánica de la extensión, abstracción o generalización de las características generales del contrato. El problema de la causa cobra, con esta extensión nuevas perspectivas, pero aumentan también las dificultades: v. gr. causa en negocios unilaterales, sucesorios, de familia, etc.

(51) Op. cit., pág. 172 y sigs. en especial págs. 176 y 177.

(52) *Ibid.*, especialmente, pág. 183, nota.

ción económico social". El negocio, como acto de ejercicio de la autonomía privada, es ante todo un fenómeno social. Lo que hay que buscar entonces es la función típica de este fenómeno social: qué es lo que el derecho valora y tutela hasta el punto de elevarlo a la categoría de fenómeno jurídico preceptivo para sus autores. La causa, razón o justificación objetiva del negocio se encuentra en su función. Quien promete, dispone, renuncia o acepta, dice BETTI, no tiende pura y simplemente a obligarse, despojarse de un bien, transmitirlo o adquirirlo, sin otro fin, por el puro placer de realizar un acto que es fin en sí mismo, sino que mira siempre a alcanzar una de las finalidades prácticas típicas que rigen la circulación de los bienes y la prestación de los servicios en la vida de relación; obtener un equivalente, cambiar, dar crédito, terminar un litigio, etc. (53).

Esta idea fue acogida en la redacción del nuevo Código civil italiano, según se expresa en la *Relazione ministeriale*: la causa, se decía allí, no es el fin subjetivo perseguido por el contratante en el caso concreto, sino la función económico-social que el derecho reconoce como relevante para sus fines y que justifica la tutela jurídica de la autonomía privada (54).

La teoría objetiva es hoy criticada, sobre todo, porque no explica cómo un negocio típico, por lo tanto, con una función económico-social típica también, puede, en ocasiones, quedar afectado por el propósito o la intención específica perseguida por las partes (por ejemplo: donación con fin de unión sexual, etc.). Por otra parte, se ha señalado con una gran agudeza que la función económico-social del negocio puede ser un gran hallazgo científico, pero que en ningún caso cabe confundir esta idea con la causa. La función económico-social no actúa como causa (55). Lo único que puede ser, se piensa, causa del negocio es el intento o la voluntad de las partes de obtener esta función económico-social. Esto explica también que el intento práctico de las partes (56) tenga en muchas ocasiones relevancia jurídica y que esta relevancia jurídica del intento práctico, del resultado empírico perseguido no pueda encauzarse a través de la idea de causa, entendida con arreglo a una concepción objetivista. Se hace, pues, necesario valorar las motivaciones, sobre todo las motivaciones comunes a ambas partes; y esta valoración sólo encuentra su adecuado cauce a través de la figura de la causa. Es la causa la que permite tildar de nulo a un negocio inmoral o ilícito.

c) *La dirección subjetivista.*—Toma aquí su punto de partida. La jurisprudencia francesa había encontrado insuficiente muchas veces la antigua teoría para proteger la moralidad de las relaciones jurídicas y

(53) *Ibid.*, pág. 174.

(54) STOLFI, pág. 38, nota.

(55) Una crítica de la teoría objetiva de la causa en GIORGIANNI, "Causa del negozio giuridico", *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1960, vol. VI, páginas 547 y sigs.

(56) Sobre el intento práctico, también BETTI, pág. 185.

descendió por ello en ocasiones a examinar la intención concreta perseguida por las partes al realizar el negocio, el propósito específico que les a guiado a celebrarlo. A este propósito y a esta intención se llamará causa. La idea se consagra en la monografía ya clásica de CAPITANT (57) y en las últimas ediciones de la obra PLANTIOL-RIPERT (58). Causa, se dirá, es el motivo determinante de la obligación (59). Ahora bien, el campo de las motivaciones de la voluntad es amplísimo (móviles psicológicos, individuales, personales) y, por ello, necesariamente irrelevante desde el punto de vista jurídico (por ejemplo: error en el motivo). No todo móvil del negocio es causa, sino sólo el móvil determinante. Pero, ¿cuál es el móvil determinante? Para PLANTIOL sería una especie de móvil abstracto y general conforme a la naturaleza del contrato (por ejemplo: se compra para adquirir, se arrienda para usar, etcétera). Pero, así situados, estamos al lado de la misma teoría objetiva, mirándola desde otro ángulo (60). Cuando ROTONDI dice que la causa es “la representación subjetiva del resultado empírico que ha de conseguirse con el negocio” (61), está pensando en la función económico social como motor del autor del negocio. Sobre todo, concibiendo la causa como “motivo general determinante” (62), no se comprende cuando hay que atender, como antes señalábamos, a la intención concreta, que fue, como sabemos, el punto de arranque de la teoría. Se dirá que este móvil específico hay que buscarlo siempre que el contrato tenga un propósito ilícito o siempre que se suscita un problema de ilicitud, pero con ello se incide en flagrante contradicción, pues llegamos a dos conceptos distintos de causa, según la licitud o ilicitud del negocio. Por otra parte, la ilicitud de la intención no siempre daña al contrato (por ejemplo: compraventa de un arma de fuego) (63).

d) *La dirección sincrética*.—Combina las dos teorías, objetiva y subjetiva, diciéndonos que no se agota el tema de la causa del negocio con la determinación y descripción de su función, que es sólo la premisa de la indagación o el primer momento de ésta, sino que es necesario, además, confrontar la voluntad concreta de los sujetos y los fines que persiguen con la función jurídica del negocio, para ver si

(57) CAPITANT, “De la causa de las obligaciones”, trad. esp., Madrid, 1922.

(58) PLANTIOL-RIPERT, “Tratado práctico de Derecho civil”, trad. esp., Habana, 1940, vol. 6.º, pág. 347 y sigs., especialmente 353 y sigs.

(59) Vid. también JOSSEKAND, “Derecho Civil”, revisada por BRUN, trad. esp., Buenos Aires, 1950, II, vol. 1.º, pág. 106 y sigs. Entre nosotros parece seguir esta dirección ESPÍN “Derecho civil español”, Madrid, 1959, I, página 362 y sigs.

(60) Lo señala ya BETTI, op. cit., pág. 120 y sigs.

(61) “Istituzioni di Diritto Privato”, Pavía, 1951, pág. 136, la cita en CASTÁN, I, 2.º, pág. 517.

(62) JOSSEKAND, op. y loc., cit., pág. 106 y sigs. DEMOGUE, “Traité des obligations”, París, 1923, II, pág. 525.

(63) Además, concebida la causa como “motivo general determinante” habría que rechazar la figura del negocio o del contrato sin causa, admitida por el Código (art. 1.275), y sin embargo, incomprensible y absurda partiendo de un concepto de causa semejante, pues todo negocio fuera de la especie que fuera, obedecería a algún motivo determinante.

existe aquella coincidencia esencial que pueda justipreciar el nacimiento y normal existencia del negocio. El problema de la causa —dice PUGLIATI (64)— radica en la armonía entre la voluntad específica y concreta de los sujetos y el esquema preestablecido en la norma. A una fórmula unitaria se ha tratado de llegar también, entre nosotros, cuando se ha tratado de fundir en una sola fórmula el resultado práctico objetivo con el propósito de las partes sobre este resultado. Según esta idea la causa —razón que dota de sentido al negocio— sería el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica tutelada por el ordenamiento jurídico y explicaría el negocio sin causa (apariencia de negocio), el negocio con causa falsa (negocio que encubre otro (disinto) y la ilicitud que es la disconformidad del resultado o de la intención con la ley y con la moral (legalidad y moralidad del resultado; legalidad y moralidad del propósito).

V. CAUSA EN LOS ORDENAMIENTOS GERMANICOS

La idea de causa sigue una evolución completamente distinta de la hasta ahora examinada, en los ordenamientos jurídicos de tipo germánico. Ante todo, hay que tener en cuenta que el Código civil alemán se construye sobre una interpretación característica y muy especial de las fuentes romanas —el pandectismo—, lo que explica la absoluta falta de influjo que en el Derecho alemán tiene la línea de pensamiento procedente de DOMAT y de POTHIER y que el problema de la causa se centre por los pandectistas en torno, sobre todo, al estudio de las “condiciones”.

Nada tiene, pues, de extraño que en el Código civil alemán la idea de causa no se mencione para nada en la teoría del negocio jurídico, ni en la teoría general del contrato (65) y que, en cambio, aparezca en el título dedicado al “ungerechtfertigte Bereicherung”, esto es, al enriquecimiento injustificado (66).

Hay varios textos del B. G. B. sobre los que conviene llamar la atención (67):

(64) “Precisazione in tema di causa del negozio giuridico”, Nuova Riv. Dir. Commerciale, 1947; también en “Diritto Civile - Saggi”, Milano, 1951, pág. 105 y sigs.

(65) Cfr., p. ej., DERNBURG, “Das Bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens”, Halle, 1901, II, vol. 2.º, pág. 590 y sigs.; WINDSCHEID, “Diritto delle Pandette”, trad. it. de FADDA-BENSA, Torino, 1925, I, pág. 202 y sigs.; SOERGEL-SIEBERT, “Bürgerliches Gesetzbuch”, Stuttgart, 1960, I, pág. 358; LEHMANN, “Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches”, Berlín, 1960, página 128 y sigs.

(66) DERNBURG, op. y loc. cit., pág. 590 y sigs.; VON TUHR, “Tratado de las obligaciones”, trad. esp. de W. ROCES, Madrid, 1934, I, pág. 299; ENNECERUS-LEHMANN, “Tratado de Derecho Civil”, II, 2.º; LARENZ, “Derecho de Obligaciones”, trad. esp. Madrid, 1959, II, pág. 513.

(67) Tomo la traducción de MELÓN INFANTE, “Código civil alemán”, Barcelona, 1955.

812. "Quien obtiene algo sin causa jurídica (*rechtliche Grund*) por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución. Esta obligación existe, igualmente, si la causa jurídica desaparece después o si no produce el resultado perseguido con la prestación según el contenido del negocio jurídico".

821. "Quien contrae una obligación sin causa puede negar el cumplimiento, aunque haya prescrito la pretensión de liberación de la obligación."

En cambio, es sumamente significativo que el Código civil alemán evite cuidadosamente hablar de causa al tratar de la nulidad del negocio jurídico inmorale o ilícito (§ 138 B. G. B.) (68) e incluso al hablar de la promesa abstracta de deuda y del reconocimiento abstracto de deuda (§§ 780 y 781) (69).

Con todo ello "causa" en el Derecho alemán es siempre causa de una atribución patrimonial genéricamente entendida o, más estrictamente, de un negocio jurídico de atribución patrimonial. Por causa se entiende, según esta idea, aquella situación o aquel fenómeno jurídico, que permite justamente un desplazamiento patrimonial, la situación antecedente que lo justifica.

VI. REPLANTEAMIENTO.—NECESIDAD DE UNA DIFERENCIACION

Todo cuanto hasta aquí llevamos dicho nos ha ido proporcionando una serie de datos de inestimable utilidad para tratar de reconstruir y de fijar el concepto de causa. De todo este examen hay algo que llama en seguida la atención y algo que nos produce una cierta perplejidad. Es esto; una absoluta falta de homogeneidad no sólo en las diversas concepciones científicas, o en los diversos puntos de vista, sino también en los supuestos contemplados. Parece como si la idea de causa se estuviera aplicando a realidades diversas y como si se predicaran por ello conceptos diversos de causa. Lo que más ha contribuido probablemente a oscurecer el concepto de causa es la radical equivocidad con que tanto la doctrina como la jurisprudencia han empleado esta expresión. La equivocidad, esto es, el empleo de los términos o de las expresiones en sentidos distintos es una vez más uno de los más graves peligros de la ciencia del derecho.

Por de pronto deslinde mos dos acepciones que en derecho se da a la palabra causa: a), causa como aquel hecho o fenómeno al cual el ordenamiento jurídico liga automáticamente otro hecho o fenómeno distinto o liga un poder de una persona de implantar este nuevo hecho.

(68) Cfr. DABIN, *op. cit.*, pág. 365 y sigs.

(69) VON THÜR, *op. y loc., cit.*, pág. 186 y sigs.

o este nuevo fenómeno (hablamos, v. gr. de causas de extinción del usufructo, de la servidumbre; de causas de nulidad, de revocación, de rescisión; de causas del incumplimiento de una obligación, etc.); b), en un sentido diverso hablamos de causa para referirnos al fundamento de un negocio jurídico, esto es, a la razón que justifica el que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y la protección del ordenamiento jurídico. La doctrina razona de la siguiente manera: el ordenamiento jurídico no reconoce cualquier voluntad de las personas; es necesario que la voluntad se dirija a realizar una finalidad que el derecho objetivo considere merecedora de tutela.

Ahora bien al tratar de encontrar el fundamento de un negocio jurídico al que denominamos causa, podemos todavía establecer una distinción que parece importante, a saber: a), la idea de causa cuando se presentan dos situaciones negociales coligadas, y b), la idea de causa referida de negocio jurídico en sí mismo considerado.

a) Es frecuente que entre dos actos jurídicos exista un nexo de causalidad jurídico: uno de ellos se realiza como consecuencia del otro y tiene por ello su base y su fundamento en él, su misma razón de existir. No es extraño entonces que se emplee la expresión "causa" para referirse al acto básico.

Veamos algunos ejemplos que ilustran este fenómeno:

1.º Se habla de causa de una letra de cambio, para aludir a la serie de negocios jurídicos que dan origen a la emisión o al endoso de un título valor. Hay un negocio jurídico entre el librador y el librado por virtud del cual este admite que se gire a su cargo la letra (v. gr., una compraventa para pago del precio; un préstamo para su restitución; fin de garantía, etc.). Cuando decimos, usualmente que la letra funciona como un negocio abstracto, sobre todo, para el tercero portador de buena fe del título, aludimos a la irrelevancia de estos negocios causales en relación con el derecho de crédito del portador, pero es evidente que aquí causa está expresando un determinado nexo entre situaciones negociales diversas.

2.º Algo muy parecido acontece cuando hablamos de la iusta causa traditionis y del valor causal o abstracto de la traditio como negocio de transmisión del dominio. También aquí hay por lo menos dos situaciones negociales diversas, aunque ligadas: una compraventa, una donación, una permuta, etc. y un acto traslativo del dominio. La traditio es abstracta si se desliga su eficacia de la eficacia del negocio antecedente (causa), de tal manera que una traditio regular fundada sobre un negocio inválido o inexistente transmite el dominio, el tradens lo pierde y el accipiens lo adquiere. La traditio es causal, en el caso contrario. Pero lo que me importa retener ahora es precisamente esto: que hay dos diversas situaciones negociales ligadas por un nexo causal.

3.º La misma similitud hay en materia de pago indebido (causa del pago; *condictio sine causa*; idea de causa en el artículo 1.901). La causa de una *solutio* es una *obligatio*. Se paga porque hay obli-

gación de prestar. Una prestación sin obligatio origina una pretensión de restitución. Pero también aquí las situaciones contempladas son dos (obligatio y solutio), ligadas por un nexo causal.

4.º Algo parecido ocurre cuando tratamos de averiguar la causa de la transmisión de un crédito. La transmisión de un crédito encuentra siempre su explicación en una situación anterior. Un crédito se cede para hacerle una liberalidad al cesionario, para hacerle pago, porque ha comprado el crédito. La misma idea es aplicable en la asunción de deudas: se asume la deuda por puro favor hacia el deudor, porque el que asume la deuda es un debitor debitoris, etc. La misma idea vuelve a ser aplicable en materia de contratos en favor de tercero. Se estipula en favor del tercero, porque se le quiere hacer una liberalidad, un pago, etc.

Todo ello conduce a pensar que la aclaración del concepto de causa sólo es posible partiendo de una diferenciación y considerando como cosas distintas:

- a) Causa de la atribución.
- b) Causa de la obligación.
- c) Causa del negocio.

VII. CAUSA DE LA ATRIBUCION

Por "atribución patrimonial" (*Zuwendung*) puede entenderse todo acto por medio del cual se procura o proporciona a otra persona un beneficio patrimonial (70). La atribución —dice VON TUHR— es el acto por el cual una persona procura a otra ventaja patrimonial (71). El término "beneficio" se emplea aquí en su más amplio sentido. Puede consistir en un aumento de la fortuna o del patrimonio del accipiens (p. ej. adquisición de propiedad, o de otro derecho). Puede también consistir en impedir la producción de un quebranto patrimonial (*damnum cessans*). Puede, finalmente, consistir en una mera utilidad provisional (p. ej., comodato) (72).

El beneficio o la ventaja de accipiens puede coincidir con una correspondiente disminución del patrimonio del otro sujeto, en su actual consistencia económica, pero esto no es necesario. Si se da a otro el simple goce o uso de un bien o se presta un servicio o una actividad profesional, el patrimonio del *dans* no se altera, pero, a pesar de ello, hay un beneficio para el accipiens y un beneficio para el *dans*, ya que cede uno y adquiere el otro el uso del bien o el empleo de la energía. Que uno y otro reciban o no una contraprestación es otra cuestión que atañe a la onerosidad o a la gratuidad de la atribución.

(70) Para todo el capítulo cfr. NÚÑEZ LAGOS, "El enriquecimiento sin causa en el Derecho español", Madrid 1934.

(71) Op. y loc., cit., pág. 299 y sigs.

(72) LEHMANN, op. cit., pág. 145 define en general la "*Zuwendung*" como un negocio por el que se enriquece el patrimonio de otro.

El acto de atribución puede consistir en un negocio jurídico o en un mero acto jurídico. La fuente principal de las atribuciones patrimoniales, dice NÚÑEZ LAGOS (73), es el negocio jurídico, pero actos no negociales producen también desplazamientos patrimoniales o atribuciones. Una atribución patrimonial puede ser obra de un azar o de fuerza mayor. Puede ser obra de una conducta no negocial: el ejemplo típico de ello son los supuestos de *inedificatio*, *plantatio*, *satio*, etc. (p. ej., art. 358).

La doctrina (BEKER, REGELSBERGER, LIEBISCH, VON TUHR) (74) es acorde en este sentido. Una atribución patrimonial puede realizarse no sólo mediante un negocio jurídico, sino también con meros actos jurídicos; se citan además los casos de prestación de servicios, naturalmente siempre que no se hagan en cumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato de trabajo o el antiguo ejemplo del que da de comer al caballo ajeno la propia hierba o quien emplea a favor de otro las propias fuerzas intelectuales o físicas.

El problema de la causa de atribución patrimonial responde a esta necesidad social: todo desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro tiene que tener su origen y su fundamento en una razón que el ordenamiento jurídico considere justa. Una atribución y un desplazamiento de bienes sólo son mantenibles y protegibles cuando están fundados sobre una razón de justicia. Pensemos que una atribución patrimonial existe cuando se le paga a un sicario el precio de un crimen, cuando se hace una donación a una concubina o cuando se vende una cosa que no es propia.

Esta razón, que justifica al desplazamiento patrimonial, es lo que denominamos causa de la atribución. Ahora bien, antes de seguir adelante, conviene puntualizar nuestra idea y deslindar claramente la causa de la atribución patrimonial frente a la idea gemela de causa del negocio jurídico. Nosotros hemos aludido ya, y no lo vamos a repetir ahora, al conflicto doctrinal que existe en torno a la idea de causa en el negocio jurídico y las diversas posturas teóricas mantenidas al respecto, causalistas y anticausalistas, y, entre las primeras, subjetivistas (causa como motivación del negocio), objetivistas (causa como función típica del negocio) y sincretistas (causa como coincidencia entre el propósito práctico de las partes y el fin típico del negocio).

Pues bien, la causa de la atribución se suele confundir usualmente con la causa del negocio y así se dice, con un anticausalismo limitado, que de causa puede hablarse sólo en los negocios de atribución (no en los demás) y que, por tanto, son coincidentes las ideas de causa del negocio y de causa de la atribución.

Esta idea es equivocada. Por varias razones: 1.º Hay, lo hemos dicho ya, atribuciones patrimoniales que no tienen carácter negocial, que se producen sin que entre las partes se haya producido ningún negocio jurídico. Y es cierto que estas atribuciones no negociales precisan

(73) *Obra cit.*, pág. 17 y sigs., a quien sigo en este punto.

(74) Las citas también en NÚÑEZ LAGOS (*lugar cit.*).

también una causa, una razón que las justifique. 2.º Los negocios jurídicos que no entrañan atribución, incluso los negocios jurídicos no patrimoniales, tienen también su causa y esta causa asume un papel relevante en el desarrollo y en el tratamiento del negocio. Sobre esto asumimos una postura decidida (75): la causa es un elemento indispensable en los negocios jurídicos de cualquier clase que sean.

Pues bien, partiendo de estas ideas, es fácil establecer en seguida una radical diferencia entre la causa de la atribución y la causa del negocio. Causa de la atribución es, para nosotros, aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributario para recibir el desplazamiento patrimonial. En otras palabras, el atributario está jurídicamente facultado para recibir la atribución. Tiene derecho a ello. Ahora bien, este derecho le puede venir de un negocio jurídico o de una expresa disposición legal. En el primer caso la causa de la atribución es todo el negocio jurídico anterior que, a su vez, tiene también su causa (causa del negocio). Recordemos los casos que antes mencionábamos de la causa de la tradición o de la causa de una letra de cambio. La causa de la atribución es el negocio jurídico válidamente celebrado. Una atribución puede hacerse, por ejemplo, donandi causa o solvendi causa, pero entonces la causa de la atribución es la donación o un negocio respecto del cual la atribución sea solutio (v. gr.: compraventa). A su vez estos negocios tendrán su propia causa y esta causa del negocio repercute, si es irregular, en la irregularidad del negocio. Si el negocio se hace nulo, la atribución no tendrá causa. Pero la nulidad del negocio puede provenir de otras muchas razones.

El problema de la causa de la atribución es especialmente importante en las atribuciones abstractas. La atribución es abstracta, cuando queda desligada del negocio jurídico originador. Lo abstracto, por tanto, no es nunca el negocio, sino la atribución. En las atribuciones no abstractas la invalidez del negocio ocasiona la invalidez de la atribución. Como consecuencia, el atribuyente puede recuperar las cosas atribuidas donde quiera que estén. Un sistema como este hace enormemente inseguro el tráfico jurídico: la validez de mi adquisición no depende sólo de la validez de la adquisición del que me transmite, sino de toda una serie de transmisiones anteriores. Todo adquirente puede, en este sistema, verse expuesto a una ineficacia de su adquisición por razones completamente extrañas a él. En un sistema de atribución abstracta el desplazamiento patrimonial es eficaz, cualesquiera que sean los vicios de los negocios subyacentes. Si en algún momento faltó la causa, el atribuyente dispone de una pretensión de resarcimiento contra el atributario injustamente enriquecido. Las diferencias son notables: en el primer caso, el atribuyente recupera la cosa y su acción se dirige —de una manera real— contra quien la tenga; en el segundo caso, sólo tiene un crédito indemnizatorio dirigido contra quien se haya enriquecido injustamente.

(75) Cfr. "El negocio jurídico en el Derecho de Familia", R. G. L. J., 1962.

La causa de la atribución era, decíamos, el derecho del atributario a recibir el desplazamiento patrimonial. Esto lo ha captado magníficamente la jurisprudencia al decir que sólo se da la *condictio* cuando no compete un “derecho a la ejecución del acto” y que no hay enriquecimiento sin causa, cuando la atribución patrimonial nace de “un derecho que se ejercita sin abuso”. Este derecho tiene su origen, lo hemos dicho también, en un negocio válidamente celebrado o en una expresa disposición legal que expresamente consagre la atribución (por ejemplo: 358, etc.).

Cuando una atribución patrimonial carece de una válida causa el atribuyente dispone de una pretensión de resarcimiento. Es lo que se denomina la teoría del enriquecimiento injusto.

VIII. CAUSA DE LA OBLIGACION

Al exponer la doctrina tradicional sobre la causa en DOMAT y en POTIER hemos insistido en la inicial confusión entre causa de la obligación y causa del contrato y hemos señalado como algo que, en principio, quiso referirse únicamente a la obligación, se refirió también al contrato probablemente con un fruto de la confusión entre *contractus* y *obligatio contracta*. Todavía hoy, entre nosotros, el “requisito del contrato” es “una causa de la obligación”, que en el contrato se establece. Nosotros, sin embargo, debemos tratar de deslindar ambos conceptos: causa de la obligación y causa del contrato o, en general, del negocio jurídico.

GIORGI observaba agudamente como ambas ideas se encuentran en planos separados y contestan a interrogantes diversos (76). La causa de la obligación contesta a la pregunta “*cur debetur*”, esto es, por qué se debe (*causa debendi*, *causa obligationis*). La causa del contrato responde a la pregunta “*cur contraxit*”, es decir, por qué se contrajo, por qué se celebró el contrato (*causa contractus*, *causa negotii*) (77).

Pues bien, limitándonos ahora al primero de estos temas, es decir, a la determinación de cual es la causa de la obligación, nosotros deberíamos volver a POTIER, en su más auténtico sentido. Evidentemente tiene que existir una causa de donde nacen las obligaciones, pero es claro que “las causas de las obligaciones son los contratos, los cuasi-contratos, los delitos, los cuasidelitos, etc.”. Causa de la obligación o *causa debendi* es el fundamento jurídico de la existencia de una deuda, entendida como deber jurídico de realización de una prestación; es lo que justifica el deber de prestación (78). Pues bien, el fundamento justificativo de un deber de prestación es un supuesto de hecho o una

(76) “Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno”, trad. esp., Madrid, 1929, vol. 3., pág. 462 y sigs.

(77) GIORGI, en el lugar cit.

(78) Cfr. MESSINEO, “Dottrina generale del contratto”, Milano, 1952, página 69 y sigs.

“species facti” a la cual el ordenamiento jurídico liga el nacimiento o la producción de la obligación. Causa es el hecho constitutivo de la obligación, la fuente de la obligación. Se está obligado porque ha acaecido uno de estos supuestos de hecho a los cuales el ordenamiento jurídico liga la obligación. Se está obligado porque se ha celebrado válida y eficazmente un contrato, porque se ha realizado una conducta social típica, porque se ha dictado un acto administrativo o judicial o, finalmente, porque se ha presentado la hipótesis normativa de una obligación ex lege.

A la pregunta por la causa de la obligación nosotros no podemos contestar más. Causa de la obligación coincide con fuente de la obligación, como en el fondo habían ya entrevisto POTTER y los autores clásicos. No creo necesario insistir sobre ello.

IX. CAUSA DEL NEGOCIO

La pregunta es mucho más difícil si nosotros trasladamos el problema desde la causa de la obligación a la causa del negocio. Aquí la pregunta tiene sentidos diversos según el tema del interrogante se refiera a la causa determinante o eficiente del negocio o a la razón que justifica la tutela jurídica o la fuerza vinculante del negocio. En seguida nos damos cuenta de que ambas cuestiones enfilan perspectivas completamente distintas. La primera pregunta es por qué se realiza un negocio; la segunda por qué un negocio vale como tal, cuál es la causa de que reciba la protección, como tal negocio, del ordenamiento jurídico. Las teorías objetivas enfilaban sólo este segundo orden de ideas y por eso contestaban que la causa del negocio radica en su función económico-social (79). Un negocio jurídico es protegido porque es un cauce idóneo para alcanzar una serie de finalidades prácticas, empíricas, que son serias y merecen la tutela del ordenamiento. Pero esto no es “causa del negocio”, sino “función del negocio” (80). Valdría la pena situar junto a la “causa” en sentido estricto, la “función” como elemento distinto. Desde el punto de vista de la función se explican algunos de los problemas tradicionalmente considerados como “causales”. Así, los problemas del negocio indirecto, del negocio fiduciario y del negocio simulado. En todos estos casos hay empleo de un tipo de negocio para realizar una función que corresponde a un negocio distinto. Pero esta nada tiene que ver con la “causa”, porque según hemos dicho causa y función son cosas distintas, que conviene mantener separadas.

La pregunta por la causa era, en rigor, la primera, esto es, cual es la causa eficiente o determinante de que un negocio se realice, por qué se realiza el negocio. Planteado así el problema parece que hay nego-

(79) Cfr. SCOGNAMIGLIO, “Contributo alla teoria del negozio giuridico”, Nápoles, 1950, pág. 254 y sigs.

(80) SCOGNAMIGLIO en la obra y lugar citos.

cios que tienen su causa en otros negocios anteriores y negocios que tienen su causa en sí mismos. Esto lo habían visto nítidamente los juristas clásicos. GIORGIANNI recuerda (81) un pasaje de BALDO (82), donde se contraponen, precisamente, unos negocios que tienen su causa en sí mismos (*sunt causa sui ipsius*) y otros negocios que tienen su causa fuera de ellos (*est aliunde tamen causandus*). Contraponen en ese pasaje BALDO la *stipulatio* y los contratos consensuales y piensa que mientras la causa de la *stipulatio* hay que buscarla fuera de la *stipulatio* misma en un hecho, en una situación o en un negocio antecedente o, como usualmente se dice entre nosotros, subyacente, en cambio los negocios consensuales como la compraventa y la donación son causa de sí mismos.

Esta observación nos lleva, de la mano, a la distinción entre los *Leistung* o *Erfüllungsgeschäfte* y los *Grundgeschäfte* (83). A los primeros los podríamos llamar en un sentido muy amplio, “negocios ejecutivos” y son negocios que presuponen siempre un negocio o una situación anterior o antecedente. Los segundos, en cambio, son negocios que inician, que abren la relación entre las partes, por lo que, también muy libremente, cabría designarlos como “negocios iniciales”. Pues bien el problema de la causa tiene un cariz completamente diverso en uno y otro tipo de negocios.

En seguida parece claro que la causa de los “negocios ejecutivos” es esta situación básica o subyacente que les sirve de antecedente o de soporte. Esto explica que la inexistencia de esta causa determine la ineficacia del negocio. Esto explica también el problema de los negocios abstractos, en el sentido de que el negocio abstracto es siempre un “negocio ejecutivo” desligado del negocio antecedente. La situación es clara en los títulos valores, en las promesas de reconocimientos de deuda, en la tradición, etc. En todos estos casos hay siempre un negocio antecedente entre el emitente del título y el tomador del mismo, entre el emitente del título y el obligado por él, entre el promitente y el destinatario de la promesa, entre el tradens y el accipiens. Y es claro que causa es siempre este negocio antecedente. El nuevo negocio se realiza para desarrollar, cumplir o ejecutar el negocio anterior.

La causa es el negocio o la situación antecedente. Esto explica el tema debatidísimo de la causa de la transacción que hay que encontrarla en el litigio que a través de la transacción se intenta resolver y explica que la inexistencia del litigio pueda determinar la ineficacia de la transacción.

La idea de la causa como negocio o situación antecedente y básica explica también la causa de los negocios modificativos o extintivos (v. gr.: asunción de deuda, dación en pago, cesión de créditos, etc.).

(81) Loc. cit., pág. 565.

(82) “... *Stipulatio est contractus aliunde tamen causandus, quod non est in aliis contractibus specificatis, ut in locatione, Curptione et venditione et similibus quis sunt causa ipsius*”.

(83) También en GIORGIANNI, loc. cit., pág. 564.

El problema de la causa se plantea únicamente ya respecto de lo que antes llamábamos “negocios iniciales” o “Grundgeschäfte”. Antes de tratar de resolver este problema, quizá el más arduo de todos, convendría recordar que casi todos los problemas prácticos colocados bajo la idea de causa han quedado resueltos, salvo el relativo al negocio in-moral o ilícito y el relativo a la valoración, en determinadas circunstancias del intento práctico de las partes. Respecto del primero convendría señalar que la sanción y la ineficacia del negocio immoral y del negocio ilícito no se ligan en rigor con el problema de la causa, sino con el del ámbito de admisibilidad de la autonomía privada. La ley, la moral y el orden público son límites esenciales de la autonomía privada. El negocio prohibido y el negocio immoral quedan fuera del ámbito de actuación de la autonomía privada. Ahora bien, algo diferente de la immoralidad o de la ilicitud objetiva de un contrato es la immoralidad o la ilicitud del propósito de las partes que trata de conseguirse a través de un negocio objetivamente moral y lícito. Al valorar este propósito práctico de las partes es menester no olvidar que una motivación o un propósito sólo adquiere relevancia jurídica cuando, siendo común a ambas partes, ambas lo han considerado como básico de su negocio. Aquí hay que colocar, a mi juicio, la causa en los que hemos llamado “negocios iniciales”: en el propósito práctico o empírico que a través del negocio se trata de obtener o si se quiere en la representación mental por la que las partes se han dejado guiar al concluir su negocio. Esta es la única respuesta coherente al tema de la causa. Un negocio se concluye porque se quiere alcanzar un resultado empírico. La causa es, entonces, el propósito del resultado empírico.

Convience puntualizar:

a) Que así entendida la causa es algo distinto de los motivos. El motivo o móvil es algo individual, subjetivo, interno. La causa, o es común en el negocio de dos o más partes, o aún siendo individual en el negocio de una sola parte ha sido dada a conocer a los destinatarios del negocio a fin de que sea aceptada por ellos con el negocio entero.

b) El propósito común del resultado empírico ha de ser elevado por ambas partes a la categoría de presupuesto básico de su negocio. Ambas partes se han guiado, al concluir el negocio, por el propósito de conseguir este resultado empírico.

c) Cuando no existe un propósito específico definido común a ambas partes, la causa del negocio se encuentra simplemente en el propósito de alcanzar la finalidad típica genérica del negocio, pero, en tal caso, la causa no es un elemento especial y distinto y se confunde con el consentimiento o con la voluntad negocial (*sunt causa sui ipsius*).

Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español

GABRIEL GARCIA CANTERO

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Terminología.—3. Noción provisional de la mediación matrimonial.—4. Indicaciones históricas.—5. Formas de mediación matrimonial.—6. Orientaciones sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho comparado: A) Sistemas germánicos; B) Sistemas latinos; C) Jurisprudencia canónica.—7. La licitud de la mediación matrimonial ante la doctrina científica: A) Doctrina francesa; B) Doctrina italiana; C) La cuestión en la doctrina canónica.—8. El problema de la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español.

1. La falta de una regulación normativa de la mediación matrimonial (1) en nuestro Derecho es fuente de abundantes dudas y per-

(1) La bibliografía fundamental en materia de mediación matrimonial es la siguiente:

ALEMANIA:

GUTSCHEBAUCH, *Der Mäklervertrag nach BGB* (Diss. Leipzig, 1905).

HEINE, *Der Mäklervertrag nach BGB* (Diss. Berna-Leipzig, 1903).

KLUTH, *Die Rechtstellung der Mäkler unter Ausschluss der Ehemäkler nach BGB und HGB* (Diss. Leipzig, 1903).

KOHLER, *Der Ehemakellohn*, publicado en el *Archiv für Bürgerliches Recht*, y reproducido en el volumen *Zwölf Studien zum Bürgerliches Gesetzbuch* (Berlín, 1900), p. 89-108 por donde citaremos. Es el artículo fundamental por haber sido su autor el inspirador del BGB. en este punto

KÖNIG-FACHSSENFELD *Der Mäklervertrag (pactum proxeneticum) im gemeinen Recht* (Diss. Stuttgart, 1896).

SCHINDLER, *Die gewerbmässige Heiratsvermittlung* (Berlín, 1901).

FRANCIA:

BELNEIX, *Le courtage matrimonial* (Th. París, 1912).

DORATS DE MONTS, *La cause immoral* (París, 1956), p. 34-45.

FAGE, *Les agences d'affaires et le droit* (Th. Toulouse, 1928).

FRATANI, *Le courtage matrimonial* (Th. París, 1937).

FOURNOT, *Le courtage matrimonial* (Th. Dijon, 1908).

GEORGEON, *Du courtage matrimonial* (Th. Poitiers, 1911).

HUET, *Courtage matrimonial* (Th. París, 1910).

ROBERT-CHARREAU, *Le courtage matrimonial* (Th. Lyon, 1934).

RUBY, *Le courtage matrimonial* (Th. Grenoble, 1925) (pub. en París).

SIMPLICE, *Les agences de mariage* (París, 1885).

WATH, *Le courtage matrimonial en RTDC*, 3 (1904), 471-492. Es un trabajo fundamental.

plejidades, que se acrecientan, si cabe, al carecer asimismo el propio contrato de mediación de una completa reglamentación tanto en el Código civil como en el Código de Comercio (2).

Por otra parte, ante esta laguna legislativa y jurisprudencial que en materia de mediación matrimonial existe en España, la doctrina científica no ha prestado al tema la suficiente atención. De aquí la razón de ser de este trabajo.

Una de las cuestiones de mayor interés —previa, incluso a la de encontrar una regulación adecuada a la institución— es la de decidir sobre la licitud o ilicitud de esta figura. En efecto, si el tipo negocial por sí mismo ataca la Moral y las buenas costumbres, sería tarea inútil la de preguntarse por su específico régimen jurídico, pues bastaría con aplicar las normas generales de esta clase de negocios.

ITALIA:

CARRARO, *La mediazione*² (Padova, 1960).

GREGO, *Dei mediatori* en *AG* 43 (1889), 3 ss. y 45 (1890), 109 y 139.

LOJACONO, *Appunti sulla licità della mediazione matrimoniale* en *Riv. di dir. matrim. e dello stato delle persone* 2 (1959), 595-620, es el artículo fundamental en la materia.

MOSSA, *Contro la mediazione matrimoniale* en *RDCom.* 35 (1937), II, 193 ss.

MUSATTI, *In tema di prossenetismo matrimoniale* en *RDCom.* 12 (1914), II, 995 ss.

S. v., *Prossenetico* en *NDI*.

SUIZA:

EIGENMANN, *Der Mäklervertrag im schweizerischen Obligationen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Liegenschaftmäkler* (Th. Berne, 1907).

FROSSARD, *Les obligations naturelles et la garantie de leur execution en droit suisse* (Th. Lausanne, 1960).

MINOLA, *Le contrat du courtage spécialement du point de vue du salaire du courtier* (Th. Lausanne, 1921).

TURRETTINI, *Le contrat du courtage et le salaire du courtier* (Th. Gêneve, 1952).

ESPAÑA:

No hay ningún estudio monográfico dedicado especialmente al tema, sino algunas indicaciones generalmente breves contenidas en obras generales, o a propósito de la mediación.

(2) Estado de la cuestión en URÍA, *Derecho mercantil*² (Madrid, 1960), 458 s.; BONET RAMÓN, *Algunas figuras afines al contrato de mandato* en *RGLJ.* 184 (1948), 633 ss.; BONET CORREA, *El contrato de corretaje o mediación* (Comentario a s. 3 junio 1950) en *ADC* 4 (1951), 1617 ss.; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español I* (Barcelona, 1950), p. 734; MARTÍNEZ VAL, *El contrato de corretaje* (Ciudad Real, 1955); VICENTE y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil comparado II* (Zaragoza, 1945), p. 58.

Los agentes mediadores de comercio aparecen regulados en los arts. 88 y ss. del Cód. de comercio. Los Agentes de la propiedad inmobiliaria han sido reglamentados por el Decreto 17 diciembre 1948 y Reglamento 6 abril 1951.

Respecto del corretaje en general, afirma PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil II* 2, Barcelona, 1956, p. 401) que se halla en España en la fase de concreción normativa por medio de la jurisprudencia de los Tribunales, y que tal proceso de formación podría acelerarse si la jurisprudencia fuera examinada con una técnica adecuada al Derecho del caso.

Ocurre que en este punto hay una rara unanimidad entre los pocos autores españoles que del tema se han ocupado.

PÉREZ y ALGUER (3) se cuentan entre los primeros que sostuvieron la tesis de que, aunque no exista en nuestro Derecho una norma paralela al parágrafo 656 del Código alemán (que sanciona, en principio, como luego veremos, con la ineficacia a este tipo de negocios), parece indudable que el negocio de corretaje matrimonial es nulo en concepto de contrario a la Moral. Sigue sus huellas el maestro CASTÁN (4), y también, al parecer, RIERA AISA (5) y NÚÑEZ LAGOS (6).

De seguir esta rigurosa doctrina habría que concluir que cualquier tipo de negocio de mediación matrimonial es necesariamente nulo por atentar contra la Moral, lo mismo la mera indicación de la oportunidad para celebrar un matrimonio, que la mediación matrimonial propiamente tal; la realizada por mediador unipersonal, que por una empresa organizada según los métodos modernos de productividad y racionalización del trabajo; tanto la ocasional, como la habitual; la retribuida, como la gratuita (e incluso la realizada con fines nobles y elevados, como la que efectúan determinadas instituciones religiosas). Por descontado que la nulidad recaería igualmente en la que se refiere al matrimonio canónico, como al civil, pues no se ve razón para establecer diferencia alguna.

El régimen de esta nulidad sería, parece, el que establece la regla primera del artículo 1.306 del Código civil, no se aplicaría el artículo 1.305 porque los hechos no constituyen delito ni falta; por otra parte, la ilicitud se encuentra —en esta hipótesis— en la conducta de ambos contratantes, y por ello no sería pertinente la regla segunda del propio artículo. En consecuencia nos encontraríamos en presencia de un negocio jurídico con causa torpe o inmoral, no constitutiva de delito, en el que ninguno de los contratantes podría repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiera ofrecido.

Sin embargo, esta solución no satisface plenamente. A falta de una expresa norma legal, ya sabemos que los Tribunales son parcos en calificar de ilícito o inmoral un negocio, pues una condenación de este género arrastra importantes consecuencias también de orden social. Por otra parte, semejante solución no parece de acuerdo con el actual

(3) PÉREZ y ALGUER, *Notas a Enneccerus* II-2.º (Barcelona, 1950), p. 323.

(4) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral* IV^º (Madrid, 1952), p. 513. Opinión que se reproduce inalterada en la 9.ª edición (Madrid, 1962), p. 510.

(5) RIERA AISA, s. v., *Corretaje en NEJ*, dedica el último apartado de su trabajo al corretaje matrimonial, reproduciendo la opinión de PÉREZ y ALGUER como final del mismo, lo que hace pensar que se adhiere a ella.

(6) NÚÑEZ LAGOS, *Condictio ob turpem vel iniustam causam* en *RDN* 9 (1961), núm. 32, p. 7 ss. Este autor se limita a reproducir las opiniones de la doctrina y jurisprudencia francesa, cuyas conclusiones parece considerar aplicables al derecho español.

desenvolvimiento de estas actividades entre nosotros (7), y ocasiona un evidente perjuicio a los mediadores profesionales, quienes corren el riesgo de no percibir su retribución después de haber prestado su actividad. Por estas razones parece oportuno intentar un nuevo planteamiento.

La mediación matrimonial no es actividad que se practique por vez primero en nuestros días; pero las soluciones jurídicas, ni han sido siempre idénticas, ni coinciden tampoco en la actualidad en los diversos países del mundo occidental. Para abordar el tema de la licitud o ilicitud de este tipo de mediación en nuestro Derecho, haré algunas indicaciones históricas y acudiré de un modo especial a las soluciones que se encuentran en el Derecho comparado.

2. Terminología.

Las fuentes romanas denominan "proxeneteta" al mediador, y esta terminología se conserva todavía en el Derecho italiano (la doctrina habla de "Prossenetico matrimoniale", aunque acaso pueda decirse que se trata de una expresión caída en desuso). En Alemania se habla de "Ehemäklevertrag" y "Ehevermittlung", y lo mismo en los demás países de habla alemana. Está muy difundida en Francia la expresión "Courtage matrimonial", mientras que la reciente doctrina italiana prefiere hablar de "Mediazione matrimoniale".

Entre nosotros la expresión proxenetismo se reserva para cierto tipo de actividades inconfesables penadas por la ley. Por lo demás, se utilizan indistintamente las expresiones "Corretaje matrimonial" y "Mediación matrimonial"; estas últimas se emplearán como sinónimas en este trabajo.

3. Noción provisional.

Prima facie cabe decir que mediación matrimonial es la mediación en el matrimonio. Prescindiendo aquí de añejas discusiones acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, doy por sentado que se trata de un negocio jurídico de Derecho de familia (8). Con base en la definición de mediación ofrecida por el profesor URÍA (9) diré que el contrato de corretaje o mediación matrimonial es aquel por el que una de las partes —el mediador— se obliga a promover o facilitar la cele-

(7) No es infrecuente la publicación de anuncios en la prensa diaria del siguiente tenor: "Casamentera diplomada se ofrece con veinte años de práctica en unir almas solitarias. Dirigirse personalmente a Shirley Booth, Montera, 34, 3.º" (*Arriba* del 6 de febrero de 1962). Desde hace algunos años funciona en San Sebastián una empresa de mediación matrimonial conocida con el nombre de "Interpost".

(8) Cfr. más ampliamente GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), p. 29 s. et *ivi* bibliografía.

(9) URÍA, *op. cit.*, p. 458.

bración de un determinado matrimonio entre la otra parte —principal o mandante— y un tercero, a cambio de una remuneración que ha de abonar el mandante. Se trata de un contrato atípico *facio ut des*, que produce obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes (cfr. ss. 10 de enero de 1922, 7 de abril de 1926 y 3 de junio de 1950 sobre la mediación en general).

4. *Indicaciones históricas.*

En Roma era practicada la mediación con referencia a toda clase de contratos. No parece que se excluía el matrimonio, pues ULPIANO (10) nos dice que los esponsales se celebraban con frecuencia mediante persona interpuesta. Ha suscitado ciertas dificultades de interpretación cierto texto del propio jurista romano en que se dice: “De proxenetico, *quod est sordidum, solum praesides cognoscere*”, en el que puede verse cierta calificación, al menos peyorativa, para la mediación en general; pero, aparte de que se ha considerado interpolado, una disposición de JUSTINIANO (11) parece dar por supuesta la licitud de la mediación matrimonial.

En plena Edad Moderna se señalan tres decisiones o “arrêts” del Parlamento de París que se pronuncian por la ilicitud de la mediación matrimonial, no obstante invocarse en el pleito el Derecho romano. Interesa detenerse en ellas para comprobar la forma de actuación de los mediadores en su época, y para registrar las razones que se alegan para declararla ilícita.

En el caso resuelto por el arrêt” de 29 de enero de 1591 el mediador actuaba amparándose en un escrito en donde se prometía la suma de cien escudos para el caso de celebración de un determinado matrimonio; el demandado invocaba la derogación de las leyes romanas; el Fiscal oponía también la ilicitud de tales pactos. Aunque en primera instancia fue estimada la demanda por el Preboste, en apelación se revocó la sentencia por el Parlamento (12).

En el supuesto de la sentencia de 28 de agosto de 1665 se trataba de un gentilhomme angevino que había prometido al señor Caveroy abonarle doscientas libras si, gracias a sus buenos oficios, se casaba, antes de Pascua, con determinada señorita; el matrimonio fue celebrado efectivamente, pero con posterioridad a la fecha señalada. El gentilhomme se negó a pagar arguyendo que no se había cumplido el plazo, y que el matrimonio no fue resultado de las gestiones del actor; el mediador opuso que el retraso fue debido exclusivamente a un pre-

(10) ULPIANO, D. 23, 1, 18: *In sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internummum vel per epistulam) an per alium hoc factum est: et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur.*

(11) *Codex* V, 1, 6.

(12) MORNAC, *Recueil d'arrêts* 1721, IV, cap. 53.

texto del demandado para no pagar lo prometido. La demanda fue, asimismo, rechazada (13).

Los hechos que dieron lugar a la sentencia de 7 de agosto de 1690 eran los siguientes: El señor Chana, tesorero de Lyon, deseaba casarse con la hija de un rico comerciante lyonés; encontrando resistencia, debido a sus muchos años y a la modestia de sus orígenes, acudió a los buenos oficios del ama de llaves de la citada señorita, firmándole un recibo del tenor siguiente: “Prometo pagar a la señorita Bérardan la suma de mil libras por los trabajos y cuidados que ha asumido para llegar a realizar mi matrimonio. Lyon, 1.º de enero de 1687”. Pese a la brillante defensa del abogado Gillet, el Parlamento de París dictó sentencia contraria al mediador (14).

El Parlamento de París niega aplicación a las normas romanas en atención al carácter sacramental e indisolubilidad del vínculo y también parece se tuvo en cuenta la mala fama que, en cuanto a su honorabilidad, habían adquirido los corredores en general (15).

Por esta misma época, sin embargo, un autor francés (16) con referencia a nuestra Patria dice, a modo de contraste, lo siguiente: “Según he sabido, hay en algunas ciudades de España intermediarios matrimoniales que solicitan de los padres que tienen hijas casaderas, qué yerno desean y cuánto quieren dar como dote, igual que a los padres de los jóvenes y a otras personas; muchas jóvenes y muchos jóvenes no se casan por no conocer un partido conveniente, y por ello parece que este medio de advertirnos mutuamente aportaría mucha comodidad al comercio público... En Francia es un defecto de la Policía no tener, como en otros países, mediadores matrimoniales”. Se postula, al parecer, el establecimiento de un a modo de servicio público de mediación para los matrimonios.

Según BONNECASE (17) la primera agencia matrimonial se estableció en Francia bajo la Revolución con la denominación de “Bureau de confiance pour les mariages”. Esta agencia captaba sus clientes mediante un folleto que se distribuía entre el público. Los interesados debían responder a un cuestionario en el que figuraba el nombre, edad, fortuna, etc., datos todos que —así se aseguraba— eran comprobados por la propia agencia, que los publicaba anónimos en una hoja periódica titulada “L’Indicateur des Mariages”. El lector que pensaba haber encontrado lo que le interesaba se dirigía a la agencia, la cual, si la otra parte consentía, ponía a ambos en relación. El importe de la inscripción era de una libra por cada mil de capital, restituible en 3/4 partes si el cliente no contraía matrimonio dentro del año; aparte se

(13) SOFFRE, *Nouveau Recueil* (París, 1682), II, p. 302.

(14) GILLET, *Plaidoyers* 1696, p. 121.

(15) Cfr. RUBY, op. cit., p. 15 s.

(16) AUTOME, *Digeste*³ 1629, p. 811.

(17) BONNECASE, *Supplément al Traité de Baudry-Lacantinerie* IV (París, 1928), p. 705 ss.

cobraba la suscripción al "Indicateur" (15 libras en París y 21 en provincias).

Hacia 1825 parece comenzó a desarrollar gran actividad la Agencia matrimonial del señor De Foy de quien se dice logró concertar unos diez mil matrimonios. Los honorarios consistían, o bien en una suma fija, o en un porcentaje sobre la dote (generalmente el 5 por 100); pero sólo se percibían de uno de los contrayentes porque las señoritas no pagaban. La lectura de los modelos de contrato (18) que suscribía con los clientes, muestra el progreso logrado en esta actividad negocial, al propio tiempo que explicaba la desconfianza con que fueron mirados por los Tribunales.

Se produce la intervención gubernativa en persecución de cierto tipo de actividades inmorales encubiertas bajo la forma de una agen-

(18) He aquí el texto de los contratos que habitualmente suscribía el señor De Foy con sus clientes de la agencia matrimonial:

"Entre los suscribientes, de una parte Henri-Charles-Napoleon de Foy, agente de negocios patentado de 1.^a clase con el núm. 51, domiciliado en París, rue Bergere, núm. 17, y de otra el señor X se ha convenido lo que sigue:

1.^a) El señor de Foy se compromete, por sí, o por los intermediarios a quienes juzgue conveniente acudir, a realizar todas las gestiones y diligencias necesarias para facilitar el matrimonio de X con Y (nombre, edad, cualidades, domicilio, etc. de la futura contrayente).

2.^a) El señor de Foy será único árbitro de los medios a emplear para la negociación de tal matrimonio; el señor X se remite a la ciencia, experiencia y discreción del señor de Foy.

3.^a) El señor de Foy en ningún caso quedará obligado a indicar las personas escogidas por él como intermediarias. La prueba de su mediación y de sus gestiones se hará por el sólo hecho de la celebración del matrimonio proyectado, y nada podrá alterar el encargo confiado, aunque el mandante actúe personalmente.

4.^a) El señor X por su parte, y en caso de éxito, se obliga por su honor, mediante el presente documento, a pagar al señor de Foy el 5 por 100 sobre la dote de Y, cualquiera que fuese el régimen de bienes, para resarcirle de sus gastos y desembolsos, reconocer su diligencia y asimismo como expresión de gratitud.

5.^a) La suma antes fijada no será susceptible de ninguna reducción ni aumento, ya que los servicios del señor de Foy, sean cuales fueren, han sido valorados así por el mandante.

6.^a) La suma del 5 por 100 sobre la dote de Y será exigible tan pronto se celebre el matrimonio.

7.^a) Caso de que el proyectado matrimonio no tenga lugar, el presente compromiso será considerado como inexistente, y no será debida indemnización alguna al señor de Foy.

Por duplicado y de buena fe. París..."

De la lectura del anterior modelo de contrato de mediación matrimonial se deduce que se otorga en vista de un enlace determinado, pues el mediador se compromete por su parte "a realizar todas las gestiones y diligencias necesarias para facilitar el matrimonio de X con Y" (cláusula 1.^a); se trata, por tanto, de una mediación típica. Lo que se hace ciertamente sospechoso es la clandestinidad con que opera el mediador (cláusulas 2.^a y 3.^a). La forma de fijar la retribución a base de un porcentaje sobre la dote estimulaba, sin duda, al mediador a "la caza de ricas herederas"; la sentencia del Tribunal de la Seine de 6 enero 1830 reduce, en efecto, la cuantía de la retribución en base a reclamación de un cliente del señor de Foy.

cia matrimonial. Según datos de la Prefectura del Sena, se registran 11 agencias en 1868, 16 en 1887, excediendo el centenar en 1896 y superando las 200 en 1934.

A partir del primer tercio de este siglo las agencias matrimoniales se desarrollan con gran pujanza por toda Francia, sin que la Policía logre un control efectivo sobre todas ellas. Los autores distinguen tres tipos por razón de la clase de personas que las frecuentan y por su modo de actuación (18 bis).

Desde hace algún tiempo funciona en España un Instituto Internacional de Relaciones Prematrimoniales con proyección en diversos países hispanoamericanos que cuenta ya, al parecer, con algunos miles de afiliados. Mediante el abono de una cuota de 125 pesetas este Instituto pone en relación al aspirante al matrimonio con una o varias personas que reúnen, en principio, las condiciones solicitadas. Junto a esta actividad retribuida debe mencionarse la que con fines más elevados desarrolla la Revista "El Mensajero del Corazón de Jesús" con sede en Bilbao y carácter gratuito.

5. *Formas de mediación matrimonial.*

Hay que advertir con LOJACONO (19) que en la actualidad las agencias matrimoniales no desempeñan una actividad de mediación pura y simple, sino que prestan también al público servicios de consulta, vigilancia, información, control y representación; se sirven para ello de una vasta y compleja organización central y periférica, según los más modernos dictados de la técnica, comprendido incluso oficinas de "public relations" y consultorios médico-legales.

Si quisiéramos abarcar las formas antiguas y modernas de mediación matrimonial, podríamos comprender:

La mediación matrimonial *de hecho*, frecuente en determinadas regiones, sin vínculo alguno: se hace por razones de afecto, amistad o parentesco y no suscita ningún problema por su carencia de consecuencias jurídicas.

A este tipo puede referirse la moderna inserción de anuncios matrimoniales en periódicos y revistas siempre que por parte de la pu-

(18 bis). Según ROBERT-CHARRERAT, op. cit., p. 22 ss. estos tres grupos de agencias matrimoniales son los siguientes: 1.º) El de las interesadas únicamente en los grandes asuntos (viudas ricas, nobles, altos funcionarios, etc.), las cuales, en razón a la solvencia de sus clientes no exigen el pago anticipado de sus honorarios que suelen valorarse en el 5 por 100 de la dote. 2.º) Las agencias de segunda categoría se dirigen a una clientela más numerosa, pero menos rica, por ello la retribución será menos elevada, pero exigen el pago por adelantado de una cantidad en concepto de primeros gastos, la cual no se devuelve cualquiera que sea el resultado. 3.º) Se incluyen aquí las agencias especializadas en matrimonios que dejan algo que desear, lo que motiva la frecuente intervención de la Policía.

(19) LOJACONO, op. cit., p. 597.

blicación no se asuma ningún otro compromiso que el de la inserción de aquéllos. La relación entre el anunciante y el director del periódico es un contrato de publicidad; los terceros no podrán dirigirse contra la publicación si ésta se hizo por broma, o si el anunciante no responde a las cartas que se le dirigen con base en el anuncio.

Es importante la distinción entre mediación *gratuita* y *retribuida*, que se diferencian por la ausencia o presencia de una remuneración o salario que debe abonarse al mediador o corredor que cumplió su compromiso. La primera —como antes indiqué— se ejerce por móviles altruistas y aun de apostolado; la institución italiana “L’Anello d’Oro” y “Caná de Galilea” son ejemplos bien conocidos de la primera. La segunda es la que suscita los más graves problemas jurídicos y, especialmente, el de su posible ilicitud.

La remuneración pactada puede ser *fija* o *proporcional* a la cuantía de la dote o de los bienes aportados al matrimonio (esta última forma era frecuente en el siglo pasado); puede deberse *en todo caso* o sólo si el matrimonio se celebra, es decir, en el supuesto de *éxito* (luego veremos como muchas objeciones tienen su fundamento precisamente en el hecho de condicionar la retribución a la celebración del matrimonio). En la práctica es frecuente que ambos sistemas se conjuguen con fórmulas diversas, por ejemplo, anticipo para gastos.

Por razón de su objeto la mediación puede referirse al arreglo de las *relaciones patrimoniales* del futuro matrimonio, puede consistir en una *información sobre la ocasión o posibilidad* de celebrar matrimonio, o en *promover la celebración* de un matrimonio; en este último caso, puede tener por objeto un determinado matrimonio con una persona cuyos datos personales se expresan en el propio contrato de mediación, o bien referirse al matrimonio en general.

Por razón del mediador, cabe distinguir el *mediador ocasional* y el que se dedica *profesionalmente* a esta actividad; hay mediadores *unipersonales* y *sociedades* que emplean capitales importantes y utilizan una moderna organización.

Jurídicamente importan menos los medios materiales de que el mediador se vale para cumplir su misión: sus propios ficheros, anuncios en revistas especializadas, su actividad personal, etc.

6. Orientación sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho comparado.

En las modernas codificaciones encontramos dos orientaciones fundamentales en esta materia, que para mayor simplificación denominaré sistema germánico y sistema latino. Conforme al primero la mediación matrimonial es un negocio prohibido por la Ley, mientras que en las legislaciones latinas se guarda generalmente silencio sobre este punto, abriéndose paso en la jurisprudencia, en los últimos años, la tesis de la licitud con mayor o menor amplitud. Un sistema aparte lo constituye

el Derecho canónico, pues nada dice la legislación, y la jurisprudencia no tiene oportunidad de ocuparse directamente del tema; únicamente hemos encontrado una sentencia del S. T. de la Rota Romana en la que indirectamente se reconoce la licitud de la mediación matrimonial (si bien el caso procedía de países de misión).

A) En Austria, con base en el § 879-1.º del All. BGB la doctrina (20) considera absolutamente nulo el contrato de mediación matrimonial, que se afirma celebrado "gegen die Guten Sitten" (21), el párrafo 1.174 consagra la irrepetibilidad de lo pagado conscientemente para realizar un acto ilícito (22).

En Alemania, dice MINOLA (23), antes del BGB no existía una prohibición legal del contrato de mediación matrimonial, y los tribunales decidían de su licitud caso por caso; en sentido favorable a la licitud se cita una sentencia del Oberlandesgerichts de Karlsruhe de 13 de diciembre de 1895 (24). En la doctrina fue Kohler el paladín de la tesis de la ilicitud, y debido a su influencia logró que, pese a que el primer proyecto de Código mantenía el sistema anterior, la Comisión del Reichstag introdujera el § 656. A juicio de KOHLER (25) tal contrato iría en contra de la esencia y dignidad del matrimonio y violaría los postulados del ordenamiento jurídico; la intervención de un tercero que asume como objeto de un negocio la celebración de un matrimonio suscita idéntica repugnancia que si interviene en el cambio de religión, en el divorcio o en la separación de hecho, o en la designación de heredero; el tercero utilizará para lograr sus fines tanto medios lícitos como ilícitos; KOHLER habla de "Suggestionsverträge" (26). Por su parte, la Comisión del Reichstag en su informe exponía que "la gran mayoría de las personas consideran de modo indudable que la entrega o aceptación de un salario para la mediación en el matrimonio es inmoral o por lo menos indecoroso ("unanständig").

El texto literal del § 656 del BGB es el siguiente:

"No se origina una obligación por la promesa de una comisión por la información de la ocasión para contraer un matrimonio o para la mediación en la celebración de un matrimonio. Lo entregado en base

(20) WOLFF, *Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts* ⁴ (Wien, 1948), p. 88.

(21) UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* ⁴ (Leipzig, 1876), I, p. 490.

(22) Sobre el § 1.174 cir. WOLFF, op. cit., p. 218; UNGER, op. cit., II, p. 228.

El párrafo 879, en la parte que aquí interesa, dice: "El contrato realizado violando una prohibición legal o las buenas costumbres es nulo. Son nulos especialmente los contratos por los cuales: 1.º se conviene alguna cosa para la negociación de un contrato de matrimonio".

(23) MINOLA, op. cit., p. 68.

(24) Está transcrita en KOHLER, op. cit., p. 100 ss., en sus considerandos se impugnan los argumentos de este autor a favor de la ilicitud de la mediación matrimonial que anteriormente había expuesto en su obra *Die Ideale im Recht* (Berlín, 1891).

(25) KOHLER, op. cit., p. 89 ss.

(26) KOHLER, op. cit., p. 95.

a la promesa no puede ser repetido por la circunstancia de que no haya nacido una obligación.

Estas disposiciones valen también para un pacto por el cual la otra parte, con el fin de cumplimiento de la promesa contrae una obligación frente al corredor; especialmente valen para un reconocimiento de deuda”.

Pese a los apasionados alegatos de Kohler parece evidente que el B. G. B. no ha consagrado la inmoralidad de este tipo de mediación. En efecto, hoy día la mayoría de la doctrina alemana (28) entiende que la obligación de remunerar al mediador matrimonial constituye una *naturalis obligatio*, y ¿cómo conciliar esta conclusión con la calificación de inmoral atribuida al negocio por aquel autor? (29). Parece, por tanto, que hay que concluir que se ha seguido una vía media: no es un negocio que atente contra las buenas costumbres, cuya nulidad declara el § 138,1, pero tampoco se concede acción para reclamar lo pactado.

En Suiza ocurrió algo parecido a lo que hemos visto pasó en Alemania; la Comisión de expertos para la revisión del Código de Obligaciones rehusó adoptar un artículo semejante al § 656 del B. G. B., pero el Consejo de Estados emitió un voto particular estimando que el matrimonio no constituía un negocio, sino una relación moral, introduciéndose en consecuencia el artículo 416 que es menos expresivo que el correspondiente del Código alemán.

Dice así el artículo 416 del Código suizo de Obligaciones:

“La negociación de un matrimonio no puede dar lugar a ninguna acción para pago de un salario.”

La doctrina más reciente (30) estima se trata también de una obligación natural, y aún a falta de un texto legal sostiene la no repetición de lo pagado (31).

Dentro de este sistema creo puede también incluirse al Derecho griego. Sabida es la influencia germánica en las disposiciones del Código civil helénico de 1940; sin embargo, en este punto la solución legal es más enérgica que en el B. G. B., ya que conforme al artículo 708 “la promesa de corretaje matrimonial es nula y lo que eventualmente haya sido pagado está sujeto a repetición”. Se afirma, por tanto, netamente, la ilicitud de la mediación matrimonial y su absoluta ineficacia. Dijérase que han sido tenidas plenamente en cuenta las opiniones de Kohler.

(27) Se transcribe en KOHLER, op. cit., p. 91.

(28) ENNECERUS-LEHMANN en el *Tratado de Derecho civil de Enneccerus-Kipp-Wolff* (trad. esp. de Pérez y Alguer), II-2.º (Barcelona, 1950), p. 322.

(29) El razonamiento es de LOJACONO, op. cit., p. 612: “Si se considera la provisión pagada en virtud de un deber moral y social y que, por tanto, es irrepetible, no puede afirmarse que el proxenético tenga una función indigna o no necesitada de tutela jurídica”.

(30) FROSSARD, op. cit., p. 44. Pero, en contra, TURRETTINI, op. cit., p. 60.

(31) Cfr. MINOLA, op. cit., p. 70.

B) Caracteriza a las legislaciones latinas, como antes indiqué, la ausencia de regulación legal de la mediación matrimonial. Ninguno de los códigos francés, italiano de 1865 y de 1942 o español han dictado norma especial sobre la mediación matrimonial. Cuando el supuesto se ha planteado ante los Tribunales, éstos con recurso a las normas generales sobre obligaciones y contratos han ido elaborando una doctrina, que en la actualidad puede considerarse estabilizada en sus líneas generales; en ella han influido dos circunstancias, la amplia difusión social de las agencias matrimoniales y una cierta evolución de la estimación o valoración por la opinión pública de tales prácticas.

a) Francia:

Puede decirse que la jurisprudencia francesa posterior al *Code* ha pasado por tres etapas que brevemente pueden resumirse así:

1.º Durante la primera mitad del siglo XIX no se registra ninguna decisión de la *Cour Suprême* en esta materia; en cuanto a los Tribunales inferiores, unas veces la estiman válida por no ser contraria a la ley (así la *Cour* de Toulouse en ss., de 23 de agosto de 1848 y 23 de marzo de 1853), otras la reputan ilícita e inmoral (como la *Cour* de París en s. de 19 de agosto de 1936), o bien se limitan a reducir el salario del mediador con lo que implícitamente reconocen su inicial licitud (por ejemplo, la sentencia antes referida del Tribunal de la Seine de 6 de enero de 1830).

2.º El famoso asunto Floubert dió lugar a la sentencia de la *Cour Suprême* de 1.º de mayo de 1885, la cual había de originar una dirección jurisprudencial fuertemente restrictiva que se mantendría vigente en Francia durante muchos años.

He aquí los hechos: El señor Fleury, antiguo Notario del Distrito de Niort deseaba casarse con la viuda Marchand, rica propietaria; para lograr sus propósitos suscribió este documento con el señor Floubert: "Prometo pagar a Floubert, comerciante en vinos de Niort, la suma de 6.000 francos si me caso con la señora viuda Marchand, en atención a las gestiones que él realice, bien entendido que si este matrimonio no tiene lugar, esta obligación será nula...". Celebrado el matrimonio proyectado, el mediador se ve obligado a recurrir a los tribunales para obtener la remuneración prometida; sin embargo, pierde el pleito en ambas instancias, siendo, asimismo, desestimado su recurso de casación.

Parece oportuno recoger la motivación de la sentencia de casación:

"El matrimonio en el sistema de nuestra legislación es un compromiso irrevocable que afecta a los intereses más elevados de la familia y de la sociedad, de la cual es base esencial; el consentimiento de los cónyuges que se unen y el de los padres que tienen autoridad sobre ellos debe ser libre, ilustrado, y por tanto, ajeno a toda influencia extraña e interesada que actúe sobre la determinación de unos

u otros. Todo aquello que por su naturaleza comprometa o altere la moralidad o la libertad del consentimiento es por ello mismo contrario al deseo de la ley, al orden público y a las buenas costumbres. Así ocurre con la convención por la cual un tercero, comprometiéndose a realizar gestiones para un matrimonio, estipula a cambio, bajo condición de éxito, una prima calculada, menos en razón de las gestiones prometidas, que en razón al éxito y según la importancia del resultado. A las relaciones destinadas a preparar la sociedad indisoluble a la que cada cónyuge aporta, junto con sus bienes, su persona misma y su vida entera, un pacto de tal naturaleza mezclaría la intervención de un agente dominado por ideas de negociación y de tráfico. Para asegurar el éxito, que es condición de la prima estipulada, este agente podría, aun sin fraude, pesar directa o indirectamente en el consentimiento de los cónyuges o de sus padres, actuando de forma que se disimulen, prevengan, atenúen o combatan, las causas, aun las más legítimas de duda o de negativa”.

Debe observarse que en la época en que se dictó esta sentencia no regía en Francia el divorcio vincular; pese a ello, y frente a la opinión de Ripert (32), estimo no constituye ésta una circunstancia decisiva para el problema que nos ocupa, pues en Italia —que nunca admitió el divorcio con ruptura de vínculo, la jurisprudencia no ha visto en ello un obstáculo para reconocer la licitud de la mediación. De todos los argumentos utilizados en esta resolución, el que parece determinante (33) es el de la subordinación del salario del mediador a la obtención de un resultado favorable.

3.º Un tímido cambio de orientación parece iniciarse en la sentencia de la *Cour Suprême*, de 20 de abril de 1904. Pero con anterioridad algunos Tribunales de instancia se habían atrevido a declarar la licitud de la mediación matrimonial; así, el Tribunal de Lisieux en s. de 21 de enero de 1903, sentando la doctrina de que “la causa por la cual un agente matrimonial estipula una comisión para el caso de éxito en un proyecto de matrimonio, no es necesariamente ilícita, y debe cumplirse siempre que no esté viciada por dolo o por fraude”, y en parecidos términos el Tribunal de Pau en s. de 9 de agosto de 1904, mereciendo ambas decisiones un comentario de

(32) PLANIOL, Nota en *Dalloz Périodique* 1908, 2, 81 ss. Escribe este autor: “El restablecimiento del divorcio, la creciente facilidad con que se admite por los Tribunales y el uso cada vez más extendido que se hace han cambiado la situación”. Parece, pues, darse a entender que como en la época en que Planiol escribe está vigente el divorcio vincular, ya no hay inconveniente en reconocer la licitud de un contrato de mediación matrimonial, pues el posible vicio del consentimiento tiene ya fácil arreglo con la ruptura del vínculo. El argumento no es nada concluyente, pues, en todo caso, la falta de libertad del consentimiento matrimonial tiene su encuadre adecuado en la teoría de las nulidades. Estimo, por tanto, que la posición a adoptar frente a la mediación matrimonial es idéntica, ya se trate de un régimen divorcista, ya de un régimen no divorcista.

(33) Cfr. RUBY, op. cit., p. 37.

Planiol (34). También debe notarse que por la vía de la gestión de negocios y aún dominante la teoría de la ilicitud, los Tribunales inferiores venían concediendo con base en el artículo 1.375 del *Code* el reembolso de gastos y una pequeña suma en concepto de indemnización a favor del mediador.

La sentencia de la *Cour Suprême* de 1904 parece inicia el abandono de la doctrina de la ilicitud, si bien en el caso concreto no accede a la demanda del mediador por falta de prueba de los gastos y desembolsos realizados. De cualquier forma, a partir de esta fecha, los Tribunales inferiores admiten ya francamente la licitud de esta figura, aunque con un criterio más bien restrictivo; puede citarse la sentencia de 13 de diciembre de 1912 de la *Cour* de Bordeaux (35).

La nueva orientación se consagra definitivamente en la sentencia de la *Cour de Cassation*, de 27 de diciembre de 1944, que declara lo siguiente:

“El compromiso asumido frente a un mediador matrimonial para el caso de que sus gestiones condujesen a la conclusión de un matrimonio, no es una obligación sin causa, ni una obligación con causa ilícita, ni tampoco se ha demostrado ni alegado que el mediador haya recurrido a maniobras dolosas.”

Se ha producido así un giro total en la jurisprudencia, si se tiene en cuenta la doctrina sentada por la antes citada sentencia de 1855. Explica Dorat de Monts (36) las razones de este cambio jurisprudencial exponiendo que los tribunales se han encontrado frente a una institución que, lejos de desaparecer después de la condena por ellos pronunciada, no ha hecho otra cosa que desarrollarse; no pudiendo prohibirla eficazmente, la han reglamentado rígidamente. El propio autor expone los límites dentro de los cuales se admite por la jurisprudencia francesa la mediación matrimonial: 1.º El corredor debe limitarse a la labor de acercamiento, 2.º Los honorarios nunca podrán estar en función del capital de la dote, 3.º El pago de la

(34) PLANIOL, op. últim., cit. Para este autor la verdadera razón que impulsa a la jurisprudencia francesa a mostrarse tan severa con las agencias matrimoniales se debe a que sus operaciones aparecen sospechosas, los matrimonios por ellas preparados están rodeados de fraudes y violencias, es el dolo organizado. Pero estima que el sistema de dejar tales operaciones al control de los Tribunales es preferible al del B. G. B., pues conforme a éste cabe que queden impagadas gestiones llevadas lealmente, mientras que un corredor poco honesto puede conservar su comisión si la ha percibido por adelantado.

(35) Puede leerse en sus considerandos: “La promesa fundada sobre una negociación matrimonial no es necesariamente ilícita; la misión del corredor debe consistir sólo en la aproximación de las dos familias, poniendo a las partes en disposición de celebrar matrimonio si les parece bien; esta simple misión de intermediario, que no se critica cuando se realiza gratuitamente, tampoco debe serlo cuando el corredor ha actuado lealmente; la remuneración del corredor debe ser proporcionada a su trabajo, su actividad y los desembolsos realizados; más allá, carece de causa”.

(36) DORAT DE MONTS, op., cit., p. 45.

remuneración no, puede subordinarse a la celebración del matrimonio y 4.º) Los Tribunales se reservan un control sobre la cuantía de la comisión estipulada.

b) Bélgica.

Ya se comprende que dada la amplia comunicación doctrinal y jurisprudencial entre Francia y Bélgica, las soluciones en este último país no han de diferir mucho de las francesas. Con todo, el tratamiento de la mediación matrimonial no es absolutamente idéntico en ambos países.

En una primera etapa los Tribunales belgas se pronuncian por la nulidad. Se cita como ejemplo característico la sentencia del Tribunal de 1.ª Instancia de Bruselas de 31 de enero de 1883, en la que puede leerse: "Considerando que el matrimonio no es contrato ordinario; que por su naturaleza es ajeno a todo interés económico y no puede anularse ni por dolo, ni por fraude; que el vínculo que crea es un vínculo entre las almas; que los compromisos que de él nacen son irrevocables y afectan a los intereses más elevados de la familia y de la sociedad de la que es base; para conservar la pureza de su carácter es preciso que el consentimiento de los cónyuges que se unen y el de los padres que lo han autorizado sea libre, ilustrado y, por tanto, ajeno a toda influencia extraña interesada en actuar con finalidad de lucro sobre la determinación de unos y de otros; y que todo lo que por su naturaleza tienda a comprometer la moralidad y la libertad del consentimiento es, por ello mismo, contrario al orden público y a las buenas costumbres". Fácil es de observar cómo en esta sentencia se reiteran argumentos de la sentencia francesa de casación de 1855.

En una segunda fase, que tiene por punto de partida una sentencia del Tribunal de Mons de 29 de marzo de 1893, los Tribunales se muestran más favorables a las reclamaciones de los mediadores. La resolución últimamente citada no ve nada de ilícito o inmoral en la interposición entre dos personas para concluir un matrimonio libremente consentido, ni en hacerse indemnizar los gastos hechos y el tiempo perdido en este trabajo. En idéntico sentido se pronunció el Tribunal civil de Nivelles en sentencia de 11 de febrero de 1901, declarando el corretaje matrimonial lícito en sí mismo.

Pero en el tercer período la tesis de la validez puede decirse que pierde terreno ante los Tribunales belgas, pues la primera vez que se planteó la cuestión en casación fue resuelta en sentido negativo. Así puede leerse en la sentencia de la *Cour de Cassation* de 16 de marzo de 1905: "Procurar el consentimiento para el matrimonio es algo que está fuera del comercio por afectar al estado de las personas. No es natural ni legal que un intermediario ponga precio a la voluntad de una persona de contraer matrimonio con otra, como si el disponer de sí misma, de su futuro y de toda su vida fuese para ella una cuestión del mismo orden que la disposición sobre una parte de su patrimonio. Un convenio que pone en juego tales intereses y los entrega al azar de

las intrigas y de las maniobras que puede inspirar la codicia a quien debe beneficiarse de ello, o bien perder su tiempo, afanes y gestiones en caso de fracaso, no puede parangonarse con la mediación referida a cosas que están en el comercio: reconociéndole validez se viola el artículo 1.128 del Código civil y por vía de consecuencia los arts. 1.131 y 1.133 del mismo código". No deja de sorprender esta decisión, pues, como ya vimos, por esta época comienza a iniciarse un cambio de rumbo en la jurisprudencia francesa. De cualquier forma, la doctrina más reciente (37) se inspira decididamente por las soluciones actuales de la jurisprudencia gala, aceptando las prudentes conclusiones de DORAT DE MONTS.

c) *Italia*:

Pese a que el Código civil de 1942 regula con gran detalle el contrato de mediación (arts. 1.754-1.765), ninguna norma se refiere expresamente a la mediación matrimonial. Últimamente se señala una Circular reservada del Ministerio del Interior de 21 de noviembre de 1952, dando instrucciones a los Prefectos para que no permitan en adelante la apertura de nuevas agencias matrimoniales, con base en consideraciones de orden público y moral. Pero, aparte el evidente carácter administrativo de la disposición y su mínimo rango legislativo, la doctrina ha impugnado vigorosamente la citada Circular, poniendo en duda su legitimidad formal (38).

La jurisprudencia, tanto referente al Código derogado como al vigente, no ha seguido en esta materia una línea uniforme.

Un criterio restrictivo acusan las siguientes sentencias de Casación:

"El tercero no puede pretender una remuneración porque el matrimonio no es uno de los usuales contratos para los que sea posible la intervención pecuniariamente interesada de extraños para asegurar y poner de acuerdo las voluntades de los contrayentes" (S. de 24 de agosto de 1915).

"Es ilícita como contraria a las buenas costumbres la obligación asumida frente al mediador en la hipótesis de que su actividad sea eficaz y el matrimonio se lleve a efecto; la ingerencia del tercero ataca a la libertad" (S. 12 de diciembre de 1935).

En la misma línea debe citarse, por su modernidad, la sentencia del Pretor de Vignale Monferrato de 2 de noviembre de 1957, según la

(37) RENARD-VEUJÉAN-HANNEQUART, *Théorie générale des obligations en Les Nouvelles. Corpus Iuris Belgici. Droit civil IV* (Bruxelles 1957), p. 400 s. Opinión estos autores que, pese a la ausencia de decisiones jurisprudenciales, la nulidad sólo debe declararse cuando exista un atentado real a la libertad de consentimiento; será nulo el contrato cuando el mediador ha estipulado honorarios proporcionados a la dote que recibirá la futura esposa, pues atenta a la dignidad del matrimonio; también parece indiscutible la ilicitud cuando el corredor ha estipulado honorarios fijados de antemano, pero subordinados al buen éxito de la gestión; pero en los demás —concluyen— parece quedar exento de todo reproche y debe admitirse su validez.

(38) LOJACONO, op., cit., p. 598 s.

cual: "El contrato de mediación es nulo por ser contrario a las buenas costumbres; el abono espontáneo de la remuneración prometida constituye el cumplimiento de una obligación natural no productora de acción".

Siguen, en cambio, tendencia opuesta otras sentencias, tanto de instancia como de casación:

Así el Tribunal de Nápoles declaró en sentencia de 15 de junio de 1914 que era lícita la obligación de remunerar al mediador matrimonial si los medios utilizados por éste eran lícitos y honestos y la remuneración pactada no era excesiva.

La Casación en sentencia de 26 de noviembre de 1936 reconoció también el derecho a remuneración cuando la actividad se reduce a procurar el primer acercamiento entre los contrayentes y se desarrolla luego en el ámbito de las relaciones patrimoniales. Mas recientemente, el mismo Tribunal ha declarado en sentencia de 30 de julio de 1951 que si bien es objetivamente inmoral, y por tanto ilícito, el proxenético cuantas veces se resuelva en una prestación directa o indirecta sobre el consentimiento de los cónyuges, no es, sin embargo, ilícito el pacto de una compensación por el arreglo de las relaciones patrimoniales, y por el simple hecho de presentar o acercar a dos personas con fines de matrimonio, siempre que se pacte con independencia de la celebración del mismo.

C) En el caso resuelto por la sentencia del Tribunal de la Sagrada Rota Romana de 21 de junio de 1941 *coram* Heard, se trataba de un matrimonio celebrado en la India utilizando los servicios de un mediador, a quien se encargó buscar una mujer virgen, y por la cual se abonó, según costumbre, la cantidad de 20 rupias y 5 vestidos; celebrado el matrimonio se descubrió que estaba embarazada por obra de su tutor, marido de su hermana; se castigó el incesto y fue solicitada antes los Tribunales eclesiásticos la nulidad del matrimonio por error en la persona (error de cualidad redundante en la persona: *Volo ducere virginem quam puto esse Imeldam*), la cual fue concedida. En lo sentencia no se planteó directamente el problema de la licitud de la mediación matrimonial, sino que parece se da por supuesta (39).

7. *La licitud de la mediación matrimonial ante la doctrina científica.*

Dada la similitud de planteamiento, vamos a fijarnos especialmente en las opiniones expuestas por la doctrina francesa e italiana en sentido favorable y contrario a la ilicitud de la mediación matrimonial. Anteriormente he indicado el influjo decisivo de KOHLER en el momento de la codificación alemana; lo propio puede decirse de LAURENT

(39) Puede leerse en esta sentencia: "Cum Eleazarus Somra Xalxo, actor in causa, annus natus esset circiter 23, patruus eius David Budhu etiam in matrimonium iungendum esse consuit, ideoque, iuxta morem patriae, *mediatorem* Prenschand Patras Zirkí elegit ipsique praecepit virginem in sponsam nepotis adquirere..."

sobre la jurisprudencia belga o de MOSSA, en cierta medida, respecto a la italiana. Es normal que los Tribunales, en cuanto a las materias no reguladas por la ley, se hagan eco de las doctrinas preponderantes en el momento de dictar sus resoluciones.

A) *Doctrina francesa:*

FERRIÈRE (40) expone la doctrina anterior a la codificación. Proxenetista —dice— es un mediador de una venta, de un matrimonio o de cualquier otro negocio. Observaremos solamente que un proxenetista por razón de matrimonio no puede en derecho exigir el pago de lo que se le ha prometido; la ejecución y cumplimiento de una tal promesa depende enteramente de la honradez y liberalidad de aquellos a quienes se ha prestado el servicio, por muy beneficioso que pueda parecer el matrimonio que se ha concertado; tales pactos son ilícitos. Se recoge aquí, por tanto, la doctrina que aparece en los “arrêts” del Parlamento de París, antes expuesta. En el mismo sentido ROUSSEAUD DE LA COMBE (41) dice que en Francia no cabe convenir sobre esta materia, y los proxenetistas que logran concertar matrimonios sólo pueden aspirar a que se les dé lo que buenamente sea.

Después del *Code* Napoleón la doctrina de la ilicitud de la mediación matrimonial se sostiene por un grupo de autores prestigiosos, en su mayor parte pertenecientes al siglo XIX; con el lenguaje altisonante de la época condenan la institución considerándola contraria a la Moral y a las buenas costumbres, al par que atentatoria a la libertad matrimonial y rebajadora de la dignidad del matrimonio. He aquí algunos ejemplos:

Para LAROMBIÈRE (42): “tales pactos que rebajan el matrimonio a los términos viles de una especulación o de un tráfico, que tienden a violar su libertad, a alterar su dignidad y carácter moral, hieren nuestros sentimientos más delicados y repugnan profundamente a nuestras costumbres”.

DEMOLOMBE estima (43) se trata de un pacto de *quota dotis* contrario al orden público.

A juicio de GLASSON (44) sólo está permitido interponerse a los terceros cuando su intervención es el resultado de un efecto sincero y desinteresado”.

Por su parte LAURENT (45) dice que el matrimonio da lugar a un vínculo entre las almas, pero las almas ni se venden ni se alquilan, es el afecto el que las une.

(40) FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique* II, s. v. *Proxénète*, p. 459.

(41) ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Dictionnaire*⁴, 1769, s. v. *Proxénète*.

(42) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 1857, I, art. 1.133.

(43) DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, XXIV, 1891, 335.

(44) Citado por ROBERT-CHARRERAU, op., cit., p. 57.

(45) Laurent, cit., por ROBERT-CHARRERAU, op., cit., p. 59.

RIPERT (46) en su conocida obra “La règle morale dans les obligations civiles”, constata, a principios ya de este siglo, que la jurisprudencia condena estos contratos en nombre de las buenas costumbres porque pervienten actos que sólo deberían estar inspirados en pensamientos morales; la inmoralidad del contrato —prosigue— proviene, no del acto del agente, que puede ser un hombre perfectamente honrado, sino del envilecimiento del matrimonio transformado en un negocio en el que está interesado un tercero; por su parte, la tendencia favorable al reconocimiento de su licitud, le parece una prueba de que la laicización del matrimonio ha degradado el valor moral de la institución.

En una Tesis Doctoral publicada en 1934 resumía así su autor (47) las principales objeciones contra la validez de la mediación matrimonial:

- es un obstáculo a la plena libertad del consentimiento,
- debe presumirse el fraude por parte del mediador,
- es un contrato que infringe el orden público, pues al corredor le parecerán buenos todos los medios,
- el cálculo de honorarios conforme a un porcentaje sobre la dote es inmoral,
- finalmente, y como argumento secundario, el mediador promete una actividad en materia que es *extra-commercium*.

La tesis de la licitud tuvo sostenedores antes de la Codificación. El famoso abogado GILLET la defendió arduosamente en el caso resuelto por la sentencia del Parlamento de París de 7 de agosto de 1690. También he citado anteriormente la curiosa opinión de AUTOMNE.

Después del Código, la corriente doctrinal favorable a la licitud tarda en manifestarse, pero se produce vigorosamente a principios del presente siglo.

La inicia WAHL (48) quien subraya que la actuación del mediador no ha de traducirse necesariamente en una influencia decisiva sobre el consentimiento de los futuros contrayentes; no parece contrario al orden público provocar la conclusión de un matrimonio que, en sí mismo, es inimpugnable; la mera posibilidad de maniobras fraudulentas no debe dar lugar en todo caso a la nulidad; la misión del mediador no consiste en contraer un matrimonio, sino en poner a sus clientes en situación de poderlo contraer; aquélla no tiene por objeto el matrimonio mismo, sino únicamente facilitar, entre dos personas de sexo diferente, los “pour-parlers” con vistas al matrimonio; el mediador se obliga a una prestación de hacer consistente en poner a su cliente en relación con tercera persona proporcionándole información sobre la misma; por último, no deja de señalar WAHL que los servicios prestados por los mediadores son efectivos e indiscutibles.

(46) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* (cito por la cuarta edición publicada en 1949), p. 52 y 54.

(47) ROBERT-CHARREAU, *op. cit.*, p. 60.

(48) WAHL, *op. cit.*, p. 475 ss.

Luego la doctrina de la licitud se sostiene únanemente por autores como DEMOGUE, JOSSERAND, SAVATIER y BONNECASE (49). En la doctrina monográfica sobre el tema se encuentran opiniones muy matizadas. RUBY (50) afirma ser imposible el declararse totalmente adversario o partidario de la validez del corretaje matrimonial en razón a que existen diversas formas de mediación que exigen, a su vez, soluciones diferentes; es ilícito el contrato de compromiso matrimonial en virtud del cual el intermediario recibe un salario subordinado al éxito de su gestión; reputa por el contrario, lícito el contrato de mediación matrimonial por virtud del cual el intermediario recibe una remuneración proporcional a los gastos ocasionados, al trabajo prestado o al tiempo consagrado, háyase o no obtenido éxito. ROBERT-CHARRERAU (51) no considera necesaria una intervención legislativa, sino que atribuye a los Tribunales un amplio poder de decisión para determinar, caso por caso, la licitud o ilicitud del corretaje matrimonial. FRATANI (52) observa que este contrato ha penetrado ya en las costumbres francesas y que la declaración de su nulidad por los Tribunales sólo conducirá a que los corredores exijan fuertes provisiones de fondos; estima que acudir a un mediador matrimonial no implica forzosamente tener intención de hacer prevalecer las consideraciones pecuniarias en el matrimonio a contraer; a su juicio, los adversarios han confundido la causa y los motivos.

En un trabajo muy reciente sobre la causa inmoral, sistematiza DORAT DE MONTS (53) los diversos supuestos: 1.º Si el corredor ha estipulado honorarios proporcionados a la dote, se trata de un contrato inmoral; 2.º Subsiste la inmoralidad en el supuesto de que la remuneración independiente de la cuantía de la dote sólo se debiera en caso de éxito; 3.º Sólo se admite la licitud de la mediación cuando la retribución es independiente de la cuantía de la dote y el corredor se limita a poner en relación los dos candidatos al matrimonio sin influir en su consentimiento.

En resumen: puede afirmarse que es hoy doctrina corriente en Francia la de la licitud de la mediación matrimonial, pero dentro de límites muy restringidos; así aparece recogida en la doctrina manualística más reciente (54).

(49) DEMOGUE, *Traité des obligations* II, 1923, núm. 802; JOSSERAND, *Cours de droit positif français*, 1930, II, núm. 135; SAVATIER, *Effets et sanctions du devoir moral* (Th. París, 1916); BONNECASE, op., et loc., cit.

(50) RUBY, op., cit., p. 88 ss.

(51) ROBERT-CHARRERAU, op., cit., p. 135.

(52) FRATANI, op., cit., p. 44, 49, 124.

(53) DORAT DE MONTS, op., cit., p. 34 ss.

(54) CARBONNIER, *Droit civil* (París, 1955), I, p. 293 y 300, alude brevemente a esta institución, insistiendo en la necesidad de salvaguardar hasta el fin la libertad de cada uno de los contrayentes; mantiene una concepción restrictiva del corretaje matrimonial, a saber, sólo el acercamiento, sin que se comprometa a procurar el consentimiento del otro. MAZEAUD, *Droit civil I* (París 1955) se ocupa de la mediación matrimonial al estudiar la formación del vínculo. MARTY-RAYNAUD, *Droit civil I* (París 1956), p. 555 subrayan que

B) Italia:

Aquí la doctrina aparece mucho más dividida. En 1934 publicó MOSSA (55) un verdadero manifiesto contra la mediación matrimonial: "La salvaguarda de la Moral —dice— está en la aplicación fiel de la proclamada ilegitimidad de la mediación matrimonial. Ya se la considere ilícita por ser contraria a las buenas costumbres, según la tradición latina, o como una relación de conveniencia jurídicamente imperfecta, y que origina actuaciones de hecho entre las partes... es seguro en toda caso que la moral italiana será respetada verdaderamente si los Tribunales se declaran al margen de la mediación en el matrimonio".

Más ponderado es CARRARO (56) en reciente obra sobre la mediación en general, quien debe tener en cuenta la regulación actual del contrato de mediación en el Derecho italiano. A su juicio, hay dos tipos de razones que se oponen a la admisibilidad de la figura, unas de orden técnico-jurídico y otras de fondo. El "affare" a que alude el artículo 1.754 (57) del código vigente debe tener naturaleza patrimonial, y por tanto, la mediación matrimonial no cabe en el esquema legal del "contratto di mediazione". Pero además considera que la mediación matrimonial es, en sí misma, contraria a las buenas costumbres; es un negocio ilícito en sí mismo con independencia de la forma en que el mediador desarrolle su actividad: considera, en cambio, lícita la mediación referida a los bienes y la que tiene por objeto el simple acercamiento entre las partes cuando la remuneración no se condiciona a la celebración del matrimonio.

En la literatura institucional BARASSI (58) estima, si bien incidentalmente, que la mediación matrimonial es nula, y MESSINEO (59) abraza fuertes dudas acerca de su licitud, pues, afirma, el considerar lícita la actividad del mediador movida por una finalidad de lucro, se envilece el matrimonio y se le convierte en un negocio.

Pero dentro de la misma literatura institucional no deja de haber decididos partidarios de la licitud. BARBERO (60) se plantea las dos

si este tipo de operaciones se prohíben, se corre el riesgo de originar mayores abusos.

Es notable que estos autores tratan de la mediación al ocuparse del consentimiento matrimonial, respondiendo acaso a la vieja idea de que esta actividad puede viciarlo.

(55) MOSSA, op., cit., p. 201.

(56) CARRARO, op., cit., p. 262.

(57) He aquí el texto literal del artículo 1.754 del Código civil italiano de 1942: "Es mediador el que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio ("affare"), sin estar vinculado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación".

(58) BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*⁴ (Milano, 1955), p. 180.

(59) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁵ II 1 (Milano, 1950), p. 39. En el vol. I, p. 585, se pronuncia claramente por la inmoralidad del pacto.

(60) BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*⁵ (Torino, 1958), I, p. 569.

cuestiones fundamentales: ¿es lícita la mediación matrimonial?, de serlo ¿es relevante a los fines de realización del propósito negocial?; en su opinión, podrá decirse que repugne, pero no podrá encontrarse la norma que la prohíba; la obra de persuasión desplegada por el mediador no podrá calificarse de coacción, a menos que adopte las formas de violencia o induzca a un error relevante, y si tal actividad no se prohíbe cuando se realiza desinteresadamente, no se ve en qué forma el "interés" añade algo de jurídicamente ilícito. Respondiendo a la segunda pregunta, sostiene BARBERO que tampoco se ve, de no ser lícita, cómo no sea jurídicamente relevante, y relevante *in toto* sin la reserva de que la actividad mediadora se limite a facilitar el primer encuentro de los futuros cónyuges o la estipulación de las convenciones patrimoniales.

Ha sido sin embargo LOJACONO (61) quien se ha enfrentado a fondo con el tema, tratándolo monográficamente. Acaso no sea totalmente convincente su argumentación para eludir la dificultad planteada por la definición de la mediación en el artículo 1.754 del C. c. de 1942, pues entiende que el matrimonio es también un "affaire" con relevancia económica; la única nota específica de la mediación matrimonial es la falta de intereses contrapuestos entre las partes; objeto de la obligación asumida por el mediador no es el matrimonio sino la utilidad del servicio que aquél presta; la causa y los motivos de la mediación matrimonial son distintos de la causa y motivos del matrimonio que puede contraerse después; la mediación matrimonial no es algo jurídicamente irrelevante, regulado exclusivamente por los usos sociales, ni tampoco una obligación natural; de ser contraria al orden público habría que decir que la norma violada sería el principio de libertad matrimonial, que tiene un acusado sentido ético; pero con igual rigor debería llegarse a prohibir toda asistencia y guía por parte de los padres, parientes y amigos en la elección matrimonial, y asimismo toda iniciativa de extraños, aunque sean beneméritos y de absoluta confianza; hay que concluir por la licitud de este contrato, que tiene su razón de ser en las insuficiencias o dificultades que la vida moderna ofrece para la directa conclusión de los matrimonios.

C) Advertí al principio que en nuestro Derecho la mediación matrimonial podía también considerarse desde el punto de vista del Derecho canónico, si bien en la doctrina canónica no suele tratarse de este tema. El propio LOJACONO (62) ha estudiado el problema de si el mediador matrimonial puede incurrir en simonía, llegando a una solución negativa; en efecto, falta el elemento material porque objeto del pacto no es el sacramento del matrimonio, pues el cliente no compra del mediador el consentimiento para las nupcias de un tercero, ni tampoco la persona misma de este último en su aptitud para la procreación de la prole; análogamente, tampoco vende su propio consentimiento ni

(61) LOJACONO, *op.*, et loc., cit.

(62) LOJACONO, *op.*, cit., p. 606 s.

la propia persona al mediador; donde no existe una *res spiritualis in obligatione* tampoco puede haber simonía; falta también el elemento síquico porque el cliente no tiene derecho al matrimonio por haber abonado la remuneración al mediador, y ésta no constituye el contravalor fijado por las partes al sacramento.

7. *El problema de la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español.*

En los apartados anteriores he presentado un panorama doctrinal y jurisprudencial, lo más completo posible, acerca de la licitud de la mediación matrimonial. Una atenta consideración de las diversas soluciones propuestas en el Derecho comparado, persuade de la necesidad de un examen cuidadoso del problema en el Derecho español. Ante la existencia de una laguna legal cabe pensar que el legislador de 1889 —que descuidó también la regulación del contrato de mediación en general— no consideró necesario dictar normas sobre la mediación matrimonial, ni en sentido prohibitivo, ni en sentido permisivo; cabe también suponer que el legislador no dictara una norma especial por entender aplicables las normas generales de los negocios *contra bonos mores*; pero cabe, finalmente, mantener la tesis de la licitud de este contrato, posible al amparo de la libertad del pacto del artículo 1.255 del Código civil. En estos momentos el intérprete es libre de optar por cualquiera de las dichas soluciones, en espera de una decisión legal o de la formación de una doctrina jurisprudencial en la materia.

Por mi parte encuentro carentes de solidez los argumentos empleados para fundamentar la ilicitud, mientras que me parecen convincentes las razones aducidas en favor de la licitud.

Este contrato, se dice, es contrario al orden público por violar el principio de la libertad matrimonial (recogido por ej. en los artículos 43, 83-2.º, 101-2.º C. c.). Ahora bien, si el matrimonio contraído como resultado de la mediación de un tercero está afectó de alguno de los vicios aludidos (los de error o violencia suelen ser los más frecuentes), nada impide que se impugne con base en los preceptos indicados, y que al propio tiempo se exija la responsabilidad correspondiente al mediador en vía civil, o, incluso, penal. Pero que tal ocurra en algún supuesto, ello no debe servir de base para condenar en bloque la institución, ya que no puede afirmarse que, en todo caso, la mediación matrimonial conduzca necesariamente a una irregularidad en la celebración de las nupcias.

Los contratantes que intervienen en el corretaje, se alega, negocian sobre una *res extracommercium*; el estado civil —y el matrimonio origina el *status familiae* que es uno de los más importantes de la persona— está fuera del comercio de los hombres (artículo 1.814). Sin embargo, el que utiliza los servicios de un mediador matrimonial no parece contratar directamente sobre su estado civil actual o futuro; no se obliga a casarse con la persona que le indique o proporcione el corredor, o que acaso él mismo ha sugerido al mediador (como en fórmu-

las que antes vimos se han empleado en épocas anteriores), en todo momento conserva su libertad matrimonial y, precisamente, la subordinación del pago de la retribución al hecho de la celebración se alega como garantía última de aquella libertad matrimonial (63).

También se aduce que este contrato es contrario a la Moral por violar directamente las buenas costumbres. Ahora bien, aunque se acepta cierta relatividad en la noción de *boni mores* (64) (no los principios abstractos de la Moral de una religión determinada, o de una doctrina filosófica, sino los principios concretos vigentes en una sociedad determinada), me parece cierto que hoy día, en la sociedad española, y en materia matrimonial están vigentes los criterios de la Moral católica. Pero nada dice el Derecho canónico en contra de este pacto; antes bien, una sentencia rotal, de modo indirecto reconoce su validez. Por otra parte, ciertas instituciones religiosas la practican con fines elevados y ausencia de lucro. Ciertamente que en el juicio sobre la inmoralidad de una convención intervienen en buena medida elementos de hecho (65), pero por las razones expuestas me parece problemático que se condene la mediación matrimonial con base en la Moral católica.

No creo necesario acudir a la noción de obligación natural, como viene impuesto en los sistemas de orientación germánica, pues reputo plenamente eficaz desde el punto de vista jurídico la obligación nacida de un negocio jurídico de mediación matrimonial. Por otra parte, no existe en España la dificultad derivada de una rígida regulación legal del contrato de mediación, como ocurre en el Código italiano de 1942.

La causa y objeto de la mediación no deben confundirse con la causa y objeto del matrimonio que puede, o no, subseguir a aquélla. En la mediación, la causa para el mandante será (art. 1.274 C. c.) el servicio que le presta el corredor (una labor de información, de acercamiento o de promoción), y para el mediador, la retribución convenida. En cuanto al objeto, es obvio que el corredor no puede prometer el consentimiento para el matrimonio de un tercero (esta promesa sería algo jurídicamente irrelevante), sino únicamente su propia actividad (66).

(63) LOJACONO, op., cit., p. 619.

(64) MESSINEO, op., cit., I p. 585. En la doctrina belga opinan RENARD-VIEUJEAN-HANNEQUART, op., cit., p. 354 que las buenas costumbres son "en general, un conjunto de reglas de conducta, fundadas sobre el sentimiento del deber, de la dignidad de la persona humana, de la honestidad o del pudor público, admitidas por todos los ciudadanos cualesquiera que sean sus opiniones religiosas o filosóficas".

Lo dicho en el texto no prejuzga, sin embargo, mi opinión sobre la noción de "buenas costumbres" en el Derecho español.

(65) CARRER, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume* en RTDP. 3 (1949), 46.

(66) Ya lo expresó a principios de siglo, PLANIOL, op., cit., p. 81: "El objeto del contrato: nada tiene en sí mismo de inmoral. No es el consentimiento lo que constituye el objeto de la promesa del agente; lo que él promete es actividad personal, sus informaciones, su habilidad; promete un hecho personal. Bajo la condición de actuar honradamente, tal compromiso

Suele ser también objeto de censura el que la retribución del mediador esté subordinada a la efectiva celebración del matrimonio (por otra parte, es doctrina reiterada en sentencias de 2 de diciembre de 1902 y 3 de junio de 1950 que en el contrato de mediación en general el corredor sólo tiene derecho a cobrar su remuneración en el caso de éxito). La cláusula se establece por los mediadores para "estimular" a sus clientes, al propio tiempo que se hace valer como una prueba de "eficacia". Ahora bien, el propio Código permite en ciertos casos el legado *si non nuberis* (art. 793, 2) e implícitamente también el sometido a la condición *si nupseris*, por lo cual no parece repugne el que la celebración de un matrimonio vaya unido a la obtención de un lucro patrimonial por otra persona.

Mayores reservas puede suscitar el pacto, frecuente en otras épocas de que la remuneración fuese un porcentaje de la dote o bienes que la mujer aportase al matrimonio; pero ello puede subsanarse con un control por los Tribunales de los honorarios o retribución del mediador, sin necesidad de decretar la nulidad del contrato de mediación.

En resumen: ante la mediación matrimonial, realizada sobre todo por empresas organizadas científicamente, cabe expresar sentimientos de desagrado y aun de repugnancia instintiva (67), pero no cabe negar que prestan indudables servicios a la sociedad y que por ello no parece conveniente declarar su ilicitud.

parece que debe ser válido. La misión de los intermediarios es tan necesaria en el matrimonio como en las operaciones comerciales; sólo que la mayoría de las veces estos intermediarios actúan por pura liberalidad o por efecto. ¿Por qué excluir siempre por motivos preconcebidos y sin examen de los hechos la posibilidad de una remuneración?"

(67) WAHL, op., cit., p. 482.

La responsabilidad en la Ley sobre navegación aérea española

Dr. JOSE BONET CORREA

Secretario de la Sección de Derecho Aéreo
del VI Congreso Internacional de Derecho Comparado

SUMARIO: 1. Antecedentes: I. La incorporación de España a la colaboración internacional en el ámbito aeronáutico.—2. La situación legal española antecedente.—II. La legislación aeronáutica española vigente: 3. Ambito de aplicación de la “Ley sobre Navegación Aérea”.—III. La responsabilidad contractual aérea: 4. El daño o perjuicio como causa de responsabilidad.—5. Las clases de daño y su indemnización.—6. El seguro aéreo de responsabilidad civil.—IV. La responsabilidad extracontractual aérea: 7. Aceptación del sistema de responsabilidad objetiva de indemnización limitada.

I. ANTECEDENTES:

1. *La incorporación de España a la colaboración internacional en el ámbito aeronáutico.*

España se incorporó muy tempranamente a los progresos que la aviación fué realizando en nuestro siglo veinte, particularmente en el ámbito internacinonal del Derecho. Como recuerda TAPIA SALINAS (1), la aportación de nuestro país a la elaboración del moderno Derecho aéreo internacional resulta evidente ya desde sus comienzos. En 1911 y en 1913 tienen lugar en Madrid las sesiones del “Instituto de Derecho Internacional” y de la “International Law Association”, respectivamente, en las que se abordaron materias jurídicas aéreas, así como el problema de la condición jurídica del espacio aéreo.

Una vez terminada la primera guerra mundial, España presta todo su entusiasmo y esfuerzo al “Comité Internacional de Navegación Aérea” (C. I. N. A.), creado por el Convenio de París de 1919, donde se consigue, en unión de otros países, lograr una cierta igualdad frente a las exigencias de las grandes potencias. Esta colaboración internacional culmina con el “Congreso Iberoamericano de Navegación Aérea”, celebrado en Madrid en 1926, con una intencionalidad

(1) TAPIA SALINAS, *Aportación española al desarrollo del tráfico y Derecho aéreo internacional*. Madrid, s. a., pág. 11.

análoga al de París, la de unificar los criterios de los países de habla española y portuguesa (2). Otras participaciones españolas —señala TAPIA SALINAS— hay que recordar en el ámbito del Derecho internacional privado. Así, la conferencia reunida en París, en octubre de 1925, que aprueba un proyecto de convenio relativo a la responsabilidad del porteador en el transporte internacional. España también participa y se adhiere a las tareas del “Comité Internacional de Técnicos Jurídicos Aéreos” (C. I. T. E. J. A.), cuya tercera reunión se celebró en Madrid, en mayo de 1928, y en la que quedó aprobado definitivamente el anteproyecto de lo que más tarde, en 1929, habría de ser el Convenio de Varsovia para la reglamentación del transporte aéreo internacional, cuyo texto fué ratificado por España, entre los primeros cinco Estados que lo hicieron en 1930. Con el mismo espíritu de universalismo y de unidad se adhirió a los Convenios de Roma de 1933 y de 1952 (3).

España contribuye y colabora con el “Comité Jurídico Internacional de la Aviación”, el organismo privado de más importancia para el Derecho aéreo, ya desde sus comienzos en 1928, hasta su décimo congreso, en marzo de 1948. Si bien como consecuencia de la segunda guerra mundial y la política de bloqueo que sufrió España no puede participar en la “Conferencia de Chicago”, por no ser miembro de la O. A. C. I., más tarde, se le reconoce este derecho y se adhiere a ella por el Instrumento de ratificación de 10 de mayo de 1957 (4); igualmente España queda adherida al Convenio de París de 30 de abril de 1956 (5), que se refiere a los servicios irregulares y sus derechos comerciales.

Donde se demuestra el espíritu de colaboración y expansivo que anima nuestro deseo de contribución al perfeccionamiento del régimen jurídico aéreo es a través de sus acuerdos bilaterales (6), al sentar el precedente de ser los precursores de la llamada “quinta libertad del aire”, recogida por el Convenio de Chicago y suscrita en posteriores convenios en los que se adopta la postura de las más modernas tesis de compensación, reparto de tráfico, recomendación de Ginebra de 1948 y otras varias, para iniciar en el Tratado de la Toja (firmado con Francia en agosto de 1948) lo que ha merecido el calificativo de “nuevo tipo de acuerdo”, por inspirarse en los principios siguientes:

(2) Cfr. LOZANO RUIZ, *Derecho aéreo. Principios informativos para el desarrollo de la legislación aérea*, en *Aérea*, V (1927).

(3) Cfr. “Boletín Oficial del Estado”, núm. 117, de 17 mayo 1961; pág. 7415.

(4) Cfr. “Boletín Oficial del Estado”, núm. 117, de 17 mayo 1961, pág. 7419.

(5) Instrumento de Ratificación de 10 mayo 1957, cfr. “Boletín Oficial del Estado”, 17 mayo 1961; pág. 7419.

(6) Cfr. en la doctrina extranjera: MACHÍN, *Convenios tipo para el establecimiento de líneas aéreas internacionales*, en *Revista Aeronáutica*, 82 (1947); WEGERT, *Vom Wesen und Wandel der bilateralen Luftverkehrsabkommen*, en *Studi Ambrosini* (1957) págs. 167 ss.

A) Extensión del acuerdo al conjunto de las relaciones aéreas civiles entre los países interesados, cuando los acuerdos anteriores se limitaban a los transportes regulares.

B) División de las relaciones aéreas en dos grandes categorías: Servicios comerciales tratados y otros transportes aéreos (irregulares).

C) Régimen especial para los servicios de vecindad entre los dos países, que por primera vez figura como cláusula en los tratados aéreos.

España practica una amplia política aérea de Convenios bilaterales. Son dignos de mencionar los siguientes: el firmado con los Estados Unidos el 2 de diciembre de 1944, que se renueva el 4 de julio de 1950; le siguen los Convenios con Inglaterra, de 3 de octubre de 1944, de 20 de julio de 1950 y el de 1960; con Suiza son los de 17 de julio de 1946 y 3 de agosto de 1950; con Holanda los de 13 de julio de 1946, 8 de octubre de 1948 y 20 de julio de 1950. El Convenio con Argentina de 1 de marzo de 1947 y con Portugal el 31 de marzo de 1947; el Convenio con Francia de 23 de agosto de 1948; los Convenios con Brasil de 28 de noviembre de 1949 y de 20 de febrero de 1954; el Convenio con Italia de 31 de mayo de 1949; el Convenio con Suecia de 18 de febrero de 1950; el Convenio aéreo con Cuba de 19 de junio de 1951; el Convenio con Filipinas de 6 de octubre de 1951; el Convenio con Colombia de 11 de diciembre de 1951; el Convenio aéreo con Bélgica de 10 de marzo de 1952; el Acuerdo sobre servicios aéreos con Perú de 31 de marzo de 1954; el Convenio con Alemania occidental de 28 de abril de 1960 y de 12 de enero de 1961; el Acuerdo sobre transporte aéreo con el Gran Ducado de Luxemburgo de 26 de marzo de 1962, y el Convenio con Austria de 11 de mayo de 1962. Esta política de convenios bilaterales ha venido ratificada en la nueva Ley sobre Navegación Aérea de 1960, donde su artículo 88 autoriza la concesión de permisos y concesiones a empresas extranjeras para efectuar los servicios aéreos en España siempre que se reconozca el principio de reciprocidad y sin perjuicio para los nacionales.

Hay un caso de noble excepción, cual es el de poder sobrevolar en el territorio nacional, sin más requisito cuando se trate de aeronaves destinadas al servicio de búsqueda y salvamento, con arreglo a los convenios especiales (7). De otro modo, ninguna aeronave extranjera será autorizada a volar sobre territorio español sin tener garantizadas suficientemente las responsabilidades que pueda contraer por el sobrevuelo o por los contratos de transporte con subjeción a la Ley española (art. 90 de la Ley sobre Navegación Aérea). Ahora bien, el Estado español por Tratados y Convenios con otros Estados o mediante permiso especial podrá autorizar el tránsito inocuo sobre

(7) Sobre el servicio de búsqueda y salvamento son de interés las disposiciones siguientes: Decreto 17 junio 1955 y Orden 16 enero 1956.

su territorio de las aeronaves extranjeras (art. 2 de la cit. Ley). A las aeronaves extranjeras, mientras se encuentran en territorio de soberanía española, o en el espacio aéreo a ellas sujeto, les serán aplicadas las disposiciones de esta Ley, así como las penales, de policía y seguridad pública vigentes en España (art. 7 de la cit. Ley).

2. *La situación legal española antecedente.*

En cuanto a un sistema y límites de responsabilidad en el Derecho aéreo, España no contó, en principio, con normas adecuadas y específicas. Dadas sus analogías con el transporte marítimo, en cuanto a las características que presentan sus notas de hospedaje, escalas y sumisión del viajero a la autoridad del capitán o comandante de la aeronave, etc., el Código de comercio parecía el ordenamiento más apto para su aplicación. Igualmente, en cuanto a los accidentes de la navegación aérea, se acudía al régimen legal de los preceptos sobre la responsabilidad civil contractual y extracontractual del Código civil (arts. 1.089 y 1.902 al 1.910), por lo que la responsabilidad demandada de los actos y de las omisiones ilícitas, o en que interviniese cualquier género de culpa o negligencia era motivo o fuente de obligaciones (8).

Resulta, pues, que para el tráfico aéreo nacional, los preceptos del Código civil y de comercio fueron el ordenamiento jurídico aplicable. De este modo, se mantenía como principio fundamental, origen de la obligación de indemnizar, el de la culpa. La responsabilidad delictiva tenía su principio en la culpa, que se distinguía del dolo por la ausencia del elemento intencional (9). En cuanto a la culpa, los artículos 1.105 y 1.107 del Código civil son los que señalan las características fundamentales de esta responsabilidad. Conforme al artículo 1.105 es suficiente que el daño hubiese podido ser previsto para que se hubiese podido evitar; es que, se dice por este artículo, que "fuera de los casos expresamente mencionados en la ley y en los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables". Estos sucesos inevitables son la fuerza mayor y el caso fortuito que resultan identificados por nuestra jurisprudencia (10).

La prueba de la culpa del demandado debía ser aportada por el actor, según el precepto general de la obligación de indemnizar, contenida en el artículo 1.902 del Código civil y de una línea jurisprudencial constante (11), a la que se opuso otra corriente nacida de los

(8) Cfr. la Sentencia de 6 julio 1957 sobre un accidente aéreo.

(9) La Sentencia de 12 enero 1928 establece la distinción por la presencia o no de la malicia, mientras que el artículo 1.107 del Código civil se hace derivar de la existencia o no de la buena fe.

(10) Sentencias de 20 junio 1916, 26 febrero 1926 y 11 junio 1958, esta última considera un supuesto de responsabilidad por accidente aéreo.

(11) La Sentencia de 16 octubre 1956 manifestó que no habiendo probado el porteador que los daños ocurridos durante el transporte fueron debidos a

casos por accidentes de vehículos de motor y que acabará por imponerse igualmente para los supuestos ocurridos por tráfico aéreo, por la que se invierte la carga de la prueba debido a las dificultades con que se encontraba la víctima para hacer tal demostración, imputándose una prueba de verosimilitud o de probabilidad de la culpa del demandado, con aceptación por parte de éste, de una contraprueba que desvirtúe tales elementos de probabilidad (12).

Tal régimen de responsabilidad del Derecho común fué moderándose por la jurisprudencia para el tráfico aéreo nacional e internacional al tomarse en cuenta las normas del Convenio de Varsovia (13) y de Roma, así como las "Condiciones generales de transporte" de la "Asociación Internacional de Transportistas Aéreos" (I. A. T. A.) (14). Sin embargo, mientras que las normas de los dos Convenios citados eran favorables al viajero, en este sentido de la carga de la prueba, las procedentes de la I. A. T. A. resultan unas medidas de defensa y atenuación en pro de los transportistas aéreos.

Nuestros transportistas aéreos, con anterioridad a la nueva legislación, acudían a regular sus contratos pactando las condiciones más favorables para su tráfico nacional e internacional. Así, la compañía "Iberia", que adquirió el monopolio del servicio de viajeros en el tráfico aéreo interior por disposición gubernativa de 7 de junio de 1940, fué objeto de duras críticas al autoregularse su servicio desde el punto de vista jurídico por el derecho que se arrogaba de denegar la

un caso fortuito, fuerza mayor o vicio propio de la cosa, es procedente considerarlos de su exclusiva responsabilidad. La Sentencia de 11 junio 1958 revela la eficacia de la prueba aportada por la compañía demandada a causa de accidente aéreo.

(12) Cfr. SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*. Madrid, 1962, pág. 330 ss.; EHRENZWEIG, *La responsabilidad por daños causados por automóviles*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado", de México, VIII-23 (1955); págs. 31 ss.

(13) Sentencias 31 mayo 1954, 6 julio 1957 y 11 junio 1958.

(14) Cfr. la posición de la doctrina española: ROMERO ROMAÑA, *La responsabilidad de las compañías de navegación aérea en los accidentes*, en "Boletín del Colegio de Abogados de Madrid", 56 (1936), 99; ACEDO COLUNGA, *El contrato de transporte aéreo*, en "Revista de Derecho Privado", XXX (1946), 225; CASTRO RIAL, *El transporte aéreo*, en "Revista de Derecho Mercantil", III-8 (1947), 175; MORIS MARRODÁN, *La responsabilidad contractual del transporte aéreo*, en "Revista Jurídica de Cataluña" 60 (1949), 399; TAPIA SALINAS, *La responsabilidad del transportista derivada del contrato de transporte aéreo*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 69 (1952), 486; TAPIA SALINAS, *La responsabilidad del transportista en el transporte aéreo de pasajeros (El Convenio de Varsovia modificado en La Haya en 1955)*, en "Revista de Derecho Privado", XI (1956), 443; TAPIA SALINAS, *Ensayo de sistematización de la responsabilidad en el transporte aéreo internacional*, en Studi Ambrosini (1957), 93; GAY DE MONTELLÁ, *El sistema y límites de la responsabilidad en el Derecho aéreo*, en Ponencias españolas al V Congreso Internacional de Derecho Comparado. Barcelona, 1958, pág. 257; GAY DE MONTELLÁ, *Consideraciones sobre la responsabilidad civil en materia aeronáutica, desde el punto de vista del Derecho español*, en Studi Ambrosini (1957), 135.

firma de los contratos, sin más explicaciones, al limitar su responsabilidad civil exclusivamente a los accidentes ocurridos a bordo y al excluir cualquier otro accidente, ya en tierra dentro de la pista o del aeropuerto en prestación de su servicio, amparándose en estas cláusulas exonerativas (15).

Ciertos autores consideran que para el transporte aéreo nacional estas cláusulas son nulas, sin duda alguna, cuando interviene culpa o dolo del transportista (16), aunque otros (17) las consideren como cláusulas limitativas de la responsabilidad válidas en razón de los siguientes fundamentos: *a)* Que, carente el transporte aéreo de una regulación específica como regulación jurídica desprovista de todo antecedente, no es posible hacer aplicación de normas destinadas a otros transportes por el mero hecho de serlo, mientras resulta adecuado someterlo a los preceptos de Derecho común que regulan las posibilidades contractuales, los cuales, si bien no admiten la renuncia o limitación de la que nace de dolo (art. 1.102 del Código civil), no sigue igual criterio respecto a las procedentes de culpa. Es de tener en cuenta, se añade, que el Convenio de Varsovia deja íntegra la responsabilidad dolosa y que nuestro Tribunal Supremo (18) ha estimado facultad de las partes regular de manera distinta al Código las consecuencias legales del incumplimiento de las obligaciones contraídas, siempre que el pacto, cláusulas o condición en que así se establezca no sea contrario a la ley, a la moral o al orden público; *b)* Que, aun al aplicarse preceptos dictados para otros transportes, la responsabilidad limitada no era ajena a nuestra legislación. Los artículos 363 y 371 del Código de comercio no hacen sino señalar un límite a la responsabilidad del transportista cuando, en vez de alcanzar la indemnización a todas las consecuencias del daño producido, la reducen al valor de la cosa en el día y lugar en que debía de entregarse. Y, aprobada por Decreto de 14 de diciembre de 1945 la tarifa de la R.E.N.F.E., ésta recoge la indemnización limitada de 200 pesetas por kilo de mercancía, si no se hace especial declaración de valor y abono del suplemento correspondiente.

A nuestro juicio, tal postura no es correcta por las siguientes razones: ni se distingue, o mejor, se mezclan el transporte de cosas con el de personas, ni se hace una aplicación correcta de las normas citadas que, si bien no son opuestas a otras normas específicas (porque faltan), sí van contra la más normal razón moral e indefensión de la persona humana: el recelo inicial que tenemos contra toda cláusula de exoneración de responsabilidad, por parte de uno de los contratantes.

(15) Cfr. ACEDO COLUNGA, *El contrato de transporte aéreo*, cit., pág. 230. Sobre la repudiación e injusticia de estas cláusulas en DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Madrid, 1961.

(16) Cfr. GAY DE MONTELLÁ, *El sistema y límites de la responsabilidad*, cit., pág. 265; ACEDO COLUNGA, *El contrato de transporte*, cit., pág. 230.

(17) Cfr. MORIS MARRODÁN, op., cit., pág. 415.

(18) Sentencias 10 diciembre 1910 y 5 junio 1945.

tes, coincide con toda una corriente doctrinal en la que pueden verse los argumentos decisivos para considerarlas ineficaces, máxime en un ámbito como el transporte aéreo de personas que es el resultado del manejo de una fuerza peligrosa (19).

II. LA LEGISLACION AERONAUTICA ESPAÑOLA VIGENTE

3. *Ámbito de aplicación de la "Ley sobre Navegación Aérea"*

Con objeto de proveer al tráfico aéreo civil nacional de una reglamentación jurídica que sentase las bases de su organización, explotación y realización de las finalidades públicas y privadas, en cuanto medio de transporte, se dictó una "Ley de Bases de la Navegación Aérea", el 27 de diciembre de 1947. Sin embargo, el tiempo fue transcurriendo hasta que apareció el texto que contiene la "Ley sobre Navegación Aérea", de 21 de julio de 1960 (19 bis). Como se advierte en el Preámbulo de esta Ley, "el nacimiento de nuevas necesidades requirieron una reglamentación urgente, lo que motivó la pérdida de actualidad de los criterios en que se inspiraron los preceptos relativos a ciertas materias comprendidas en aquella primera disposición".

Esta consideración previa no es más que una pieza acomodaticia para justificar el rotundo cambio que, en su concepción, opera el nuevo ordenamiento aéreo, entre otras materias, la de responsabilidad. La nueva Ley española de navegación aérea da un giro completo respecto a los principios que se habían proclamado con anterioridad en la Ley de Bases y con los ya tradicionales del Derecho común (civil y mercantil). Sus notas características son: *a*) en cuanto a su ámbito de aplicación o jurisdicción; *b*) respecto a la nueva adopción del sistema de responsabilidad objetiva; *c*) el establecimiento de unas cantidades máximas de indemnización; *d*) y, el establecer un régimen de seguro aéreo de responsabilidad civil. Veamos cómo se desarrollan tales características.

En cuanto al ámbito de aplicación de la "Ley sobre Navegación Aérea", el art. 5 dispone: "Sin perjuicio de lo estipulado en Tratados o Convenios internacionales, la presente Ley regulará la navegación aérea nacional, en todo caso, y la internacional sobre territorios de soberanía española". De este modo queda circunscrito el ámbito de aplicación de la nueva Ley, fundamentalmente, respecto a la navegación aérea nacional, identificada esta última por dos características: por la posesión de la nacionalidad española de las personas físicas y jurí-

(19) Cfr. RUBINO, *Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 49 (1951), 3 ss.

(19 bis) En prensa esta publicación, aparecen los magníficos *Comentarios a la Ley española de Navegación Aérea*, de la Sección de Derecho Aeronáutico del Instituto Franciscano de Vitoria, que no hemos podido tomar en cuenta.

dicas que desarrollen el tráfico aéreo (art. 2 y 16) y por la dedicación al tráfico interior (art. 68).

La nacionalidad española de las personas físicas o jurídicas que se dediquen a la explotación de la navegación aérea es un requisito imprescindible para la inscripción de la aeronave en el Registro de matrícula (art. 16); es que, según el art. 18, "sólo podrán inscribirse en el Registro de matrícula de aeronaves del Estado español: Primero, Las pertenecientes a personas individuales o jurídicas que disfruten de la nacionalidad española.—Segundo. A instancia del arrendatario, las aeronaves arrendadas a quienes posean la misma nacionalidad" (20). Además, según el art. 19, "la aeronave matriculada en España dejará de ser española si legalmente se enajenara a persona que no disfrute de esta nacionalidad, o fuera matriculada válidamente en país extranjero".

La otra nota por la que se circunscribe y caracteriza el alcance de la nueva Ley de la aeronáutica española es la dedicación al tráfico interior (20 bis). El art. 68 lo determina al decir que "será tráfico aéreo interior el que se efectúe sobre territorio de soberanía del Estado nacional de la aeronave y tráfico aéreo exterior el que se realice en todo, o en parte, sobre territorio de soberanía de otro Estado". "Este tráfico se considera internacional cuando tenga escala en territorio extranjero". En este punto, la nueva Ley se pone de acuerdo o coincide con el criterio adoptado por el Convenio de Varsovia en su artículo 1.º, al determinar su campo de aplicación. Esta identidad de criterio permite que no se produzca un conflicto de leyes cuando se trate de situaciones perfectamente delimitadas por ambos ordenamientos, máxime cuando España, al haberse adherido a dicho Convenio, se regirá por sus normas cuando se trate de conflictos de Derecho internacional. Las compañías españolas que hagan vuelos internacionales, su responsabilidad por accidentes con daños a las personas y a las cosas, se regirán por lo dispuesto en el Convenio; sin embargo, puede suceder que la otra alta parte contratante, con la que España tenga relaciones en base a un Convenio bilateral, prescriba cuales son las normas por las que han de regirse. Tal situación queda prevista en el art. 88 de la nueva Ley sobre Navegación Aérea española, al disponer que "los servicios aéreos españoles para el tráfico internacional de carácter regular se establecerán mediante Convenios con los Estados interesados" (21). De este

(20) Con relación a la situación jurídica anterior, cfr. ALVAREZ ROMERO, *La aeronave en el nuevo Reglamento del Registro mercantil*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid (1957), 93 y ss. y *La aeronave y su situación registral*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (1957), 721 ss.

(20 bis) Dentro del tráfico interior, la Orden de 11 enero 1963, modifica la de 28 octubre 1960 sobre zonas prohibidas y restringidas al vuelo.

(21) Sobre la política jurídica de convenios bilaterales, véanse los ya citados en el número 1 de este estudio.

modo se delimita concretamente el campo de aplicación de las normas que han de regir los vuelos aéreos.

Ahora bien, añadirá el art. 125, “en defecto de Tratado internacional obligatorio para España, la responsabilidad en materia de transporte aéreo internacional se regirá por la presente Ley aplicada con el principio de reciprocidad”. En último término, según se dispone en el párrafo segundo del art. 5.º; “a falta de reglas propias en la materia, se estará a las leyes o disposiciones vigentes de carácter común”. De este modo queda previsto el campo normativo del tráfico aéreo internacional con un sentido preferente respecto a lo pactado convencionalmente [“sin perjuicio de lo estipulado en Tratados o Convenios internacionales” (art. 5), o “en defecto de Tratado internacional obligatorio para España” (art. 125)], y, en su defecto, mediante la aplicación dispositiva de la Ley dentro del área nacional [“en todo caso”, se dice, pues regula también la navegación aérea “internacional sobre territorios de soberanía española” (art. 5.º)] (22).

III. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL AEREA

4. *El daño o perjuicio como causa de responsabilidad.*

En materia de responsabilidad, en caso de accidente, el Preámbulo de la nueva Ley sobre Navegación Aérea (= L. N. A.) dice que “se introducen modificaciones esenciales, cuya necesidad era una exigencia manifiesta, por resultar ya insuficientes las disposiciones de nuestro Código civil, lo que obligaba a establecer contractualmente, para el tráfico interno, el sistema de indemnizaciones propio del tráfico internacional”. Efectivamente, la nueva ordenación da un giro de noventa grados respecto a la postura anterior en esta materia de responsabilidad, puesto que ya no tiene su base en la culpa del sujeto agente (transportista o sus dependientes), sino que la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente y el daño que se deriva. A este respecto es clara la posición adoptada por el art. 120 de la L. N. A., al mantener que “la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá, hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, en cualquier supuesto, incluso en el accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados, justifiquen que obraron con la debida diligencia”.

A juicio de SÁNCHEZ GAMBORINO (23), nuestra Ley aérea no se ha

(22) Sobre una interpretación crítica del alcance de esta Ley, cfr. SALVADOR, *La nueva Ley de Navegación Aérea*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, 210 (1961), 47 ss., y TAÍTA SALINAS, en la *Presentación a los Comentarios a la Ley española de Navegación Aérea*, cit. pág. XIII.

(23) SÁNCHEZ GAMBORINO, *El sistema de responsabilidad objetiva a la Ley de navegación aérea y su posible extensión a los transportes por todas las vías*, en “Revista de Derecho Mercantil”, 77 (1960), 144 ss.

limitado (como la teoría de EXNER) a eliminar el criterio de la "imprevisión", informante del art. 1.105 del Código civil español o del art. 20 del Convenio de Varsovia, sino que rompe igualmente con la "inevitabilidad", último reducto de la doctrina de la culpa. Señala este autor que, además de romper por igual con la doctrina del Código civil y del Convenio de Varsovia, esta Ley lo hace también con esas delicadas cuestiones sobre el acceso de las partes a la práctica de las diligencias de prueba en los momentos subsiguientes al siniestro (24).

Creemos que aún se pueden perfilar más las nuevas características de la L. N. A., por su adopción de un sistema total de responsabilidad objetiva, en cuanto a su extensión, y, respecto a su intensidad, al aplicar un sistema limitativo, por lo que se refiere a la cuantía de las indemnizaciones. En primer lugar, la L. N. A. nos dice lo que ha de entenderse por "daño"; el art. 115 precisa que "a los efectos del presente capítulo se entenderá por daño en el transporte de viajeros el que sufran éstos a bordo de la aeronave y por acción de la misma, o como consecuencia de las operaciones de embarque y desembarque". Dado que idénticos términos del Convenio de Varsovia habían planteado dificultades de interpretación respecto al alcance de los mismos, nuestra L. N. A. perfila más ahora su ámbito de aplicación o exclusión cuando en el párrafo segundo añade que "el daño acaecido con motivo del empleo de otro medio de transporte para el servicio de viajeros de la aeronave fuera del aeropuerto, aunque dicho medio sea de la misma Empresa, queda excluido de las disposiciones de este capítulo" (24 bis). Por lo que a las cosas se refiere, el párrafo tercero puntualiza que "en el transporte de mercancías y equipajes se estimará como daño el que experimenten dichos efectos desde su entrega a la Empresa hasta que por ésta sean puestos a disposición del destinatario, excepto el tiempo durante el cual permanezcan en poder de los servicios aduaneros". "Lo dispuesto en este párrafo se entiende sin perjuicio de la responsabilidad que como depositario le corresponde, conforme, a lo prevenido en el artículo ciento nueve de esta Ley".

Se advierte el progreso evidente que, respecto al Convenio de Varsovia, alcanza nuestra Ley aérea en cuanto adopta su misma terminología, pero le da un alcance concreto. Al igual que en la disposición internacional, el daño habrá de ocurrir "a bordo de la aeronave" o en las "operaciones de embarque y desembarque"; no obstante, se concreta más cuando se añade "por acción de la misma" (aeronave), es decir, que cuando el pasajero una vez en tierra, la aeronave, por un accidente mecánico u otro cualquiera que de ella se derive, le lesiona, el daño ocurrido se comprende como responsable en los términos de la Ley aérea. En cuanto a las operaciones de embarque y desembarque también quedan bien definidas según el contexto del párrafo siguiente.

(24) SÁNCHEZ GAMBORINO, op., cit., pág. 147.

(24 bis) Cfr. Orden de 14 septiembre 1961, por la que se aprueba el Reglamento de Cooperación aéreo-terrestre.

al hablar del daño ocurrido "fuera del aeropuerto"; hay que entender que cuando el viajero está aún dentro del aeropuerto y atiende razones y órdenes del transportista, o personal subordinado en acto de servicio, aun fuera de a bordo, ha comenzado la operación de embarque o desembarque (25). El fundamento de tal alcance, respecto a las personas o viajeros, está en la relación de causalidad que implica la organización del transporte aéreo, así como en el carácter dispositivo de la propia norma al prever sus tres estadios posibles en cuanto a la imputación de responsabilidad: "a bordo", "por acción de la misma" (aeronave) y "como consecuencia de las operaciones de embarque y desembarque".

El fundamento jurídico del alcance de la responsabilidad del transportista, respecto a las cosas, resulta de la "entrega" (art. 115, III), al prescribirse que "hasta que por ésta (la empresa) sean puestas a disposición del destinatario". La nueva Ley acepta y ratifica, una vez más, el principio general que todo transportista tiene sobre las cosas entregadas, o sea, de custodia (vigilancia y protección) (art. 108 de la L. N. A.), concordante con el admitido por el art. 18 del Convenio de Varsovia. Sin embargo, se trata de una custodia más exigente y de mayor alcance que la de dicho Convenio, porque no cabe la prueba en contrario de la presunción que allí se establece cuando las cosas se dañan fuera de abordó, y tan sólo basta con que se encuentren bajo su poder. La Ley española hace responsable al transportista durante un período de tiempo que comprende el transporte aéreo, propiamente dicho, hasta un período posterior, la puesta a disposición del destinatario de la cosa, momento de la resolución del contrato de transporte. Ahora bien, a esta amplitud se ponen ciertos límites, como el dispuesto en el art. 109 de la L. N. A., que cambia el carácter de su responsabilidad, pasando a ser un depositario remunerado, cuando dice que "cuando no pueda efectuarse la entrega de los objetos transportados porque no se encuentre el destinatario o porque éste se niegue a recibir las mercancías sin consignar protesta sobre el deterioro que puedan tener las mismas o porque el destinatario no quiera pagar los gastos de reembolso, transporte u otros que le correspondiesen, el transportista lo comunicará al expedidor". En este caso, el transportista se constituirá en depositario remunerado de las mercancías durante el período de un mes; transcurrido el cual, si el expedidor no hubiese dispuesto de ellas, aquél podrá enajenar en pública subasta con las

(25) Creemos que se deberá excluir de esta responsabilidad al transportista cuando el viajero permanece en el aeropuerto antes de recibir un aviso, orden o decisión para dirigirse a la aeronave. En cambio, la costumbre de transportar a los viajeros en autobús, ya en la pista, desde el acceso de salida hasta la escalerilla de la aeronave, comprende una operación de embarque y viceversa, de desembarque; por lo tanto, si ocurre un daño en esas circunstancias se consideraría como accidente aéreo, a pesar de la excepción señalada por la L. N. A. al hablar del empleo de otro medio de transporte, pues se trata cuando se usa "fuera" ya del aeropuerto (art. 115, II).

formalidades que el Reglamento señale, resarcíendose los gastos y quedando el resto a disposición de los que resulten con derecho a él". "Si el objeto del transporte fuese de naturaleza perecedera, el plazo fijado en el párrafo anterior podrá ser reducido en beneficio del valor en venta de la cosa transportada". "El depósito de las cosas a que aluden los párrafos anteriores puede ser hecho por el transportista, bajo su responsabilidad fuera de su domicilio". Es de destacar la alusión que se hace a un Reglamento, que hasta ahora no ha sido confeccionado, pero que indudablemente será de mucha utilidad para pormenorizar una serie de cuestiones que complementen la Ley y para aclarar ciertos puntos de su aplicación práctica (25 bis).

5. *Las clases de daño y su indemnización.*

Después de conocer lo que se entiende por daño, según la nueva Ley sobre Navegación Aérea, su texto especifica la clase de daños de que es responsable el transportista.

El art. 116 manifiesta que: "El transportista es responsable del daño o perjuicio causado durante el transporte:

Primero.—Por muerte, lesiones o cualquier otro daño corporal sufrido por el viajero.

Segundo.—Por destrucción, pérdida, avería o retraso de las mercancías y de los equipajes, facturados o de mano."

Del texto de este artículo puede advertirse como nuestra L. N. A. contiene un matiz especial al añadir, al daño, los perjuicios causados durante el transporte: es decir, que la lesión puede ser material o empírica y puede ser moral o espiritual. Naturalmente que la lesión moral habrá de tener un contenido patrimonial o ser susceptible de él por una valoración de tipo pecuniario (26).

Puede ofrecer algún reparo que el apartado primero se haya referido textualmente a "cualquier otro daño corporal sufrido por el viajero"; a nuestro juicio, la expresión se refiere a una categoría máxima de daño, como sucede con la muerte del pasajero, para concluir con el más mínimo sin necesidad de recurrir a detallarlos específicamente; ahora bien, siempre en la línea de los daños corporales. Sin embargo, ello no supone la exclusión de los daños morales, por las siguientes razones: a) porque un daño moral casi siempre tiene una base física o referencia corporal; b) porque tanto el concepto de "daño" como el de "perjuicio" comprende ambos (corporal y moral).

El art. 94 de la nueva L. N. A. prevé que "cuando el viaje se sus-

(25 bis) TAPIA SALINAS, en la *Presentación de los Comentarios a la Ley española de Navegación Aérea*, cit. pág. XII, critica la excesiva remisión a los Reglamentos y sus inconvenientes de no realizarse o redactarse posteriormente.

(26) En cuanto a la valoración de los daños morales, cfr. DESANTES, *Daños morales* (S. 9 diciembre 1949), en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, III-1 (1950), 225 ss.; DE CASTRO Y BRAVO, *La indemnización por causa de muerte*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX-2 (1956), 449.

penda o retrase por causa de fuerza mayor o razones meteorológicas que afecten a la seguridad del mismo, el transportista quedará liberado de responsabilidad, devolviendo el precio del billete". Resulta evidente que del texto del artículo sólo puede darse la exención de responsabilidad cuando la suspensión o el retraso del transporte aéreo se deban a una fuerza mayor o condiciones meteorológicas adversas, pues, de otro modo o causa que no sean las citadas hacen responsable al transportista de la suspensión o del retraso. Por tanto, las cláusulas o condiciones que hasta ahora solían hacerse al dorso del billete excluyendo la responsabilidad del transportista en cuanto a la falta de puntualidad en las horas de salida, empalme o llegada, podrán ser objeto de reclamación cuando causen un daño y sean debidas a causas ajenas a las citadas (fuerza mayor o razones meteorológicas), parece ser que la indemnización por tal retraso sea el precio del billete y no otro, dado que en la Ley no se distingue para los dos supuestos citados de suspensión y retraso.

La nueva Ley sobre Navegación Aérea demuestra que no adoptó con exclusividad el sistema de responsabilidad objetiva respecto a los daños que puedan causarse a consecuencia del transporte aéreo, y no prescindió del sistema de responsabilidad por culpa. Claramente se advierte en el art. 121 cuando manifiesta que "no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el transportista u operador responderán de sus propios actos y de los de sus empleados, y no podrán ampararse en los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave. En el caso de los empleados habrá de probarse, además, que éstos obraban en el ejercicio de sus funciones". También, junto a estos supuestos de suspensión y retraso, la nueva Ley considera el sistema de culpabilidad subjetiva para el caso de la utilización de la aeronave por un extraño; cuando una persona utiliza la aeronave sin el consentimiento del transportista o propietario, responde ilimitadamente ella misma, aunque subsidiariamente se le impute a dicho transportista o propietario, si no se demuestra que le fue imposible impedir el uso ilícito, si bien con los límites establecidos en el capítulo XIII de la L. N. A. (art. 122 de la misma).

Por el contrario, en el transporte de cosas (equipaje y mercancías) la responsabilidad es en toda su extensión de carácter objetivo (artículo 116 de la L. N. A.). Así se advierte al señalarse el límite máximo de las indemnizaciones, cuando la suspensión supone la reintegración o devolución del precio del billete, salvo que los pasajeros optasen por el reembolso de la parte proporcional al trayecto no recorrido (art. 94 de la L. N. A.); y, cuando por retraso de la entrega de la carga o equipaje facturado, la indemnización será hasta el límite de una cantidad equivalente al precio del transporte; y, si la carga o equipaje facturado o de mano se transporta bajo manifestación de va-

lor declarado, aceptado por el transportista, el límite de la responsabilidad corresponde a ese valor (art. 118, III de la L. N. A.). Las reclamaciones por avería o retraso de la carga o equipaje facturado deberán formalizarse por escrito ante el transportista u obligado, dentro de los diez días siguientes al de la entrega, o la fecha en que debió entregarse, conforme a lo dispuesto por la nueva Ley (art. 124).

Las indemnizaciones a favor del viajero, según lo ordenado por la nueva Ley serán las siguientes:

Primera.—Por muerte o incapacidad total permanente: doscientas mil pesetas (200.000 ptas.).

Segunda.—Por incapacidad parcial permanente, hasta el límite de cien mil pesetas (100.000 ptas.).

Tercera.—Por incapacidad parcial temporal, hasta el límite de cincuenta mil pesetas (50.000 ptas.).

Las indemnizaciones respecto a la carga o equipaje facturado, o de mano, serán las siguientes, según el art. 118:

Primera.—Por pérdida o avería en la carga, hasta el límite de quinientas pesetas (500 ptas.) por kilogramo de peso bruto.

Segunda.—Por pérdida o avería de equipajes, facturados o de mano, hasta el límite de diez mil pesetas (10.000 ptas.) por unidad.

Los límites de las sumas de indemnización de la Ley sobre Navegación Aérea española son bastante más bajos que los adoptados o revisados por el Convenio de Varsovia, si bien han sido adecuados a nuestro inferior nivel de vida o renta *per capita* (27).

Una de las características de nuestra Ley es que las indemnizaciones debidas por daños a las personas gozarán de preferencia para su cobro, con respecto a cualquier otra exigible por el siniestro, si el responsable no alcanza a cubrirlas todas (art. 119, *in fine*); y, según el artículo 124, “la acción para exigir el pago de las indemnizaciones a que se refiere este capítulo prescribirá a los seis meses, a contar desde la fecha que se produjo el daño”.

6. El seguro aéreo de responsabilidad civil.

La nueva tendencia a garantizar socialmente la seguridad de las personas, por lo que al tráfico aéreo se refiere, tiene su expresión más genuina por el reconocimiento y adopción del llamado seguro obligatorio (28). Con esta medida se logra, por lo menos, atenuar el problema de la reparación a la víctima y establecer los límites máximos y mínimos de una indemnización relativamente adecuada (29).

(27) Cfr. artículo 22 del Convenio de Varsovia.

(28) Para una etapa española anterior cfr. Ley 26 septiembre 1941 y Reglamento 8 mayo 1942 (art. 2.º) y la Orden 9 noviembre 1950 sobre indemnizaciones del seguro de viajeros, cfr. CORTÉS GIRÓ, *Transportes y seguros de mercancías* (tierra, mar y aire). Barcelona, 1958; GARRIDO COMAS, *Seguros de aviación*. Barcelona, s. a.

(29) Sobre el aumento del valor de las indemnizaciones en el seguro obligatorio de viajeros, cfr. Orden 11 junio 1962.

Al ser el seguro una institución que tiene por excelencia la prevención actúa como protectora de las consecuencias dañosas de los riesgos que amenazan al hombre moderno en su vida o patrimonio. El interés asegurable es, pues, el objeto fundamental del contrato de seguros que se prevalece de un riesgo, económicamente apreciable en dinero, expuesto a una pérdida o daño como consecuencia de un siniestro. En definitiva, que el riesgo es la causa del contrato de seguros.

Entre los seguros de daños surgen actualmente dos grupos: los seguros de cosas y los seguros de responsabilidad. Los primeros tienen por objeto indemnizar al asegurado de las pérdidas materiales que sufra directamente su patrimonio. Los seguros de responsabilidad tienen por objeto garantizar al asegurado contra los perjuicios que pudiera causar a un tercero. Pues bien, estas dos clases de seguros son hoy adoptadas por el tráfico jurídico aéreo en vista del riesgo específico que su desarrollo implica.

Si el sistema de responsabilidad subjetiva, o por culpa, tiende a dejar desvinculado al empresario aéreo de una reparación al usuario o tercero por caso fortuito y fuerza mayor es indudable que el contrato de seguro tratase de rellenar ese vacío que se crea con el riesgo aéreo; incluso, para el empresario resulta más cómodo y beneficioso desplazar dicho riesgo cuando asegura un posible contratiempo.

La experiencia fue demostrando cómo el seguro aéreo vino a desempeñar una función complementaria en simbiosis con la responsabilidad, de cómo le siguió al igual que la sombra al cuerpo. Era tan necesario para cubrir ciertos riesgos que sin el seguro sucederían las descapitalizaciones de las empresas y el viajero quedaría abandonado a una fatalidad de pésima suerte. No es extraño que se haya hablado de una "socialización de la responsabilidad", en cuanto esta relación entre responsabilidad y seguro es tan estrecha que desemboca en un seguro social de daños. Es que la idea de mutualidad del seguro se ha hecho consciente; ya no se trata de un simple desplazamiento del riesgo, se descubre la función económica y social del seguro. El seguro deja de ser una esfera privada de cobertura de riesgos para transformarse en una idea de mutualidad y defensa pública; una medida de alcance general y obligatoria, cooperadora y garantizadora de la seguridad social.

Es cierto que esta idea elevada del seguro todavía no ha sido asimilada por las empresas y sociedades que lo explotan, del que sólo pretenden obtener el mayor número de asegurados para acrecentar sus beneficios y soportar más cómodamente los riesgos. Tampoco a las empresas aéreas les interesa aceptar un sistema objetivo de daños por los riesgos, pues no hay exoneraciones, inhibiciones o escapes burlescos frente al dañado. Es que falta todavía una madurez de cooperación social y una conciencia del resultado o del atentado que supone el desamparo a la integridad física y moral de la persona.

Los sistemas de responsabilidad y seguro hasta ahora propuestos internacionalmente, además de pecar de tímidos, complejos e incom-

pletos, no han sido tan siquiera aceptados unánimemente. La experiencia de los Convenios de Roma es triste y lamentable y poco o nada se ha avanzado en este pugilato de intereses, de fugas y evasiones, de esperas y dilaciones que las empresas aéreas y de seguros tratan de imponer por todos los medios (30).

Por el contrario, nuestra nueva Ley sobre la Navegación Aérea ha venido a romper una lanza contra esta situación; la relación entre responsabilidad y seguro viene a ser resuelta concretamente. Así, el capítulo catorce lo dedica a los seguros aéreos, adoptando dos clases, según su art. 126, al decir que "los seguros aéreos tienen por objeto garantizar los riesgos propios de la navegación que afectan a la aeronave, mercancías, pasajeros y flete, así como las responsabilidades derivadas de los daños causados a tercero por la aeronave en tierra, agua o vuelo". La L. N. A., además, impone la modalidad del seguro obligatorio, en el art. 127, al prescribir que "serán obligatorios el seguro de pasajeros, el de daños causados a tercero, el de aeronaves destinadas al servicio de líneas aéreas y de las que sean objeto de hipoteca". Esta garantía de tipo social se extiende a las aeronaves extranjeras cuando circulen por el espacio aéreo nacional, no autorizándose sus vuelos mientras no justifiquen tener asegurados los daños que puedan producir a las personas o cosas transportadas o a terceros en la superficie (artículo 128). Incluso, para salvar mayores dificultades, la disposición anterior añade que estos seguros podrán sustituirse por una garantía constituida mediante depósito de cantidades o valores, o por una de las fianzas admitidas por el Estado (art. 128 *in fine*) (31).

La doctrina española no dejó de tratar las cuestiones fundamentales y prácticas que surgen respecto a los límites del seguro de responsabilidad civil y las consecuencias jurídicas de este tipo de seguro (32), con especial consideración a cuatro puntos: a) el trato directo del asegurador con la víctima; b) las prohibiciones impuestas al asegurado; c) la dirección del litigio, y d) la acción directa contra el asegurador.

Otra cuestión práctica de interés es la de si la indemnización otorgada por el seguro obligatorio de pasajeros forma parte de la total debida o, considerada independiente, se abonará además de la que pague el transportista (33). A juicio de MORIS MARRODÁN (34), no se

(30) Cfr. AMBROSINI, *La Convenzione di Roma 1952 sui danni causati da aeromobili ai terzi alla superficie*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 53 (1955), 68 ss.

(31) Tal norma esta de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 12 del Convenio de Roma de 1933.

(32) Cfr. BENÍTEZ DE LUGO, *El riesgo jurídico (Los seguros de gastos de procesos y litigios)*. Madrid, 1961, pág. 36; BONET CORREA, *Las relaciones entre responsabilidad y seguro en el Derecho aéreo internacional*, en *Ponencias españolas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Barcelona, 1962, pág. 179 ss.

(33) Sobre el régimen de indemnizaciones del seguro de viajeros, cfr. Orden 9 noviembre 1950.

(34) MORIS MARRODÁN, *op. cit.*, pág. 416.

deben silenciar los motivos por los que dicha indemnización, percibida por el perjudicado o sus familiares, deberá deducirse de la que satisfaga el transportista. Tales motivos son: a) Porque la moral del concepto de indemnización impide que quién la obtenga se lucre en relación con el perjuicio sufrido o con la estimación legal de ese perjuicio; b) porque, a diferencia de los seguros voluntarios, el obligatorio viene a ser una institución de Derecho público cuya finalidad no es beneficiar al viajero con un doble resarcimiento, sino ejercer una función social y de justicia, tanto en favor de aquél como de las empresas; c) porque la prima (impuesto-prima, según la denominación legal) se abona en el transporte aéreo por la empresa, que la detrae de la tarifa oficialmente señalada, la cual no sufre aumento alguno por razón de seguro obligatorio; no ocurre así en los transportes por ferrocarril, en que las tarifas señaladas por el Decreto de 14 de diciembre de 1945 se elevan, entre otros conceptos, por el importe de la prima del seguro forzoso a que nos referimos (35).

El nuevo ordenamiento español sobre la navegación aérea sólo ha recogido y pretendido asegurar dos supuestos, que aparecen detallados en el art. 129: "La indemnización por el seguro de la aeronave en caso de siniestro o pérdida de la misma será designada judicialmente, para su entrega a quienes corresponda en caso de que aparecieren terceras personas con posible derecho a la expresada indemnización o se hubiese promovido reclamación judicial de preferencia sobre la misma". Y el otro supuesto referido al acreedor hipotecario, disponiéndose por el párrafo segundo de este mismo artículo que "para facilitar al acreedor hipotecario el ejercicio de sus derechos, el Juez ante quien se consigue la indemnización le notificará el siniestro, si fuere conocido según el Registro de aeronaves, y en todo caso se publicarán edictos en el "Boletín Oficial del Estado", en tres fechas distintas durante los tres meses siguientes al día en que tuvo lugar dicho siniestro".

El haber puesto la indemnización por seguro de la aeronave en manos del Juez es una garantía y un acierto de nuestro ordenamiento, sobre todo, cuando se han repetido con cierta frecuencia abusos, *dolus bonus* y otros artilugios por las compañías aseguradoras a la hora de indemnizar al asegurado. El sistema de límites (máximos y mínimos) establecidos por la Ley para la cuantía de la indemnización, así como el control judicial otorgado para su entrega, son justas compensaciones para ambas partes contratantes del tráfico aéreo y una realización eficaz dentro de un sentido de justicia conmutativa.

(35) La Resolución de la Dirección General de Ferrocarriles, de 13 abril 1956, contiene la doctrina que sostiene que el seguro de viajeros compensa solamente el hecho de las lesiones y es independiente de la responsabilidad civil correspondiente al porteador por los daños que ocasionó su negligencia en el contrato de transporte.

IV. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL AEREA

7. *Aceptación del sistema de responsabilidad objetiva de indemnización limitada.*

El Gobierno español reconoció y ratificó el Convenio de Roma de 1933 (36) y el de 1952 (37), por lo que de esta manera se adhirió al movimiento internacional de responsabilizar a los transportistas aéreos de los daños causados con sus aeronaves a los terceros o sus bienes en la superficie.

Con la entrada en vigor de la L. N. A. se acoge por nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad objetiva para el tráfico aéreo civil nacional contractual y extracontractual. Por este último, de un modo general se establece en su artículo cuarto que "los dueños de los bienes subyacentes soportarán la navegación aérea con derecho a ser resarcidos de los daños y perjuicios que esta ley cause". Esta obligación general de soportar la navegación aérea tiene un alcance general para todos los ciudadanos que residan en el Estado español, y un alcance particular para determinados propietarios a quienes se les impone sobre sus fincas ciertas servidumbres aéreas (arts. 51, 52, 53 y 54 de la L. N. A.) (38).

De un modo particular, el artículo 119 de la L.N.A. establece: "son indemnizables los daños que se causen a las personas o a las cosas que se encuentren en la superficie terrestre por acción de la aeronave, en vuelo o en tierra, o por cuanto de ella se desprenda o arroje". De este primer párrafo del artículo 119 se advierte la instauración plena del sistema de responsabilidad basado en el elemento objetivo del daño. Pero según queda expuesto, es el artículo 120 quien viene a confirmarlo de un modo expreso al considerar que la razón de indemnizar, tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá hasta los límites de responsabilidad que se establecen en cualquier supuesto, incluso en el accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia.

Naturalmente, como todas las demás legislaciones confirman, no podrán ampararse en los límites de responsabilidad establecidos por la indemnización cuando el transportista u operador y sus dependientes hayan obrado con dolo o culpa grave. Sin embargo, la Ley española no previene el caso de la culpa grave o dolo de la víctima,

(36) Cfr. AMERIGÓ CASTAÑO, *Los daños a terceros en la navegación aérea española*. Madrid, 1952, pág. 12 ss.

(37) Véase el instrumento de Ratificación del Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras de 24 de enero de 1957, en "Boletín Oficial del Estado", número 117, de 17 mayo 1961, pág. 7415.

(38) Sobre servidumbres aéreas cfr. Decreto 2 abril 1954 y las Sentencias de 16 noviembre 1951 y 27 marzo 1958.

respecto a los daños en la superficie al adscribirse de un modo absoluto al sistema de responsabilidad objetiva.

Según el artículo 123, en caso de colisión de aeronaves, los empresarios de ellas serán solidariamente responsables de los daños causados a tercero (39). Sin embargo, aquí se distingue la culpa interviniente en las personas de la tripulación, al decir que "que si la colisión ocurre por culpa de la tripulación, de una de ellas serán de cargo del empresario los daños y pérdidas, y si la culpa fuese común o indeterminada, o por caso fortuito, cada uno de los empresarios responderá en proporción al peso de la aeronave".

El sistema limitado de indemnizaciones lo establece el párrafo segundo del artículo 119, al prescribir que "las indemnizaciones debidas por aeronave y accidente, tendrán las limitaciones siguientes:

Primero.—Para aeronaves hasta de 1.000 kilos de peso bruto, seiscientas mil pesetas (600.000 pesetas).

Segundo.—600.000 pesetas, más 480 pesetas por kilo que exceda de los mil, para aeronaves que pesen más de mil y no excedan de seis mil kilogramos.

Tercero.—3.000.000 de pesetas, más 314 pesetas por kilogramo que exceda de los seis mil, para aeronaves que pesen más de los seis mil y no excedan de veinte mil kilogramos.

Cuarto.—7.400.000 pesetas, más 186 pesetas por kilogramo que exceda de los veinte mil, para aeronaves que pesen más de veinte mil y no excedan de cincuenta mil kilogramos" (40).

La Ley añade que se entiende como peso de la aeronave a los efectos de este artículo, el máximo autorizado para el despegue en el certificado de aeronavegabilidad de la aeronave de que se trate.

Las indemnizaciones por muerte o lesiones de personas, se ajustarán a lo dispuesto en el artículo ciento diecisiete, incrementadas en un veinte por ciento. Si fueren varios los perjudicados y la suma global de los daños excediera de los límites antes citados, se reducirá proporcionalmente la cantidad que haya de percibir cada uno (art. 119, IV). Las indemnizaciones debidas por daños a las personas gozarán de preferencia para el cobro, con respecto a cualquier otra exigible por el siniestro, si el responsable no alcanza a cubrirlas todas (art. 119, V). Se trata de un crédito preferente y privilegiado sobre la aeronave o sobre la indemnización que corresponda, según se dispone también en el artículo 133, IV de la L. N. A.

(39) Cfr. PELLÓN RIVERO, *El abordaje aéreo*, en *Temis*, 4 (1958), 95 ss.; LEMOS SOBRAL, *A responsabilidade civil no ababroamento aéreo*, en *Revista Forense de Río de Janeiro* (1950), 36 ss.

(40) Según la disposición final segunda de la Ley sobre Navegación Aérea, cuando las circunstancias económicas así lo aconsejen, el Gobierno por Decreto acordado en Consejo de Ministros, podrá modificar la cuantía de las indemnizaciones reguladas en el capítulo XIII, de esta L. N. A.

La Ley española garantiza y prevé la entrega de las indemnizaciones de un modo sencillo y ejecutivamente rápido. De este modo se viene a atajar un proceso dilatorio que suponga para las víctimas gastos, trastornos y abusos. Según la vigente Ley, la indemnización por seguro de la aeronave, en caso de siniestro, será consignada judicialmente para su entrega a quien corresponda para el caso de que aparecieran terceras personas con posible derecho a una indemnización o se hubiese promovido reclamación judicial de preferencia (art. 129 de la L. N. A.). En todo caso, la indemnización se hará efectiva en el plazo máximo de treinta días (Disposición final tercera de la L. N. A.). Las aeronaves extranjeras cuando produzcan daños a terceros en la superficie por sobrevolar el territorio español, les son aplicables las disposiciones de la Ley sobre Navegación Aérea (art. 7.º). El artículo 90 dice expresamente a este respecto que “ninguna aeronave extranjera será autorizada para volar sobre territorio español, sin tener garantizadas suficientemente las responsabilidades que pueda contraer por el sobrevuelo o por los contratos de transporte, con sujeción a la Ley española”. Esta norma, concordante con lo dispuesto en el último Convenio de Roma (1952), garantiza la indemnización a terceros españoles y al mismo tiempo está dentro del espíritu de colaboración que animó al legislador internacional.

Una aportación al estudio del «error in substantia» en la compraventa

D. 18, 1, 9, 2 (Ulp. 28 ad Sab.)

JUAN MIQUEL

SUMARIO: I. Introducción: A) La doctrina del *error in substantia* en el Derecho comparado y en la moderna dogmática.—B) La doctrina del *error in substantia* en la moderna romanística.—II. Análisis de D. 18, 1, 9, 2.: a) Supuesto del hecho: Exposición y crítica.—b) La opinión de Marcelo.—c) La solución de Ulpiano.—d) La fundamentación quia eadem prope *ὁὄσια* est.—III. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

La investigación del *error in substantia* ha dado lugar a una abundante bibliografía por la complejidad de los problemas que plantea (1). La cuestión, que tiene una importancia tanto histórica como dogmática, sirve para mostrar, una vez más, la influencia del Derecho romano sobre las legislaciones modernas. En realidad, se trata aquí de dos interpretaciones distintas de las fuentes romanas, siendo muy significativo el hecho de que el BGB alemán siga la formulación de SAVIGNY, y el Code civil francés y el Código civil español la de POTHIER. Vamos a exponer —siquiera sea muy someramente— el Derecho comparado y la dogmática moderna no sólo para seguir la génesis de las distintas legislaciones, sino también para demostrar cómo las categorías creadas por la doctrina moderna, y principalmente por la pandectística germana, han influido de modo decisivo al enjuiciar la realidad histórica romana (2).

A) El penetrante análisis llevado a cabo por SAVIGNY y la pandectística impidió, en muchas ocasiones, la recta comprensión de instituciones enteras al crear un dualismo donde los romanos habían visto una unidad. Esto sucedió, concretamente, en materia de voluntad y declaración, en el negocio jurídico. Los romanos no veían una separación

(1) La bibliografía antigua sobre el tema se encuentra muy bien seleccionada en HAUPT, *Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum seit der Reception*, Weimar, 1941. Vide además WINDSCHEID, *Pandekten*⁶, § 76, núm. 9. Sobre la moderna bibliografía romanística vide el ap. B) de esta Introducción.

(2) Sobre este problema magistralmente KUKKEL, en su conferencia pronunciada en Oxford y todavía inédita: *Der Irrtum im römischen Vertragsrecht*.

tajante entre ambas, sino que las concibieron íntimamente unidas, considerando que ésta era la expresión de aquella. En cambio, separadas y contrapuestas en el siglo XIX por la doctrina alemana era lógico que se planteara el problema de la primacía (3). En nuestro tema del error tiene importancia esta separación, pues fruto de ella son dos consecuencias muy significativas:

1) La distinción que hace la moderna doctrina alemana entre error y disenso (4). Aquí se enfoca todo desde el punto de vista de la declaración de voluntad; mientras en el error (impropio), hay una discordancia entre lo declarado y lo querido, en el disenso las dos declaraciones de voluntad no se encuentran (5). La consecuencia es que cuando hay disenso no hay contrato y, en cambio, en el error obstativo se considera que hay contrato, pero se permite su impugnación (Vide BGB § 119, I). Como se ve nos movemos aquí dentro del ámbito de la teoría de la declaración y disenso quiere decir, para la moderna doctrina alemana, no discordancia de voluntades, sino discordancia de declaraciones de voluntad (6). Es un mérito de KUNKEl el haber destacado el influjo que ha ejercido esta categoría sobre los intérpretes modernos de las fuentes romanas (7).

2) La distinción entre el error que recae sobre la formación de la voluntad (error propio), y el error que afecta a la declaración (error impropio u obstativo) (8). En el primer caso hay una concordancia entre voluntad y declaración, en el segundo una discordancia entre ambos, de modo que se declara algo que no se quiere. También los efectos que producen son diferentes: mientras el error en los motivos es, por regla general, irrelevante —ya que lo decisivo es la voluntad y no su formación—, el error impropio es relevante, pues la voluntad es el nervio del negocio jurídico y aquí es evidente que no encuentra ex-

(3) Un buen resumen de la cuestión puede encontrarse en HAUPT, oc. 47 ss. Muy significativa la polémica de BEKKER contra WINDSCHEID. BEKKER concluye que la teoría de la voluntad no puede deducirse de las fuentes romanas (*System des heutigen Pandektenrechts*, II (1889), 63 ss.).

(4) Vide por todos von TUHR, *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, 2 (1914), 480 ss.

(5) La doctrina habla de disenso manifiesto (*offener Dissens*) cuando los contratantes saben que sus declaraciones de voluntad no coinciden (§ 154 BGB) y de disenso latente (*versteckter Dissens*) cuando los contratantes no tienen conocimiento de que sus declaraciones no coinciden y creen que han celebrado un contrato (regulación legal en § 155 BGB).

(6) Como dice muy bien KUNKEl (conf. cit.) *Dissens* no tiene el sentido de la palabra latina *dissensus* ya que *dissentire* significa, no emitir declaraciones distintas, sino "discordar en los pareceres" o "querer cosas distintas". TITZE (citado por von TUHR, oc., 480) afirma con razón que la palabra *Dissens* induce a error, pero von TUHR encuentra que es una cómoda expresión sintética en vez de la expresión "Mangel der Übereinstimmung der Willenserklärungen".

(7) KUNKEl, RPR³ (1949), 108 y la conferencia citada donde desarrolla su punto de vista.

(8) Sobre el tema ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II (1960), 1076 ss. con abundante bibliografía.

presión. SAVIGNY (9) es el primer autor que, enraizando como otras tantas veces en DONELLO (10), separa, con toda claridad, error en los motivos y error sobre el contenido de la declaración. La ciencia del siglo XIX le sigue (11) y de este modo llega la distinción al BGB alemán y a la moderna dogmática.

El *error in substantia* planteaba un problema grave, pues, no terminaba de encajar en ninguna de estas dos categorías (12). A SAVIGNY (13) corresponde el mérito de haber elaborado una doctrina que si bien se aleja de las fuentes (14), no obstante, se acerca bastante a la realidad de la vida práctica. SAVIGNY equipara el *error in substantia* a los casos en que hay una declaración sin voluntad (15). No desconoce que este modo de tratar el *error in substantia* no es el único posible, sino que destaca incluso cómo es mucho más artificial que una concepción análoga del *error in corpore*, donde sería imposible presumir que existe una verdadera voluntad. Este carácter excepcional del error sustancial permite determinar discrecionalmente los casos en que es relevante. Para ello emplea SAVIGNY el siguiente criterio: “El error sobre una cualidad de la cosa es esencial, si la cualidad presupuesta erróneamente hace que, según las concepciones dominantes en el tráfico, haya que encuadrar la cosa en otro género distinto al que pertenece. El que la materia sea distinta no es aquí condición necesaria, ni siquiera suficiente” (16).

La doctrina de SAVIGNY es seguida por el BGB alemán, que en su § 119, equipara, mediante una ficción (17), el error sustancial al error en el contenido de la declaración, diciendo: “Se considera también error sobre el contenido de la declaración el error sobre las cualidades de la persona o de la cosa que en el tráfico se reputan esenciales”. La fórmula “cualidades de la persona o cosa que en el tráfico se reputan esenciales” tiene la ventaja de dejar —con su gran amplitud— un gran margen a la interpretación y a la libre apreciación de los tribunales. Como consecuencia ha fracasado la doctrina ci-

(9) SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III (1840), 263 ss.

(10) DONELLO, *Comment. lib. IV*, cap. XVI, núm. 4.

(11) Vide por todos WINDSCHEID, *oc.*, § 76.

(12) Todavía hoy día se encuentra la doctrina colocada ante el dilema. Vide ENNECCERUS-NIEPPERDEY, *oc.*, 1042.

(13) SAVIGNY, *oc.*, 276 ss.

(14) Con razón le acusa ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft* (1879), 754, de forzar las fuentes en este punto.

(15) Una interpretación distinta del pensamiento de SAVIGNY puede verse en FLUME, *Eigenschaftsirrthum und Kauf* (1948), 12 ss. Contra este autor convincentemente WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht* (1961), 112, n. 1.

(16) *System*, III, 283. Pueden encontrarse precedentes de esta concepción de SAVIGNY en PLATE § 13 y RICHERMANN, *Der Einfluss des Irrthums auf Verträge* (1837) § 15, que se remite a “die im allgemeinen Leben verbreiteten Ansichten”. Sobre la influencia de la doctrina de SAVIGNY en Francia y España vide las páginas siguientes.

(17) Con razón censura von TUHR (lc.) este expediente desde el punto de vista de la técnica legislativa.

vilística alemana en su intento de acotarla a priori partiendo de categorías abstractas (18).

La misma influencia que ejerció SAVIGNY en esta materia sobre el BGB alemán corresponde a POTHIER respecto a las legislaciones latinas (19).

El art. 1.110 del Code civil dice: "L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsque'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet".

Análogamente declara el Código civil español en su art. 1.206, apartado 1.º: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

Es interesante comparar la formulación de ambos Códigos con la de POTHIER: "L'erreur anulle la convention, non seulement lorsqu'elle tombe sur la chose même, mais lorsqu'elle tombe sur la qualité de la chose que les contractants ont eue principalement en vue et qui fait la substance de cette chose" (20). Mientras el Código francés adopta —por lo menos a primera vista— un criterio objetivo, el Código español con su disyuntiva parece inclinarse por un criterio mixto frente a la formulación de matiz más subjetivo de POTHIER. Pero la cuestión no está, en verdad, tan clara. La doctrina francesa aparece dividida en dos grandes grupos:

1) Teoría objetiva.—Sus representantes más genuinos son AUBRY ET RAU (21). Dicen estos autores: "Par substance de la chose, on doit entendre, non seulement les éléments matériels qui la composent, mais encore les propriétés dont la réunion détermine sa nature spécifique, et la distingue, d'après les notions communes, des choses de tout autre espèce". A esta teoría —que tiene la ventaja de ceñirse al tenor literal del art. 1.100— se le ha objetado, no obstante, el que elimina toda apreciación de la voluntad de los contratantes (22).

(18) El estado de la cuestión antes de la primera guerra mundial puede encontrarse en von TUHR (oc., pág. 578 y nota 8), y la doctrina actual en ENNECCERUS-NIPPENDEY, oc., 1044 s.

(19) El Código civil italiano seguía en su artículo 1.100 la formulación del Código francés. El nuevo Código declara en su artículo 1.428: "El error es causa de anulación del contrato cuando es esencial y es reconocible por el otro contratante" y en el 1.429: "El error es esencial: 1) ... 2). Cuando recae sobre la identidad del objeto de la prestación o sobre una cualidad del mismo que, según la común apreciación o en relación a las circunstancias, debe de considerarse determinante del consentimiento". Sobre la idea de que el error ha de ser reconocible por el otro contratante, BETTI, *Istituzioni*, I^o, 140 (comp. BECHMANN, *System des Kaufs nach gemeinem Recht* (1884), 450). Sobre la frase "según la común apreciación" y en general sobre el estado de la doctrina italiana vide BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (1955), 433 ss.

(20) POTHIER, *Traité des obligations*, núm. 18.

(21) AUBRY ET RAU, *Cours de Droit civil français*, IV, 433.

(22) COLIN ET CAPITANT, *Cours élémentaire de Droit civil* (1948), II, núm. 58. El que el resultado del sistema objetivo sea no eliminar la apreciación del

2) Teoría subjetiva.—Es la seguida por la opinión dominante y por la jurisprudencia francesa (23). Según esta doctrina la sustancia de la cosa “ce ne sera donc pas un ensemble d'éléments stables, toujours les mêmes, quels soient les contractants. Ce seront, au contraire, des éléments variables avec chaque individu. Ce sera la qualité que le contractant ou les contractants avaient principalement en vue, celle qui les a déterminés à contracter” (24).

Nuestro Código civil (25) sigue en su art. 1.266, ap. 1.º, un criterio mixto al fijarse, por una parte, en “la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato” y, por otra, en “aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo”. El Tribunal Supremo ha destacado la preponderancia del criterio subjetivo sobre el objetivo en el error sustancial. A este respecto dice la Sentencia de 14 de junio de 1943: “no obstante las grandes dificultades y largas polémicas que ha suscitado el concepto y la doctrina del *error in substantia*, que la generalidad de las legislaciones contemporáneas, las latinas sobre todo, han tomado por conducto de POTHIER, de un pasaje atribuido en el Digesto (libro XVIII, tit. I, fragmentos 9, párrafo 2.º, 11 y 14) a ULPIANO y que la crítica actual considera interpolado, pueden ser admitidas como seguras, en cuanto intereses al caso del recurso las siguientes conclusiones: 1) Que tanto en el Derecho romano como en los Derechos modernos, el reconocimiento del error sustancial, con trascendencia anulatoria del negocio, tiene un sentido excepcional muy acusado, ya que fundamentalmente lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido sin que los motivos que hayan decidido a las partes a celebrar el acto puedan ejercer, por regla general, influencia alguna sobre la validez de éste. 2) Que cualquiera que sea la construcción que se acepte del error sustancial, en torno al cual se han producido tan dispares teorías objetivas, subjetivas y mixtas, y cualquiera que sea también el fundamento que se atribuya a la eficacia y efectos de tal error, ya se enlace éste directamente con la “voluntad de las partes”, ya con la “causa” o con la llamada “base del negocio”, es obligado entender que la apreciación de la esen-

juez en cada caso concreto no es, como creen estos autores, ningún inconveniente. Además, resulta paradójico acogerse entonces al sistema subjetivo donde la apreciación del juez ha de ser forzosamente mucho mayor.

(23) Vide entre los autores franceses como más representativos, COLIN ET CAPITANT, *oc.*, núm. 58 y PLANIOL-REPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, VI (1952), núm. 183. Es muy curiosa la formulación de ZACHARIAE-CROMB, *Handbuch des französischen. Civil rechts* II (1894), 421, núm. 14 a), sobre el error sustancial, ohne welche der Vertrag (mit Rücksicht auf die vernünftliche Intentionen der Parteien bzw. die Auffassung des Verkehrs) nicht geschlossen sein würde”, pues representa un notable intento de conciliación de la doctrina francesa subjetiva con las concepciones de SAVIGNY.

(24) COLIN ET CAPITANT, *loc. cit.*

(25) Sobre el error sustancial en nuestro Derecho vide CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, III (1958), 384, con bibliografía.

cialidad del error requiere prueba y constancia del nexo que en cada caso tenga aquél con los fines y objeto que las partes hayan perseguido y tenido en cuenta al contratar, sin que baste la mera consideración de la naturaleza del objeto en sí mismo y de la especie o clase a que pertenezca, pues es indudable que aun cuando una cualidad sea en principio sustancial para una determinada cosa y objeto contractual, podrá dejar de serlo si las partes al configurar el negocio revelan estar de acuerdo en descartar dicha cualidad o no atribuirle importancia. 3) Que el Código español, más que cualquier otro, da destacado relieve al elemento subjetivo en la apreciación del error, pues al remitirse en el art. 1.266 a las condiciones de la cosa que “principalmente hubiesen dado motivo para celebrar el contrato”, bien claramente enseña que la justificación del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objeto y cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto; siendo además de notar que esta preponderancia del criterio subjetivo sobre el objetivo se acentúa más todavía en aquellos casos en los que el objeto del negocio, con respecto al cual se invoque el error, no sea una prestación de entregar cosa corporal y específica, sino cualquier prestación de otra clase. 4) Que como secuela de todo ello la determinación de lo que puede constituir la sustancia del objeto contractual requiere la investigación de los elementos que maticen cada caso particular y, sobre todo, el fin perseguido por las partes; de tal modo que se trata fundamentalmente de una cuestión de hecho reservada a la apreciación de los jueces de instancia y que sólo en límites muy reducidos puede controlar el Tribunal de casación, como así lo ha reconocido la jurisprudencia establecida en numerosos fallos, entre ellos el 25 de noviembre de 1932”.

Interesa aquí hacer un análisis de las conclusiones a que llega el Tribunal Supremo, pues éstas pertenecen a la *ratio decidendi* (“en cuanto interesen al caso del recurso”) y no a los *obiter dicta* de la sentencia. Por el modo como está construida la sentencia podemos, en general, decir que la primera de las conclusiones recoge la doctrina de SAVIGNY (sentido excepcional del error sustancial, distinción entre error obstantivo y error en los motivos, concordancia entre voluntad y declaración), la segunda la doctrina francesa (salvando, claro es, la referencia a la base del negocio), la tercera contiene una interpretación del art. 1.266, ap. 1.º, que acentúa, en la misma línea que la doctrina y jurisprudencia francesa, el elemento subjetivo, sin decidirse, no obstante, a eliminar el criterio subjetivo, y la cuarta una aplicación de las tres primeras destacando certeramente que se trata de una cuestión de hecho que depende de la apreciación del Tribunal de Instancia. Es también muy interesante tratar de contestar a la interrogante que la sentencia deja abierta, con toda intención de si la doctrina del *error in substantia* debe de enlazarse con la causa, con la base del negocio o directamente con la voluntad de las partes. Basten a este respecto las siguientes observaciones: 1) Si queremos enlazar *error in substantia* y

causa es evidente que tenemos que partir de una concepción subjetiva de ambos. Ahora bien, como nuestro Código civil mantiene una posición objetiva respecto a la causa es evidente que no nos sirve esta interpretación (26). 2) Para relacionar el error sustancial con la llamada base del negocio (27) hemos de partir también de una concepción subjetiva de aquél y, por otra parte, sólo hemos de considerar relevante el error bilateral o, por lo menos, el que sea reconocible para la otra parte contratante. 3) Como nuestro Código sigue un criterio mixto para el error sustancial, lo mejor es relacionar éste directamente con la voluntad de las partes planteando el problema desde una doble vertiente: a) Ver si el error sustancial ha impedido la identificación del objeto, de modo que, aun sin haber *error in corpore* (28) se ha vendido *aliud pro alio*. Para ello es imprescindible delimitar las cualidades que acucian la esencia de la cosa y que son necesarias para su determinación. Estimamos que es imposible fijar un criterio abstracto en este punto y, que, por tanto, debe de ser el juez quien decida en cada caso concreto. b) Examinar si ha habido error respecto a condiciones de la cosa que principalmente hayan dado motivo a celebrar el contrato. Naturalmente, se trata aquí no de completar, sino de interpretar la voluntad de las partes y el primer problema que se plantea es el de la relevancia del simple error unilateral. Como la ley en este punto no distingue tampoco estamos nosotros autorizados a hacerlo, aunque aparentemente pueda pesar la opinión contraria basada en la seguridad en el tráfico. Tampoco creemos necesario recurrir aquí a construcciones abstractas (29) o a criterios *a priori*, sino que han de ser los tribunales quienes decidan en cada caso concreto.

B) La moderna doctrina romanística sobre el *error in substantia* arranca de un artículo de IJENEL publicado primeramente en la Revista

(26) El Tribunal Supremo se ha inclinado también en algunas sentencias por la teoría objetiva de la causa, pero ha sido sólo en puntos concretos. Vide a este respecto, CASTÁN oc. I, 2 (1956), 552 ss.

(27) La teoría de la base del negocio procede de OERMANN, *Die Geschäftsgrundlage* (1921), que la define "die beim" Geschäftsschluss zutage getretene und vom etweigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom sein oder vom Eintritt gewissen Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut".

(28) Como nuestro Código civil no contiene ningún precepto sobre el *error in corpore* hay que recurrir al artículo 1.261, pues el objeto es esencial para el contrato. Sobre este punto acertadamente CASTÁN, oc. III, 384.

(29) Partiendo de la relevancia del error unilateral no serviría la teoría de la base del negocio. Por ello tendríamos que acudir o a la presuposición de WINDSCHIED o a la *conditio in praesens collata*. Entre ambas doctrinas no hay una gran distancia, pues la presuposición de WINDSCHIED (I^a, 507) no es sino "una condición no desmenuada". Un defensor de la *conditio in praesens collata* lo encontramos en BECHMANN (Kauf, I, 450) Este autor se remite a SAVIGNY (System, III, 283), pero lo cita mal, pues SAVIGNY habla de "stillschweigende Bedingung" y no simplemente de "Bedingung". De todas formas esta doctrina no puede aplicarse a Derecho español, pues choca con el tenor literal del artículo 1.113.

de Derecho privado (30) y luego en el *Archiv für die civilische Praxis* (31). LENEL hizo una crítica radical de las fuentes y partiendo de la base de que el *error in substantia* es un error en los motivos, y, por tanto, irrelevante, llegó a la conclusión de que los juristas clásicos, no tuvieron nunca en cuenta el error de una de las partes sobre la materia de la cosa, pero que, en cambio, poco a poco se fue abriendo paso la opinión de JULIANO de considerar relevante el error de ambas partes sobre cualidades esenciales de la cosa. Esta tesis tuvo una acogida muy favorable hasta el punto de que puede decirse que hasta hace poco ha sido la opinión dominante (32). Frente a la opinión de LENEL sostuvo FLUME: 1) Que el error sustancial no es error de los motivos, sino que pertenece al contenido del contrato, y 2) que lo decisivo para los juristas clásicos no fue el error bilateral, sino "la discordancia entre convenio de compraventa y realidad", de tal modo que para los juristas romanos el acuerdo de voluntades se referiría no sólo a un objeto determinado, sino también a las cualidades de la cosa que representen su esencial y no simplemente defectos o ventajas (33). Esta postura es, en el fondo, correcta y no tiene más inconveniente que acentuar excesivamente la separación entre voluntad y declaración, enfocándolo todo desde el punto de vista demasiado moderno de la declaración. WOLF ha sostenido recientemente en su magnífica monografía una postura muy curiosa. Siguiendo las huellas de FLUME afirma que el *error in substantia* se refiere al contenido del contrato, pero avanzando todavía más trata de delimitar los efectos del error distinguiendo entre *error in materia* y *error in substantia* (34). Por *substantia* entiende WOLF lo que determina la identificación de la cosa, esto es, para objetos conforma su configuración externa y para cuerpos amorfos su composición. En cambio, *materia*, dice WOLF, se refiere siempre a la composición de la cosa. El error respecto a la sustancia material de la cosa es relevante tan sólo cuando se trata de cuerpos amorfos, pues sólo aquí repercute el error en la identificación de la cosa. Para sostener su postura tiene WOLF que eliminar toda referencia de las fuentes al *error in corpore*, pues, como es natural, este no encaja en su esquema. Más adelante, al tratar de la opinión de MARCELO en D. 18, 1, 9, 2,

(30) RDP, XI (1924), 97 ss.

(31) ACP, 123 (1925), 161 ss.

(32) BESLER, SZ, 45 (1925), 215; PRINGSHEIM, *Law Quarterly Review*, 49 (1933), 50 ss.; KUNDEL, RPR, 109; VOGL, *L'errore nel diritto romano* (1937), 115; SCHULZ, *Classical Roman Law*, 529; ALVAREZ SUÁREZ, *El negocio jurídico en el Derecho romano*, 65. Comp. en cambio, KASER, RPR, I, 208 y ARANGIO RUIZ²⁴, *Istituzioni*. KUNDEL en su conferencia de Oxford (1961) ha afirmado, modificando su anterior punto de vista, que también el error unilateral es relevante.

(33) SZ 54 (1934), 328; *Bigenschaftsirrthum und Kauf* (1948), 64 y ss. y *Festschrift Schulz*, I, 249 ss.

(34) WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht* (1961), especialmente páginas 121 y ss., 136 y ss. y 151 ss.

hemos de ver como esta postura de WOLF no tiene un gran apoyo en las fuentes.

El maestro KUNKEL ha mantenido en su conferencia de Oxford, tantas veces citada, una postura muy interesante. KUNKEL plantea el problema de si el error sobre cualidades esenciales es un puro error en los motivos o, por el contrario, se refiere al contenido del negocio jurídico. Los juristas romanos optaron, según él, por la segunda alternativa, pues los ejemplos de las fuentes muestran claramente como para que haya nulidad debe de tratarse de una cosa que por su esencia, sea distinta a la que los contratantes supusieron. El profesor de Munich se pronuncia tanto contra la postura de LENEL, según la que los juristas clásicos sólo tuvieron en cuenta el error bilateral, como contra la postura de WOLF de que el *error in substantia* sólo tuvo relevancia en la compra de objetos amorfos, y contra la de PARTSCH para quien las pretensiones de resarcimiento de daños del comprador engañado a que se refieren D. 18, 1, 45 y D. 19, 1, 21, 2, podían muy bien haber surgido pese a la nulidad del contrato. Luego expone su propia opinión en los siguientes términos: "Aunque con todo ello queden muy oscuros algunos puntos concretos del desarrollo y alcance de la doctrina del *error in substantia*, no puede casi existir duda alguna de que parte de los juristas clásicos reconocieron esta causa de nulidad. Es también bastante clara la íntima conexión con la concepción del error como disenso en la voluntad. Por lo menos, el error unilateral sobre la sustancia podía, sin más, ser considerado como disenso de voluntades: el comprador quería comprar oro y, en cambio, el vendedor enajenar cobre. Más difícil es concebir el error bilateral sobre la sustancia de la cosa como falta de consentimiento, pues en este caso concuerda la voluntad de las partes. Pero como la voluntad común no coincidía con la realidad del objeto es probable que careciera de eficacia. Con esta explicación el error bilateral sobre la sustancia se aproxima a la compraventa de una cosa que no existe. De hecho parece que los comentarios clásicos tardíos unieron ambas hipótesis: todavía podemos ver en el título justiniano del Digesto XVIII, 1, cómo el texto de ULPIANO —que se refiere especialmente al error sustancial de ambos contratantes en la compraventa— va seguido por una frase tomada del comentario *ad Sabinium*, de PAULO, y dice que la compraventa es también ineficaz, si la cosa sobre la que se pusieron de acuerdo las partes, no existía antes de la conclusión del contrato. Como los comentarios de PAULO y ULPIANO eran muy semejantes en su estructura, podemos probablemente presumir que una frase por el estilo seguía también en ULPIANO a las disquisiciones sobre el error bilateral". Esta acertada y original exposición del profesor de Munich, que se encuentra en la misma línea que RABEL (35) se acerca limpiamente a la médula del problema, ofre-

(35) RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1955), 499 ss.

ciendo por otra parte, nuevos puntos de vista que apuntan ya soluciones concretas.

Dado este estado de la doctrina hemos creído oportuno hacer un examen detenido de las fuentes. Nos limitaremos aquí a D. 18, 1, 9, 2, que se encuentra en el centro mismo de toda la problemática, exponiendo al final las conclusiones sobre el *error in substantia* que se deriven de nuestra exégesis.

II. Análisis de D. 18, 1, 9, 2.

D. 18, 1, 9, 2 (ULP. 28 ad Sab.): “Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, in emptio et venditio sit. MARCELLUS scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum, ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *οἷα* est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embaumma, aliud pro alio venisse videtur, in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.

El texto ha sido muy discutido por la moderna romanística que ha dudado de su autenticidad sin razones suficientes. Como este texto es el centro de toda la discusión en torno al *error in substantia* en la compraventa (36), es imprescindible que hagamos un estudio detenido del mismo, descomponiéndolo para mayor comodidad en sus partes esenciales. α) Comenzaremos con una exposición del supuesto del hecho. Como toda la L. 9 forma una unidad vamos a seguir el curso del razonamiento. ULPIANO trata en L. 9, pr. del consentimiento, afirmando que debe de mediar en toda compraventa y se refiere al *error in corpore* poniendo dos ejemplos en que los contratantes no se ponen de acuerdo sobre el *corpus*. En estos casos “emptio nulla est”. En el § 1 pasa a estudiar el *error in nomine* destacando su irrelevancia: estando de acuerdo comprador y vendedor en el *corpus* el *error nominis* es irrelevante. Es interesante recalcar aquí como

(36) Hay una cierta diferencia en el modo como tratan las fuentes el *error in substantia* en la compraventa y en la *stipulatio* (comp. D. 45, 1, 22. con el texto de ULPIANO objeto de nuestro estudio). La razón de esta diversidad preocupó ya a los primeros intérpretes de las fuentes romanas, y en este punto nos encontramos con dos opiniones contrapuestas. La primera defendida por ACURIO (glosa a D. 45, 1, 22) y fundamentada por U. ZASTO (*De verborum obli.*, tomo III, L. Si id quod), sostiene que la doctrina del *error in materia* tiene sólo aplicación a los *negotia bonae fidei* y no a los *stricti iuris*. La otra, defendida por BARTOLO y aceptada por CUYACIO (*Notae ad D.* 45, 1) y DONELLO (*Comm. de iur. civ.*, libr. XII, cap. VII ss., comm. ad tit. 45, 1), afirma que si en la estipulación no se atiende al *error in materia*, esto se debe a que el propio errante se halla interesado en la validez del acuerdo. Sobre la cuestión en la doctrina moderna, vide D'ORS, *Elementos de Derecho romano* (1960), 355 y ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*³⁴, 102.

en el texto disenso y error aparecen colocados en el mismo plano (si in nomine dissentiamus nihil enim facit error nominis) (37). De modo que el jurista nos expone aquí dos casos en que la solución se presenta muy clara. Pasa luego a estudiar el caso controvertido del *error in materia*. Se trata de casos en que no hay un *error in corpore* y, sin embargo, hay un *error in substantia*. Viene luego una porción de ejemplos: el caso en que se vende vinagre en vez de vino, cobre en vez de oro, o plomo en vez de plata. (Es interesante observar aquí cómo líquidos y sólidos aparecen separados por el verbo *veneat*, pues ya veremos cómo la expresión *error in substantia* debe su nacimiento a un azar histórico). El jurista se plantea aquí el problema de la validez de la compraventa. Este es a grandes rasgos el supuesto del hecho (38). Con ello podemos pasar a la crítica del texto.

BESELER (39) y LENEL (40) fueron los primeros autores que pusieron en tela de juicio la autenticidad del supuesto del hecho. Sigamos la argumentación de LENEL: “Obsérvese, dice la repetición superflua *erratur... error sit*, el salto brusco del indicativo *erratur* al subjuntivo *error sit*, la falsa posición del *non in corpore*, lo absurdo de *vel plumbum* (suprimido, por ello por MOMMSEN) detrás del asíndeton *accum pro vino, aes pro auro*, el incoloro *vel quid aliud argento simile*, que da la impresión de una glosa que se ha metido en el texto.” El artículo de LENEL se remonta al año 1924, esto es, a una época en que la crítica de interpolación era radical y partiendo de criterios puramente formales negaba la autenticidad de un texto. Hoy día la crítica de interpolaciones ha tomado otros rumbos y ya no se da tanta importancia a los criterios puramente formales, toda vez que ahora sabemos cómo bajo el manto de formulaciones postclásicas se esconden, a menudo, pensamientos clásicos. En nuestro texto, es posible que dejando aparte algunas asperezas del lenguaje, la misma formulación, incluso proceda de ULPIANO. Quizá pudiéramos leer: “Inde iuaeritur si in ipso corpore non erratur, sed in substantia, ut

(37) Comp. WOLF *oc.*, 43 ss., que pretende contraponer disenso, entendido al modo de la moderna dogmática, y error. Muy acertado KUNKEL, RPR³, 108.

(38) Un problema se plantean algunos autores alemanes, es el de si se trata de la venta de un trozo de metal o de un objeto de metal. Mientras SAVIGNY y LENEL se inclinan por la segunda solución decídese WOLF por la primera. SAVIGNY (*System*, III, 278) había apoyado su opinión de que “de hecho el texto se refiere a utensilios de metal” con la observación de que en D. 18, 1, 14, lo mismo que primero se llama *aurum, aes* es calificado luego de *viriola y acnea*. Le sigue LENEL (ACP, 123 180), con su formulación “compraventa de un objeto de oro”. WOLF en cambio formula “venta de un trozo de cobre por un trozo de oro” (*oc.* 117). Este problema que en WOLF adquiere unas dimensiones exageradas tiene en realidad muy poca importancia, una vez que no se acepte la construcción de WOLF. Como el texto no hace en este punto distinción alguna tampoco está el intérprete autorizado a hacerla, y, por tanto, lo que allí se dice vale para ambas hipótesis.

(39) BESELER, *Byzantinische-Neugriechische Jahrbücher* 1 (1920), 343 ss.

(40) LENEL, ACP, 123 (1925), 176 ss.

puta, si acetum pro vino veneat, aes pro auro, plumbum pro argento, an emptio et venditio sit". Pero, por otra parte, no se nos oculta el escepticismo con que debe de ser recibida la reconstrucción de textos clásicos (41), ya que esta debe de limitarse a tratar de penetrar en el pensamiento del jurista clásico sin pretender utópicamente recobrar el texto tal como fue escrito.

Ningún argumento nuevo encuéntrase en los autores posteriores a BESELER y LENEL que han dudado de la clasicidad de nuestro texto. Así WOLF, tras haber pasado por alto las palabras *in ipso corpore non erratur* en su descripción del supuesto del hecho, las considera espurias y escribe; "Esta significativa interpolación ha favorecido —o incluso dado lugar— a la apreciación de que ULPIANO se refiere a error en la cualidad, una apreciación que se dió por sobreentendida y siguió en vida aún después de haberse descubierto que estas palabras eran postclásicas" (42).

No creemos que haya razón alguna para atribuir las palabras *in ipso corpore non erratur* a los compiladores. Esta frase es muy coherente con el contexto, pues el pr. de la propia lex 9 trata precisamente del *error in corpore*. De ahí que no podamos aceptar una crítica tan radical y nos pronunciemos decididamente en favor de la clasicidad del supuesto del hecho tal como aparece en la compilación Justiniana.

Se trata, por tanto, de un supuesto en que sin haber *error in corpore* hay, no obstante, *error in substantia*, es decir, que "el criterio espacial y el criterio de la denominación no coinciden al referirse a una misma cosa" (43). La discusión entre MARCELO y ULPIANO gira en torno a la identificación del objeto, afirmando el primero que el *error in substantia* no impide esta identificación y que, por tanto, hay compraventa. En cambio, ULPIANO mantiene la posición contraria y su solución muestra, como veremos, que el problema se plantea desde un punto de vista objetivo y no desde el criterio subjetivo de error en los motivos. Es de interés hacer un examen detenido de ambas opiniones.

b) Respecto a la cita de MARCELO podemos decir que ha habido una hipercrítica en la doctrina romanística que basándose en el criterio puramente formal de la *consecutio temporum* ha considerado espurias estas palabras. Para salvar el texto añadía BESELER (44), delante de *in corpus un inquit*. LENEL (45) consideraba en 1924 que el

(41) SCHULZ, *History of the roman legal Science* (1946), 144.

(42) WOLF, *oc.*, 120.

(43) VOGL, *oc.*, 114. La concepción de este autor de que los clásicos siguieran para la determinación de la sustancia un criterio económico-social y los postclásicos un criterio naturalístico no tiene el menor apoyo en las fuentes y, por eso, no podemos compartirla; otra vez vemos aquí cómo una categoría forjada por SAVIGNY ha influido decisivamente creando un prejuicio al enjuiciar las fuentes.

(44) BESELER, *loc.*

(45) LENEL, ACP, 123 (1925), 177.

indicativo *consensus est* no podía ir detrás de *scripsit* dadas las reglas de la *oratio obliqua* y basándose en ello lanzaba la siguiente hipótesis: “Vielleicht ist *quia in corpus consensus est* ein in den Text geratenes Glossem”. Pero en 1931 escribe, cambiando juiciosamente de opinión: “Verstößen gegen die *consecutio temporum* als Interpolationsmerkmal stehe ich mit einer gewissen Skepsis gegenüber” (46). Mucho más lejos aún que LENEL va WOLF al decir: “Puesto que la fundamentación *quia in corpore consensus est*, dada su posición en la frase, no puede ser una coletilla de ULPIANO, debía de encontrarse allí el subjuntivo de la *oratio obliqua*. El contenido de estas palabras corresponde al de la frase *in ipso corpore non erratur*, interpolada por los colaboradores de TRIBONIANO al comienzo del texto. Teniendo en cuenta los defectos del lenguaje, indica este parentesco que los compiladores añadieron *quia in corpore consensus est*” (47). Esta constatación significa para WOLF el punto de partida de la distinción, que ya conocemos, entre *error in substantia* y *error in materia*. Por eso hemos de insistir aquí que el indicativo de la cita de MARCELO no tiene ninguna importancia. Mas aún, en nuestra opinión la cita es gramaticalmente correcta. Para sostener esta interpretación sólo hay que pensar que ULPIANO quiso decir algo objetivo que estaba incluso por encima de la opinión de MARCELO. Por todo ello nos inclinamos decididamente por la claridad de la frase tal como aparece en la compilación justiniana. MARCELO al afirmar que hay compraventa pese al *error in materia* se basa en que habiendo acuerdo en el *corpus* el objeto queda ya identificado (48).

c) Tras haber referido ULPIANO esta opinión de MARCELO expone su propia doctrina. Está de acuerdo con MARCELO en un punto muy concreto: efectivamente, cuando se trate de vino vale la compraventa en el supuesto de que el vino se haya agriado. Por lo demás, si es que el vino no se agrió, sino que ya desde un principio fue vinagre artificial (*embanama*) parece que se vendió una cosa por otra. En todos los demás casos es nula la compraventa siempre que haya *error in materia*.

(46) LENEL, SZ 51 (1931), 2.

(47) WOLF, oc., 121. Según este autor los compiladores justinianos no sólo modificaron esta cita, sino que la cambiaron también de lugar. Pero en vez de demostrar esta afirmación saca consecuencias de ella. He aquí la argumentación del discípulo de WIEACKER: “Los compiladores no sólo modificaron la cita, sino que la cambiaron también de lugar. Como ahora se encuentra inmediatamente después de la cuestión de si a pesar de haber *error in substantia* surge la compraventa, da la impresión de que MARCELO haya afirmado la pregunta. Sin embargo MARCELO no puede haber decidido de otro modo que ULPIANO. Lo mismo si se vende *acetum pro vino*, *acs pro auro*, etc., falta un requisito esencial de la compraventa: la identificación del objeto vendido no ha tenido lugar. Dada esta situación no se podía discutir sobre si hay o no compraventa. Por tanto, la decisión de MARCELO debió regir para otra hipótesis. La propia cita dice lo que la caracteriza: *error in materia*”.

(48) Hipercrítico en este punto WOLF, oc., 121.

Esta decisión de ULPIANO ha sido muy discutida por la doctrina que basándose en categorías modernas y en criterios puramente formales ha negado su autenticidad. BESELER (49) y LENEL (50) atribuyen a ULPIANO únicamente la última frase: "*quia aliud pro alio venisse videtur*". Sigamos la argumentación de LENEL. Primero, encuentra ridícula desde el punto de vista de la vida práctica la distinción entre vino y vinagre, y luego, destaca las faltas de estilo impropias de un clásico: a) *Ego in vino quidem consentio*, cuando en realidad el objeto comprado era vinagre. b) *Consentio*, la misma palabra que poco antes se había empleado para designar el consentimiento de las partes. c) *Si modo vino acuit*, esto trata de expresar "supuesto que el vinagre procedía del vino", pero dice, en realidad, "supuesto que el vino se ha agriado". d) Es además muy extraño que el fundamento de la decisión se encuentre precisamente en esa coletilla. e) *Ceterum si vinum non acuit sed ab initio acetum fuit*, esto debe de querer decir, "si el vinagre no procedía del vino, sino que fue siempre vinagre", pero dice en realidad "si el vino no se tornó ácido, sino que fue siempre vinagre". f) El sujeto de *acetum fuit* debía ser *id quod venit*, pero es *vinum*. g) *Non* se encuentra fuera de sitio, esto es, detrás de *vinum* en vez de delante de *vinum*. Finalmente, LENEL considera sospechosa la frase *quia eadem prope oðsía est*. Pero sobre este punto hemos de volver para tratarlo con detenimiento.

De toda la crítica de LENEL lo único que parece algo seguro es que el texto no puede haberlo escrito ULPIANO tal como ha llegado hasta nosotros. Por eso el texto es uno de los tantos en que los corchetes son de muy poca utilidad y, por otra parte, un intento de reconstrucción sería totalmente arbitrario y no nos daría el texto clásico, sino un producto de la fantasía. Es mucho más interesante tratar de descubrir el núcleo clásico que se esconde tras las probables palabras del post-clásico. De otro lado, es necesario observar que un pensamiento de tipo abstracto y, por tanto, nominalista ha de tener, por fuerza, mucha más precisión que un pensar jurídico que no elabora categorías abstractas, sino que decide de caso a caso, y el choque de dos enfoques distintos —el del intérprete y el del propio texto— puede con facilidad conducir a una hipercrítica. Valga esta consideración para las afirmaciones de LENEL contenidas en los apartados a), c), e) y f). Respecto a la distinción ulpiana entre vinagre natural y artificial hemos de decir que no se puede enfocar con categorías demasiado modernas (51), pues ello conduce necesariamente a negar su autenticidad. El jurista lo que trata de hacer aquí es ver si el objeto se ha identificado o no, y para ello recurre a esta distinción. WOLF (52) ha destacado certera-

(49) BESELER, *Byzantinische-Neugriechische Jahrbücher*, 1 (1920), 344 ss.

(50) LENEL, ACP, 123 (1925), 177 ss.

(51) Comp. LENEL, loc. y VOGL, oc., 114, de una parte, y de otra la formulación de SAVIGNY (*System*, III, 283) "concepciones dominantes en el tráfico".

(52) Oc., 125.

mente el paralelismo con D. 33, 6, 9, 1. (Ulp. 23 ad Sab.): “Si acetum quis legaverit, non continebitur legato acetum quod vini numero testator habuit: embamma autem continebitur, quia aceti numero fuit”. La afirmación de que cuando se lega vinagre, el legado no contiene lo que el testador contó como vino y sí, en cambio, el vinagre artificial (*embamma*) descansa sobre la misma distinción que la decisión de ULPIANO en nuestro texto y es, por tanto, un argumento en favor de la clasicidad del mismo. WOLF (53) ha lanzado la tesis de que esta distinción ulpiana establece el límite entre *error in substantia* y responsabilidad por vicios de la cosa. Cita a este respecto tanto los formularios catonianos como D. 18, 6, 16 (GAYO 2 Cot.). Pero la verdad es que sus extensas disquisiciones sobre este punto no tienen nada que ver con el tema. En D. 18, 6, 6 trata GAYO de un caso de *periculum* ya que el vino se agrió después de la celebración del contrato (54), en cambio, en D. 18, 1, 9, 2. ULPIANO se refiere al caso en que el vino se agrie antes de la celebración del contrato (*si modo vinum acuit*), como muestra de modo palmario la contraposición con la frase siguiente *si ab initio acetum fuit ut embamma*. Por otra parte, no se acaba de comprender la razón de la delimitación entre *error in substantia* y responsabilidad por vicios materiales cuando sabemos que éste prácticamente no existió en Roma (55).

La decisión de ULPIANO permite sacar algunas conclusiones importantes. Por lo pronto, queda de manifiesto que *materia* y *substantia* son sinónimos. Un exceso de nominalismo llevó a querer ver en estos dos nombres dos conceptos diferentes. Para ello recurrió WOLF a la filosofía aristotélica, pero ya vimos como en las fuentes no tenía un gran apoyo para su teoría. En realidad, la explicación es mucho más sencilla: *materia* es una denominación general, pero cuando el jurista habla de líquidos prefiere emplear la palabra *substantia*, tal como la usamos hoy en día en las lenguas románicas. La posición del verbo *veneat*, separando el ejemplo del vino de los demás es, a este respecto, muy significativa, así como la última frase del texto *...quotiens in materia erratur*, que se refiere a todos los ejemplos menos al del vino. Parece, pues, claro que la expresión *error in substantia* debe su origen a un azar histórico, y que la denominación que emplearon los clásicos fue *error in materia*. Más importante aún es la conclusión que permite sacar el texto de que los romanos no enfocaron el problema del *error in substantia* como error en los motivos, sino como un error que determinaba la falta de identificación del objeto. Esto se desprende cla-

(53) Oc., 128 ss.

(54) Es muy interesante comparar la formulación de GAYO, *sua natura corrupta fuerint*, con la que aparece en D. 19, 2, 15, 2 *si qua tamen vitia ex ipsa re orientur*. Por lo demás hay que destacar que *natura* reproduce en el texto gayano la φύσις aristotélica.

(55) Sería quizá más acertado decir que esta distinción ulpiana traza la frontera entre *error in materia*, que es siempre relevante (... *quotiens in materia erratur*) y *error in qualitate*.

ramente de la distinción que hace el texto entre vino que se agrió y *embamma*, distinción que, vista desde el criterio subjetivo de error en los motivos carece de significación, y, en cambio, desde el objetivo de la identificación de la cosa está llena de sentido. Ya que en el primer caso al comprador le da lo mismo que se trate de vinagre artificial o natural, cuando lo que quiere él es comprar vino; en cambio, en el segundo caso si el vino se tornó ácido hay compraventa *quia eadem prope οὐσία est* y si se trataba de vinagre artificial no hay compraventa, pues *aliud pro alio venisse videtur*.

Con ello queda tan sólo por hacer un análisis de la frase *quia eadem prope οὐσία est*. En este punto trataremos de demostrar su clasicidad y luego cómo no hay influencia filosófica alguna, sino que la palabra *οὐσία* se emplea aquí en su sentido vulgar.

d) Esta fundamentación de ULPIANO ha dado lugar a una abundante bibliografía (56) y aquí corresponde hacer una exposición y crítica detenida de la opinión de los autores, separando los que consideran estas palabras clásicas de los que las consideran interpoladas. Todos los autores parten en este punto de una contraposición —a nuestro juicio quizá equivocada— entre la doctrina aristotélica y la estoica, pues la filosofía estoica no hizo otra cosa que adoptar las categorías aristotélicas (57). Por eso, creemos que la contraposición podría, a lo sumo, significar que la doctrina estoica influyó principalmente en la época clásica y la aristotélica en la postclásica (58). Pero ya veremos como aquí no existe esta pretendida influencia.

a') Autores que consideran clásica esta frase:

1. SOKOLOWSKI intentó explicar, siguiendo a PLATE (59), la doctrina del *error in substantia* a la luz de las filosofías aristotélicas y estoica. Con referencia a nuestro texto dice incluso que hay pocos pasajes en la codificación justiniana que iluminen con tanta claridad el método de pensar de los clásicos (60). Según este autor nos encontramos aquí con una contraposición de opiniones entre la doctrina peripatética y la estoica en cuanto a la *οὐσία*. y Escribe: "Nun ist möglicherweise schon von Sabinus oder noch vor ihm die Frage aufgeworfen worden was in solchem Falle für die Identität der Sache als massgebend geltet: die äussere Gestalt und Form oder Stoff, die Substanz welche dieser zugrunde liege" (61). Mientras que para MARCLO desde el punto de vista aristotélico, es fundamental "für die Identität des Gegenstandes seine äussere Gestalt... das εἶδος" (62), para los estoicos a los que sigue ULPIANO "Nicht die äussere Gestalt ist für

(56) Vide WOLF, *oc.*, 139 ss., con bibliografía en la nota 116.

(57) Vide POHLLENZ, *Die Stoa* (1959), 64 ss.

(58) Vide COING, SZ 69 (1952), 1 ss.

(59) PLATE, *Commentatio academica de effectu erroris in emptione venditione, legis 9 de contrah. empt. explicationem in primis sistens*, 1752, § 15.

(60) SOKOLOWSKY, *Die Philosophie im Privatrecht*, I (1902), 283 ss.

(61) *Oc.*, 239.

(62) *Oc.*, 240.

die Entstehung und das Wesen einer Sache entscheidend, sondern der Stoff, wie Ulpian sich streng technisch ausdrückt, die οὐσία” (63). Esta opinión de SOKOLOWSKI no podemos, en modo alguno, compartirla. Sus formulaciones no son precisamente afortunadas. En ellas se manifiesta un desconocimiento no sólo de la decisión de ULPIANO, sino, es general, de la filosofía estoica y peripatética. Dejando aparte la errónea contraposición entre filosofía estoica y aristotélica en este punto, anotamos, por lo pronto, la confusión extraordinariamente grave entre “äussere Gestalt”, esto es, figura, y εἶδος, y entre “Stoff” y οὐσία. Parece fuera de discusión que la forma aristotélica no puede reducirse a la mera configuración externa o figura, y que οὐσία no es materia, sino sustancia. Por otra parte, la identidad del objeto viene determinada no sólo por la materia o la forma, sino por ambas juntamente, tanto para los estoicos como para los peripatéticos. Sentadas estas premisas SACA SOKOLOWSKI algunas conclusiones. Como la materia determina la identidad de la cosa, el objeto del contrato debe contener algo de la sustancia convenida: el vinagre natural representa siempre sustancia de vino (64), puesto que la acidez es simplemente ποιότης, que se añade a la sustancia sin suprimirla (65). A este respecto hemos de hacer las siguientes observaciones: a) El que el vinagre siga siendo sustancia del vino es una afirmación sin probar; b) ποιότης no es ni cualidad esencial ni accidental, es simplemente cualidad. Tanto RABEL como PARTSCH censuraron a SOKOLOWSKI, desde otros puntos de vista, su incomprensión de la Stoa e intentaron dar una solución al problema. Séanos permitido aquí citar literalmente, por su extrema concisión, el texto correspondiente de RABEL (66).

2. “Der Versuch, den Irrtum über wesentliche Eigenschaften dem *error in corpore gleichzusetzen* formuliert schliesslich Ulpian, mehr, als dass es ihn noch unterstützen muss, mit den Unterscheidungen der stoischen Philosophie zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Eigenschaften. Erstere (Kategorie, ποιόν, Namen ἕξεις) sind solche bei deren Vorhandensein eadem prope οὐσία vorliegt (d. 18, 1, 9, 2) z. B. Wein, Gold, männliches Geschlecht, sie gehen aus der Grundeigenschaft selbstständig hervor. Unwesentliche (Kategorie, πῶς ἔργον, Namen σχέσεις) sind z. B. Süsse des Weins—si vinum acuit 5, 2, γλυκὸν καὶ πιπρόν Simpl. 42 e—Jungfräulichkeit der Sklavin (11 § 1), “äussere”, d. h. “zufällige” zur Grundeigenschaft hinzutretende Eigenschaften sich mit ihr ebenso gut vertragend wie das Gegenteil. Diese Hilfe die Jurisprudenz bei der Erkenntniss Lehre holt ist später stets missverstanden worden, man begriff nicht warum der Kauf ungültig, ist wenn gewöhnlicher Essig statt Wein eine Sklavin statt eines Knaben, gültig, wenn Weinessig statt Weins, eine mulier statt einer virgo gekauft ist.—” Observamos en esta mara-

(63) Oc., 240.

(64) Oc., 242.

(65) SOKOLOWSKY, oc., I, 257.

(66) RABEL, *Grundzüge des römischen Rechts* (1955), 170.

villosa exposición el hecho de que se conciba *ποιόν* como cualidad esencial, mientras que SOKOLOWSKI considera *ποιότης* como cualidad accidental. Hemos de destacar que tanto *ποιόν* como *ποιότης* significan simplemente cualidades (67). Por lo demás, es muy extraña la equiparación *ποιόν* - ἔξις, πῶς ἔγυν - σχέσεις. La fuente es evidentemente SIMPLICIO, pues en Cat. 209, 10 y 214, 26 nos ofrece esta distinción. En este orden de ideas procede también de SIMPLICIO la siguiente formulación “äussere, d. h. zufällige, zur Grundeigenschaft hinzutretende Eigenschaften” como muestra de modo palmario el siguiente texto en Cat. 328, 5. “ τὰς μὲν σχέσεις ταῖς ἐπιπέτοις καταστάσει χαρακτηρίζεσθαι, τὰς δὲ ἔξις ταῖς ἐξ ἑαυτῶν ἐνεργείαις .” Pero aquí no se trata, como creyó RABEL, de esencial y accidental, sino de extrínseco e intrínseco. Por otra parte, hay que aducir también contra RABEL que vino y vinagre no se distinguen simplemente por la acidez, sino que son dos sustancias diferentes: tienen la misma materia, pero distinta forma (68).

3. En la misma línea que RABEL se encuentra la exposición de PARTSCH (69). Este autor se remite también a la filosofía estoica y escribe refiriéndose a SOKOLOWSKI: “En la Stoa se ha desconocido totalmente que esta escuela no expone una teoría química sobre las materias, sustancias en sentido moderno, sino una doctrina sobre la esencia de los cuerpos (σώματα). Según ésta en cada cuerpo penetra la misma materia, la ὄλη, y en cada cuerpo reviste ciertas propiedades esenciales a él, la ποιότης, *qualitas*. Son esenciales para el cuerpo aquellas propiedades que, como dice el comentarista griego, le son inherentes ἀπὸ τῆς γενέσεως μετρί τῆς ἀναίρεσεως estas cualidades configuran la materia indeterminada como esencia (οὐσία) del cuerpo individual. Tal cuerpo caracterizado por sus propiedades es ἴδιον ὑποκείμενον *propria substantia*. Estas propiedades esenciales determinan la ποιότης, la *qualitas*”. Tras estas admirables formulaciones, por su precisión y claridad, llega PARTSCH a la conclusión siguiente: “Estas propiedades son esenciales, pues viven desde el principio al fin en el cuerpo individual: por tanto, el sexo pertenece a la ποιότης, pero no la virginidad; el vino transformado en vinagre es *eadem prope*, pues la acidez del vino, comprado en barriles, consiste en una propiedad no esencial, pues no estuvo presente desde un principio”. Esta interpretación no podemos compartirla. Nos encontramos aquí con una confusión —tan típica en la filosofía germana— entre orden lógico y real: no es que ciertas cualidades sean esenciales por estar del principio al

(67) En SIMPLICIO encontramos una diferencia entre *ποιόν* y *ποιότης*, pero precisamente al revés *ποιότης* como cualidad esencial y *ποιόν* como cualidad accidental. Lo cual tampoco es de extrañar, pues SIMPLICIO recoge a menudo doctrinas de epígonos.

(68) Vide a este respecto WOLF, oc., 145, que se remite acertadamente a ARISTÓTELES, *Meth*, IV, 5, 10010 b).

(69) PARTSCH, *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften* (1931), 49. núm. 122.

fin en la cosa (orden lógico), sino al revés, están del principio al fin en la cosa por ser esenciales (orden real).

b') Autores que consideran interpolada esta frase.

1. Entre los autores que consideran interpolada la fundamentación *quia eadem prope οὐσία est* hemos de exponer y criticar la postura de LENEL y la de WOLF. LENEL (70) enlaza estas palabras con la doctrina aristotélica de las categorías. "Según Aristóteles, dice este autor, un objeto no pierde su esencia (Wesenheit), o mejor, su quiddidad (Washeit) por perder una cualidad, esto es, mediante una *privatio* (στέρησις) y, por tanto, tampoco la pierde el vino por agriarse. La acidez representa sólo una *ἀλλοίωσις*, cambio accidental y no una *μεταβολή*, cambio esencial del vino". Esta explicación de LENEL suscita algunos reparos, pues el vino que se convirtió en vinagre ha experimentado una *μεταβολή* (71).

2. Comprendiendo las dificultades que se oponen a todas estas interpretaciones ha sostenido WOLF (72) que las palabras *quia eadem prope οὐσία* se explican por una incomprensión de la filosofía aristotélica. Se remite a Meth. VIII, 5⁴⁸ donde se dice que el vino no es materia del vinagre, sino un producto normal de la misma cosa de la que el vinagre es un producto anormal. Partiendo de esta incomprensión de la filosofía peripatética concluye WOLF que esta fundamentación es espuria. Evidentemente habría que darle la razón a WOLF en este punto si la palabra *οὐσία* estuviera empleada aquí en un sentido filosófico, pero creemos poder demostrar que este vocablo se emplea aquí en su acepción vulgar siquiera sea también abstractamente.

Todas estas interpretaciones de la fundamentación de ULPIANO parten de la base, como vemos, de que *οὐσία* tiene algo que ver con la filosofía estoica o aristotélica. Pero esta suposición no tiene el menor apoyo en el texto y, por otra parte, la palabra *prope* parece desmentirla. Tras la tentativa de SOKOLOWSKI ha habido un verdadero derroche de ingenio para adscribir la frase en cuestión a la filosofía peripatética o estoica. Por ese camino se ha llegado a suprimir una frase del texto que interpretada sin prejuicios contiene una explicación muy racional. Ahora bien, ULPIANO pudo muy bien haber empleado *οὐσία* no en un sentido filosófico, sino vulgar, es decir, análogamente a como solemos usar la palabra sustancia corrientemente en español. Los diccionarios griegos no se suelen fijar en esta acepción (73), pero un examen de los papiros mágicos muestra cómo tiene también el significado

(70) LENEL, ACP, 123, 175 ss.

(71) LENEL, ACP, 123, 176.

(72) WOLF, oc., 145.

(73) Por todos vide THESAURUS, *Linguae graecae* (1856) y LIDEELL-SCOTT, *A greek english Lexikon* (1951), sub voce *οὐσία*. De este último especialmente el último apartado de dicha voz.

aquí propuesto (74). Por tanto, llegamos a la conclusión de que también las palabras *quia eadem prope* οσία est proceden de ULPIANO y con ello a defender la clasicidad de todo el texto.

III. CONCLUSIONES

El estudio de D. 18, 1, 9, 2. permite sacar algunas conclusiones interesantes. Primero se tuvo que examinar la dogmática moderna no sólo para mostrar cómo cristalizaron dos interpretaciones distintas de las fuentes romanas en las diferentes legislaciones, sino para demostrar una vez más en un punto concreto cómo categorías elaboradas a partir de un estudio de las fuentes influyeron en la moderna romanística de modo decisivo, creando algunos prejuicios de los que la investigación se va librando lentamente. A este respecto, estudiando la doctrina alemana a partir de SAVIGNY queda de manifiesto cómo la tajante separación entre declaración y voluntad en el negocio jurídico ha ejercido una influencia deletérea en nuestro tema. Fruto de esta separación es la distinción entre error en los motivos y error sobre el contenido de la declaración. Toda la doctrina —tanto dogmáticos como historiadores— se moverá ya dentro de estos dos polos y el péndulo oscilará en estas dos direcciones. Mientras LEVEL defendía una interpretación del *error in substantia* como error en los motivos FLUME y WOLF trataron de encajarlo en el error sobre el contenido de la declaración, KUNKEL vuelve la vista hacia la voluntad, pero no hacia una voluntad en formación, sino hacia una voluntad cristalizada ya. En definitiva, una constante progresión de la doctrina romanística del error que moviéndose entre categorías de la pandectística lucha por librarse de ellas. Pero el surco abierto por la doctrina del siglo XIX entre la voluntad y la declaración ha sido tan profundo que ha dividido a los autores en dos bandos, contrapuestos partidarios de la primacía de una y otra. Frente a este enfoque hay que defender la unidad entre voluntad y declaración. Esta no es más que la expresión de aquella: una declaración sin voluntad sería lo mismo que un cuerpo sin alma y viceversa. Los juristas romanos no trataron voluntad y declaración desde el punto de vista patológico de su divergencia, sino desde el caso normal de su coincidencia. Mucho menos construyeron una teoría abstracta basada en la contraposición de ambas.

Todas estas consideraciones pueden aplicarse a la doctrina del *error in substantia*. El texto objeto de nuestro estudio muestra cómo

(74) *Pap. Paris Bibl. Nat. Suppl.* gr. 574 (= *IV Preciscendans* GZPI, p. 82) página IV 1 1 301-2. *Καὶ τὴν οὐσίαν ἐπὶ τῆς κεραιῆς ἄψεις ἢ ἐπὶ τοῦ ραχίλου.*

ibid. p. 9763: *εἰὼς εἰς ἐπέσον, ἵνα μοι ἔσου οὐσία γένη χηρῆσιμος.*

ib. 2575: *ἡ εἰσὶ σοι θάβει θεά, εἰσὶν τε θυμίσματα αἰγῆς τε ποικίλης στέαρ καὶ αἶμα καὶ μύσῃ μα, ἔχοντα κεραιῆσιν νεκρῶς, καὶ κεραιῶν ἄνωρῶ καὶ οὐσίαν νεκρῶ κινῶς.*

p. 32: *καὶ λαβῶν στατεῖον ὄμιον ἢ κηρῶν ἄπυρον πλάσαν κηρῶν...καὶ λαβῶν βελόνην. εἰσῆσαν τὴν οὐσίαν.*

la distinción de ULPIANO entre vinagre artificial y natural, cómo los romanos no consideraron el *error in substantia* como error en los motivos, sino como un error que versaba sobre la identidad del objeto. Se examinó a este respecto, la opinión de MARCELO, tratando de mostrar su clasicidad frente a los autores que la consideran espuria. En cuanto a la fundamentación de ULPIANO *quia eadem prope oðsia est* nos pronunciamos contra la opinión dominante al demostrar cómo no existe aquí esa pretendida influencia de la filosofía aristotélica o de la estoica. Un estudio de los papiros mágicos corroboró nuestra afirmación de que *oðsia* puede muy bien en nuestro texto tener un significado vulgar, aunque abstracto, suministrándonos pruebas directas de ella. Por otra parte, vimos la curiosa paradoja de que la filosofía aristotélica, que no ha influido en el texto, haya influido, en cambio, en uno de sus intérpretes (WOLF), que quiso llenar los nombres *error in materia* y *error in substantia* con dos conceptos distintos, cuando, en realidad, son dos sinónimos, refiriendo el jurista *substantia* —otra vez en una acepción vulgar— a los líquidos. En resumen: es posible que este estudio de un punto concreto, ponga de manifiesto un aspecto más del fenómeno general de la influencia de las categorías mentales del intérprete al enjuiciar las fuentes romanas, pues vemos aquí el choque entre un pensamiento de tipo abstracto y, consecuentemente, inclinado hacia un cierto nominalismo, y pensar jurídico casuístico que maneja la terminología elásticamente. Conviene tener presente estas reflexiones para no caer en una hipercrítica al exigir una precisión terminológica a ultranza y llenar con ello todos los vocablos de un significado técnico en que el clásico ni siquiera pensó. Es tarea inexcusable del historiador acercarse a las fuentes, desprendiéndose de sus prejuicios, para ceñirse a ellas humildemente e interpretar su contenido.*

(*) Redactado este trabajo aparece el libro de ZILETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del Diritto romano* (1961), del que pienso ocuparme en una recensión para el Anuario de Historia del Derecho

El artículo 52 del Código civil después de la ley de 24 de abril de 1958

ENRIQUE LALAGUNA

SUMARIO: I. Introducción.—II. Reconocimiento a efectos civiles del régimen canónico de disolución. A) Ambito del reconocimiento. B) Privilegio paulino, C) Dispensa de matrimonio rato y no consumado.—III. Régimen español de disolución de los matrimonios canónicos en forma civil: A) La orientación formalista del Derecho secular. B) Las soluciones de la jurisprudencia española. C) La actitud de la doctrina científica ante la ley de 24 de abril de 1958. D) Determinación del régimen vigente de disolución.—IV. Declaración de fallecimiento y disolución presunta del matrimonio civil: A) El planteamiento crítico de la doctrina española. B) Disolución presunta de matrimonios canónicos en forma civil. C) Disolución presunta de matrimonio meramente civil. D) Declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges de un matrimonio civil canónicamente inexistente. Régimen civil de matrimonio canónico ulterior.—V. Relatividad del principio de irrelevancia del divorcio vincular por contradicción al orden público español.—VI. Eficacia refleja en el orden jurídico español de las sentencias extranjeras de divorcio vincular.

I. INTRODUCCION

§ 1. La reforma llevada a cabo en nuestro Código civil por Ley de 24 de abril de 1958 es no sólo, como se reconoce, “la más amplia y de mayor envergadura” (1), sino también, según pienso, la más coherente y sistemática (2), consideración que aleja del propósito de este estudio toda crítica adversa a la actitud de nuestro

(1) DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Apéndice al Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1958, pág. 13.

(2) En la parte en que sistemáticamente viene encuadrado el estudio del artículo 52, la reforma ha merecido en general un juicio favorable a la doctrina, apreciándose por lo demás en aspectos de poca monta algunas modificaciones no bien conciliadas con la unidad del sistema o técnicamente defectuosas. Sobre la reforma en conjunto cfr. las consideraciones de DE CASTRO, loc. cit., págs. 13 ss., y BATLLE VÁZQUEZ, M., *Observaciones sobre la reforma del Código civil*, “Anales de la Universidad de Murcia”, Derecho, XVI, Curso 1957-58, págs. 185-211. La materia matrimonial, gracias a la dilación del plazo convenido para la adaptación de nuestro Derecho interno al Concordato, fue amplia y profundamente debatida en la doctrina desde 1953 a 1958. Y, quizás por ello, la más precisamente regulada.

legislador, quien, sin duda por inadvertencia (3), ha dejado intacto el artículo 52. No obstante, el significado y ámbito de aplicación de este precepto han sufrido modificaciones sustanciales por efecto reflejo de la reforma operada en normas concordantes. Se cumple aquí a la letra la observación de FERRINI de que al variarse determinadas partes de un sistema jurídico se producen de rechazo cambios inevitables en el contenido de otras normas e instituciones que no han sido directamente objeto de modificación (4). Ninguna norma tiene una existencia aislada. Por el contrario, toda norma aparece y se mantiene engranada en un contexto sistemático, por lo que es natural que quien dicta las normas no tenga conciencia plena de su futuro alcance (5). El objeto de este estudio es precisar el conjunto de modificaciones “virtuales” que se han operado en el artículo 52 del C. c. con la reforma posconcordataria.

Según el artículo 52 “el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”. La norma, por su enclave dentro del capítulo de “Disposiciones generales” —Capítulo I, Título IV, Libro I del Código civil— resulta aplicable tanto al matrimonio civil como al canónico. Por lo que a éste se refiere, es evidente que, no sólo en el ámbito del ordenamiento canónico, sino también —a efectos civiles— en el ámbito del ordenamiento español, la disolución no se produce únicamente por la muerte. Y por lo que respecta al matrimonio civil, es claro también, que además de la muerte, determina su disolución el nuevo matrimonio canónico contraído por uno de los cónyuges dentro de los presupuestos y límites de aplicación del régimen del privilegio paulino. Ciertamente estas variaciones al texto del artículo 52, introducidas por la nueva redacción de otros preceptos del Código (arts. 80 y 82), no significan a mi entender más novedad que la de eliminar, por expresa y terminante dicción de la Ley, el riesgo de interpretaciones equívocas. De hecho podían éstas prosperar antes de la reforma por una vía exegética literal del artículo 52. Pero una exégesis logicosistemática, más exigente que la puramente gramatical, no hubiera tolerado la significación estricta que resulta de la letra del precepto.

Las modificaciones sustanciales en el artículo 52 se producen, más allá de las conclusiones que se podían inferir de la regulación del Código antes de su reforma, en una doble vertiente.

En el orden normativo:

a) Se reduce a priori considerablemente el ámbito de aplicación del principio de indisolubilidad proclamado en el artículo 52, por la posible relevancia en el orden jurídico español —que la reforma en parte virtualmente permite, y en parte explícitamente consiente—

(3) Muy disculpable si se tiene en cuenta la amplitud de la revisión realizada, a la que generalmente no han escapado pequeñas correcciones de estilo en preceptos conexos con los de nueva redacción.

(4) FERRINI, C.: *Manuale di Pandette*, 4.^a ed., Milano, 1953, pág. 34.

(5) Cfr. FERRINI, op cit., pág. 33.

de la naturaleza canónica de algunos matrimonios civiles, limitándose la aplicación del precepto comentado a matrimonios de carácter puramente civil.

b) Se atenúa en su alcance y efectos la formulación literal del artículo 52 en su conexión sistemática con el 51 —según la genuina significación que a este precepto le ha devuelto la reforma de 1958— para los casos de matrimonio canónico contraído por la persona casada civilmente, cuando la celebración de este segundo enlace viene precedida por la declaración de fallecimiento del otro cónyuge.

En el orden de la aplicación:

a) Se templá el rigor que preside la redacción del precepto, abriéndose la posibilidad de que con referencia a matrimonios de naturaleza civil se aprecie en ciertos casos una disolución presunta.

b) Se ofrecen bases firmes para orientar la futura interpretación en materia de disolución de matrimonio meramente civil por una vía más realista y flexible. En este sentido, se advierte a la luz de la reforma de 1958 cómo el principio de irrelevancia del divorcio vincular (contrario al orden público español) no tiene la aplicación incondicionada que generalmente se supone, y como, por otra parte, puede recibir en sus necesarias aplicaciones un trato más ajustado al característico humanismo de nuestro Derecho.

Estas innovaciones, cuyo preciso alcance se irá fijando a lo largo de estas páginas, en modo alguno significan alejamiento o desviación del principio de indisolubilidad del vínculo. Para desvanecer cualquier duda que pudieran suscitar las anteriores consideraciones, basta con decir que no se pierden de vista en este estudio las más rigurosas exigencias de la doctrina tradicional en la legislación española (6).

En lo que sigue, para no restar unidad a la exposición, muy necesaria en esta materia, plagada de implicaciones entre el orden canónico y el civil, se tratará el tema de la disolución en el marco sistemático de la reforma, aun cuando no todo en ella, como se ha advertido,

(6) Sobre el fundamento y alcance del principio en Derecho canónico, cfr. DEL AMO, L., *La defensa del vínculo*, Madrid, 1954; GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, M., *La institución matrimonial*, Madrid, 1943, págs. 266 ss.; GARCÍA CASTRO, M., *Disolución del vínculo matrimonial canónico*, "Nueva enciclopedia jurídica", VII, Barcelona, 1955, págs. 537-578, y la bibliografía allí citada. Sobre la evolución del Derecho español en la materia, ofrece una visión de conjunto muy objetiva BAILLE VÁZQUEZ, M., *Divorcio*, "Nueva enciclopedia jurídica", VII, Barcelona, 1955, págs. 658, 665-669. Además: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 8.ª ed. revisada y ampliada con el concurso de CALVILLO Y MARTÍNEZ DE ARENAZA, J., Madrid, 1961, págs. 671-673. BRUNELLI, G.: *Divorzio e nullità di matrimonio negli Stati d'Europa*, Milano 1958, págs. 399 ss., dedica al derogado régimen español sobre divorcio vincular una extensión objetivamente desproporcionada, dada la corta vigencia de la legislación republicana en la perspectiva histórica de nuestro Derecho matrimonial. Contrasta notablemente esta exposición con la parca atención dedicada a los problemas del Derecho vigente, estudiados sobre la base de una bibliografía muy incompleta e inactual.

signifique verdadera novedad (7). En esta perspectiva parece oportuno dedicar más atención a los problemas más espinosos, que en este tema son a la vez los de mayor interés práctico.

II. RECONOCIMIENTO A EFECTOS CIVILES DEL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN.

A) *Ambito del reconocimiento*

§ 2. El artículo 80 del C. c. reconoce, en fiel correspondencia con el artículo XXIV del Concordato, la competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, en materia de dispensa de matrimonio rato y no consumado, y sobre uso y aplicación del privilegio paulino. En su último inciso dispone que “sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil a tenor del artículo 82” —también reformado—. Estos dos artículos han esido objeto de un certero desarrollo normativo.

Alcanzan así eficacia en el orden civil español las tres causas canónicas de disolución del matrimonio (8). Hace notar CASTÁN que no se hace expresa referencia a la disolución por solemne profesión religiosa (9), pero esta causa —evidentemente— se halla comprendida en la fórmula “dispensa de matrimonio rato y no consumado” (10).

B) *El privilegio paulino*

§ 3. Para la doctrina, poca novedad entraña el reconocimiento a efectos civiles del privilegio paulino. Antes de la reforma de 1958 se defendió por vía de interpretación sistemática que el matrimonio por el que se operaba, una vez concedido el privilegio, la disolución del matrimonio civil anterior, era inscribible y eficaz civilmente. En este sentido entendía SANCHO REBULLIDA que, sobre lo dispuesto en los ar-

(7) Los problemas de Derecho transitorio que en materia de divorcio plantean al Nuevo Estado las situaciones creadas al amparo de la legalidad republicana no se abordan en este estudio, aunque en ocasiones será oportuna una referencia a las situaciones o juicios que, al menos tangencialmente, guarden conexión con nuestro tema.

(8) Sobre el tema, en el aspecto registral: SANCHO REBULLIDA, F. de A., *El sistema matrimonial en la reforma del Código civil*, Publicaciones del Seminario de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1958, núms. 11 y 13, págs. 29-30 y 31; notas (de PERÉ RALUY) a los artículos 262 y 263 del R. R. C., *Reglamento del Registro civil y disposiciones complementarias. Anotado y concordado con la ley de 8 de junio de 1957 y disposiciones complementarias*, Madrid, 1959.

(9) CASTÁN, *Derecho civil español*, 8.^a ed., cit., pág. 663. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *El privilegio paulino: posibilidades de su aplicación en el régimen matrimonial español*, “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, CCVIII (1960-I), págs. 71-72, lamenta que “no se incluyera en el artículo XXIV [del Concordato] ni en el Código civil, el reconocimiento a efectos civiles de la facultad pontificia para disolver directamente el matrimonio legítimo”, entendiéndose que tal reconocimiento expreso era necesario para derogar en este punto los artículos 51 y 52 del C. c.

(10) SANCHO REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma*, cit., pág. 31.

títulos 51 y 104, había de prevalecer el régimen de los artículos 75 y 76 (11).

Con un criterio amplio se mantuvo en sustancia idéntica opinión por la generalidad de los autores que se ocuparon del tema (12). BATLLE, en un estudio redactado después del Concordato, pero anterior a la Ley de 1958, consideraba esta tesis correcta en principio y acorde con los artículos 75 y 80 del Código civil, pero manifestaba ciertas reservas: "si era claro el caso de matrimonio *rato*, no lo era tanto el del privilegio paulino... La dificultad radicaba en el supuesto base del privilegio, porque la disolución del matrimonio anterior tiene lugar en el momento preciso en que la parte bautizada celebra *válidamente* nuevo matrimonio (canon 1.126 del Codex), lo que, según el Código civil, no es posible por el artículo 51", y "porque el matrimonio disuelto canónicamente estaba regulado exclusivamente por la ley civil sobre el estado de hecho y de Derecho existente al tiempo de su celebración" (13).

A mi modo de ver, la falta de disposición expresa en el régimen preconcordatario, hacía en principio problemático el reconocimiento del privilegio. No hubo ocasión para que entrara en juego este reconocimiento, pero en cualquier caso es de suponer que hubiera tenido algún valor la opinión generalizada en la doctrina. Por otra parte, si la antinomia entre los artículos 51, de un lado, y 75 y 76, de otro, planteaba en la legalidad anterior a la Orden de 10 de marzo de 1941 dos posibles soluciones —en pro o en contra del reconocimiento—, a partir de esta disposición ministerial no sé hubiera podido mantener en buena hermenéutica otra solución que la propuesta por SANCHEO REBULLIDA —precisamente bajo la vigencia de la citada Orden—.

En el régimen actual, con el reconocimiento expreso del privilegio, no se plantea ninguna cuestión de importancia (14). La doctrina más

(11) SANCHEO REBULLIDA, F. de A., *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, pág. 278; *El sistema matrimonial en la reforma*, cit., pág. 29.

(12) ORÚE-REMENTERÍA, F., *Disolución del vínculo conyugal en derecho canónico por modos especiales que no constituyen el caso de muerte de los cónyuges, en relación con el Código civil*, "Revista de Derecho privado", XI (1924), pág. 379; MEDINA, L., MARAÑÓN, M., *Leyes civiles de España*, Madrid, 1911, págs. 37-38 nota al artículo 51 del Código civil; URTEAGA LOIDI, J., *El privilegio paulino en el Derecho canónico y en el Derecho civil español*, Tesis doctoral (inérita), Madrid, s. a., págs. 380-386. En cambio, parece dudar de su reconocimiento ESFÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, IV, Madrid, 1956, pág. 89.

(13) BATLLE, *Divorcio*, cit., pág. 665.

(14) GARCÍA CANTERO, G., *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, págs. 307-308, plantea el caso de que siendo "la mujer la que contrae nuevo matrimonio canónico, por aplicación del Privilegio paulino, no le afecta el plazo de espera del número segundo del artículo 45 C. c. pues allí se habla de 'viuda' y de 'mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo', en ninguno de cuyos supuestos encaja este caso; además, aunque concurre aquí idéntica *ratio* que en las hipótesis que prevé la norma, sin embargo, las normas prohibitivas deben interpretarse restrictivamente". Disiento de esta opinión. Se habla de "viuda" en el artículo 45, por la misma razón que se

reciente conviene en afirmar que por dicho reconocimiento se recorta el ámbito de aplicación del artículo 51 (15).

C) *Dispensa de matrimonio rato y no consumado*

§ 4. Respecto a la dispensa *super rato*, su eficacia civil estaba ya reconocida en el Derecho anterior por la disposición transitoria 5.^a de la Ley de 23 de septiembre de 1939 (16). Aunque pudiera suscitar algún reparo el carácter transitorio de la norma en que se hace el reconocimiento, el espíritu que informa esta disposición permite, con una interpretación progresiva, admitirlo con carácter general. Se citó anteriormente la opinión de BATLLE, para quien esta solución no ofrece duda.

La Ley de 1958, con la misma fórmula amplia del artículo XXIV del Concordato, reconoce los dos modos específicos de disolución del matrimonio canónico: rescripto-pontificio y solemne profesión religiosa. Una y otra forma de disolución tiene de común su naturaleza de "dispensa": la disolución procede de una concesión graciosa de la potestad vicaria del Romano Pontífice, potestad que por definición supone una subordinación al Derecho divino, de donde se deduce una consecuencia importante que se deberá tener en cuenta para los problemas que la disolución origine en el orden civil: la dispensa ha de respetar necesariamente las consecuencias derivadas del vínculo disuelto. La dispensa opera "ex nunc", desde el momento de la concesión (17). Se comprende así que sea nulo el ulte-

habla de "muerte", como única causa de disolución, en el artículo 52. Y existiendo "idéntica" *ratio* existirá idéntica prohibición. Las normas prohibitivas se interpretan restrictivamente cuando no hay perjuicio para tercero (arg. a contrario art. 4, párr. 2). Y en este caso lo hay. De que se observe o no la prohibición depende un posible conflicto de presunciones de paternidad.

(15) Díez GÓMEZ, A., *La Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con una breve exégesis*, "Revista de Derecho notarial", XXI-XXII, 1958, pág. 349; GARCÍA CANTERO, op. cit., pág. 307; WEYERS, H. L., *Die Eheschliessung nach spanischem Recht*, Karlsruhe, 1960, pág. 103, nota 16. CONDE-PUERTO ha dedicado un estudio monográfico (ya citado) a las cuestiones civiles que plantea el reconocimiento civil del privilegio paulino. La idea que preside este estudio es inexacta ("en el sistema matrimonial vigente la forma civil del matrimonio queda reservada para los acatólicos y el Privilegio paulino se otorga precisamente para la disolución del matrimonio legítimo, válidamente celebrado entre no bautizados, con lo que todos los matrimonios civiles podrán ser disueltos por aquel Privilegio").

(16) Establece esta disposición: "Se reconoce plena eficacia jurídica en el fuero civil, desde el momento de su firmeza y validez canónica, a las sentencias firmes de los Tribunales eclesiásticos competentes, declarando la nulidad de un matrimonio, y a los Rescriptos Pontificios de disolución de matrimonio rato y no consumado, dictadas y otorgadas, respectivamente durante la vigencia de la llamada Ley de Separación y de Divorcio o con posterioridad a aquélla. Los interesados quedan obligados a inscribir dichas sentencias y Rescriptos en el Registro civil correspondiente en el plazo de seis meses, que comenzará a contarse desde la fecha de promulgación de esta ley".

(17) Opinión común. CIR., por ejemplo, CASORIA, J., *De matrimonio rato et non consummato*, Roma, 1959, pág. 78.

rior matrimonio contraído por uno de los cónyuges con posterioridad a la celebración y antes de la disolución del rato y no consumado. Durante este período, subsistirá el impedimento dirimente nacido de la unión adulterina. La dispensa del impedimento, que se produce de pleno derecho con la concesión de la dispensa *super rato*, opera en el futuro, no para el pasado, ya que esto implicaría lógicamente no la disolución del vínculo *rato* sino su nulidad.

Las causas de disolución por rescripto pontificio no están determinadas por la ley. Se consideran "justas causas" de dispensa en la jurisprudencia canónica la celebración ulterior de un matrimonio civil canónicamente inexistente, de cuya situación no pueda de otro modo liberarse el cónyuge bigamo, y el divorcio civil aunque no vaya seguido de matrimonio ulterior (18). Parece que la primera hipótesis sólo podrá servir de "justa causa" cuando el vínculo se halle sometido a un régimen de matrimonio civil obligatorio donde no se reconozca el matrimonio canónico como fuente del impedimento de ligamen (19). La situación de que se trata no llegará a plantearse en el ámbito del Derecho español: el matrimonio civil ulterior será nulo (20).

La hipótesis de divorcio vincular, en cambio, puede hoy plantear algún problema en nuestro Derecho vigente en relación con las situaciones creadas por la ley republicana de 2 de marzo de 1932 (21). Al parecer, la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 9 de abril de 1937, por la que se acuerda el divorcio vincular de un matrimonio canónico —rato y no consumado— contraído en 18 de enero de 1930, ha servido de "justa causa" a la dispensa *super rato* concedida en 6 de junio de 1958. Decretado el divorcio, tuvo el marido dos hijos

(18) Cfr. ANNA RAVA, *Cinquanta anni di giurisprudenza rotale in tema di dispensatio super matrimonio rato et non consummato*, "Il diritto ecclesiastico", LXVIII (1957), Parte II, págs. 146 y ss.

(19) El Decreto de 20 de junio de 1874, interpretando el artículo 5, núm. 2.º, de la ley de matrimonio civil de 1870, de acuerdo con el sentir de la doctrina, reconoció el matrimonio canónico como impedimento de vínculo a efectos de celebración del matrimonio civil.

(20) Tal es la solución últimamente mantenida para este supuesto —primer matrimonio canónico y segundo civil—, al que podrá aplicarse el régimen del matrimonio putativo (art. 69 C. c.). Cfr. JORDANO BARRA, J., *El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial*, "Anuario de Derecho civil", XIV (1961), págs. 349-350; y mi estudio *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, en el mismo tomo y número del Anuario, págs. 405-409, y en *Estudios de Derecho matrimonial*, Madrid, 1962, págs. 15-93.

(21) También, en relación con el divorcio obtenido ante el Tribunal extranjero. Véase, por ejemplo, el supuesto de la sentencia del T. S. de 29 de mayo de 1962. Fuera de este supuesto, posible como resultado de la doble celebración del matrimonio (en forma canónica y en forma civil), la hipótesis queda en gran medida neutralizada con la tendencia favorable a la aplicación de legislaciones extranjeras de inspiración confesional en el área de los sistemas de Derecho internacional privado de carácter no confesional. Cfr. LEBEBOURS-PIGEONNIERE, P., *Droit international privé*, 7.ª ed. a cargo de Y. LOUSSOUARN, París, 1959, págs. 544-545; BENJAMIN, P., *Le divorce, la séparation de corps et leurs effets en droit international privé français et anglais*, París, 1955, págs. 95-96.

fuera de matrimonio, y concedida la dispensa *super rato* contrajo matrimonio canónico con su cómplice en el adulterio. La Resolución de la Dirección de los Registros de 28 de noviembre de 1961, por efecto de esta segunda unión canónica, autoriza la inscripción de la legitimación de los hijos por subsiguiente matrimonio, solución mal avenida con la naturaleza de la dispensa y no bien justificada en la motivación del fallo (22).

III. REGIMEN ESPAÑOL DE DISOLUCION DE MATRIMONIOS CANONICOS EN FORMA CIVIL

A) *La orientación formalista del Derecho secular.*

§ 5. La actitud formalista del Derecho secular en la regulación del matrimonio civil, dominante en la casi totalidad de las legislaciones, postula la necesaria observancia de una forma de valor constitutivo en la celebración del matrimonio. En otro lugar he descrito y analizado esta tendencia. El Derecho civil configura la forma de celebración del matrimonio como rígida objetivación del consentimiento. El principio determinante de esta sentencia se puede formular así: no existe jurídicamente más consentimiento que el manifestado en la forma legalmente prescrita. A partir de aquí y a despecho de la realidad, se afirmará que todo matrimonio celebrado formalmente postula la existencia jurídica del consentimiento (no siempre necesariamente su validez), y que todo consentimiento formalmente deficiente (otra cosa ocurre cuando existe una forma jurídica defectuosa) es inexistente desde el punto de vista jurídico (23). La forma, además de esta específica función constitutiva, tiene un valor general sistemático en las legislaciones seculares de inspiración confesional en cuanto su observancia —civil o canónica— sirve de punto de conexión del matrimonio a la jurisdicción respectiva —secular o eclesiástica.

Las cosas se ven de otro modo desde la perspectiva del Derecho de la Iglesia. Aquí es cierto que el matrimonio contraído en forma canónica es siempre canónico, y que desde tal punto de vista el Derecho de la Iglesia postula la competencia exclusiva de la jurisdicción eclesiástica en materia de nulidad, disolución y separación. Sin embargo, media una diferencia importante entre la actitud de uno y otro ordenamiento. El Derecho canónico no atribuye a la forma ese rígido carácter que ostenta en las legislaciones seculares. La regulación canónica de la forma de celebración está presidida por un criterio de flexibilidad, del que son consecuencias: 1) la exención de forma para

(22) La resolución ha sido comentada por SANCHEZ REBULLIDA, F. de A., *Legitimación por subsiguiente matrimonio de hijos habidos durante ligamen —disuelto después, "super rato"— del padre con tercera persona, "Ius Canonikum"*, II (1962), págs. 349-369.

(23) Cfr. *El matrimonio como acto jurídico formal*, en *Estudios*, cit., págs. 231-254.

determinados súbditos (c. 1.099, § 2); la simplificación o reducción de exigencias de la forma ordinaria en determinadas circunstancias (c. 1.098); 3) la dispensa de forma —ordinaria y extraordinaria—; 4) la *sanatio in radice* en supuestos de inobservancia total o parcial de los requisitos de forma (c. 1.136).

De este modo se comprende la posibilidad de que algunos matrimonios celebrados en forma civil posean naturaleza canónica.

Esta posibilidad toma carta de naturaleza en nuestro Derecho con la ley de 24 de abril de 1958. La figura de los “matrimonios canónicos en forma civil” (24), se da desde la aparición histórica del matrimonio civil como fenómeno de hecho cuya significación en el orden jurídico reviste por lo general caracteres negativos. Pero como figura dotada de un específico régimen jurídico no existe fuera del ámbito de nuestro ordenamiento positivo, y en éste aparece como la innovación más profunda —no digo la más importante— de la reciente reforma del Código civil.

B) *Las soluciones de la jurisprudencia española*

§ 6. En la jurisprudencia española se han enjuiciado algunas de estas situaciones, dándoles en general un tratamiento correcto desde el punto de vista civil.

Antes de la reforma se reconoció en nuestra jurisprudencia la relevancia de la posible naturaleza canónica de un matrimonio —en base al c. 1.098 del C. i. c.— celebrado civilmente (25), unas veces descartando, después de planteada, la procedencia de la calificación, como ocurre en la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 13 de febrero de 1957 (26), y otras, apuntando su eventual virtualidad, ante la imposibilidad de determinar la efectiva existencia de matrimonio canónico en las *species facti* contemplada, como sucede en la resolución de la Dirección de los Registros de 14 de marzo de 1951 (27).

(24) La denominación la utiliza FUENMAYOR, al parecer por vez primera, dentro de un ciclo de lecciones públicas sobre matrimonio civil en el Estudio General de Navarra (Lección V, 13-XI-1958). Cfr. *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1959, págs. 96 y ss.

(25) Con referencia a los matrimonios civiles celebrados por los católicos durante la guerra española y en zona roja, el Rescripto del Santo Oficio de 17 de junio de 1943 estableció una presunción *iuris tantum* de validez en base al c. 1098.

(26) Tratábase de una unión contraída ante el Alcalde Presidente de la Villa de B. —zona marxista— y dos testigos, vecinos de la misma, el 15 de mayo de 1937. Ver penúltimo Considerando. La sentencia se recoge en “Revista General de Derecho”, XIII (1957), págs. 337-341.

(27) Se consulta sobre la posibilidad de contraer nuevo matrimonio una mujer española casada en Málaga en 3 de enero de 1937 ante un Oficial del Ejército rojo. En el segundo considerando se afirma que “si existió un supuesto acto matrimonial que haya dado lugar al correspondiente asiento en el Registro Civil o bien pudiera ser considerado con arreglo al Derecho canónico como matrimonio ante testigos, es indudable que el impedimento de vínculo impide pasar a nuevo matrimonio con otra persona a cualquiera de los contrayentes en tanto los Tribunales no declaren nulo el supuesto matrimonio”.

También nuestro primer órgano jurisdiccional ha debido afrontar en varias ocasiones el problema.

La sentencia de 9 de febrero de 1954, entiende que no es posible admitir que declarado nulo el matrimonio canónico celebrado por los litigantes subsista entre éstos el vínculo civil, productor de efectos de esta clase, por la sola razón de haberse contraído en tiempos de vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932.

En sentencia de 22 de marzo de 1956, relativa a un juicio de reclamación de alimentos provisionales, se ocupa el Tribunal Supremo de un supuesto de doble matrimonio, el primero contraído canónicamente —por la actora y recurrente con el demandado, en Madrid el 12 de noviembre de 1934—, y el segundo celebrado civilmente —por el demandado con tercera persona, en Madrid, el 26 de enero de 1938— y luego “convalidado” (sic) ante la autoridad eclesiástica (en base a que en el momento de la celebración se daban las circunstancias del canon 1.098 del C. i. c.). La doctrina del Tribunal Supremo, en principio correcta al apreciar la naturaleza canónica del segundo matrimonio, no parece aceptable en la solución que da al caso enjuiciado (28).

En la sentencia más reciente de 3 de mayo de 1958, ante un caso de doble celebración, el Tribunal Supremo parece inspirarse en un criterio de prevalencia de la jurisdicción estatal sobre la eclesiástica, al afirmar que no pierde de la recurrente la legitimación activa para continuar el recurso de casación (dirigido a obtener la declaración de prodigalidad del marido) “por el hecho de haberse decretado por los Tribunales eclesiásticos la separación perpetua a instancia de su esposo..., pues que aún existe el matrimonio civil contraído entre ambos en Francia en 3 de diciembre de 1932, cuya invalidez no consta en el actual momento procesal”.

Con posterioridad a la reforma del sistema codificado, a la luz de la Ley de 24 de abril de 1958, la sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 4 de mayo de 1960, referente a un caso de doble celebración en “Zona roja” —en forma canónica y en forma civil, el 7 de junio de 1937— desestima la pretensión de nulidad del matrimonio, considerando que la irregularidad alegada por el demandante no lleva aparejada tal sanción y que en el caso de autos aparece demostrado que “en la misma fecha se celebró también matrimonio canónico, cuyos efectos civiles, desde entonces, bastarían para negar toda posible viabilidad a la nulidad pretendida” (29).

La sentencia de 29 de mayo de 1962, con referencia a un caso de doble matrimonio de un súbdito español, mantiene la prevalencia de la calificación canónica al considerar subsistente el primer matrimonio (ce-

(28) En este sentido, GARCÍA CANTERO, “Anuario de Derecho civil”, IX (1956), pág. 1055. Más acertada, ante el problema de las causas sobre efectos meramente civiles del matrimonio canónico —conforme al canon 1.971 del C. i. c.— es la posición mantenida en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 25 de enero de 1957, inserta en “Revista general de Derecho”, XIII (1957), págs. 233-234.

(29) Se recoge en “Revista general de Derecho”, XVII (1961), págs. 85-86.

lebrado en Argelia en forma canónica y en forma civil, y luego disuelto por sentencia extranjera de divorcio vincular), y nulo el contraído ulteriormente en España con española en forma canónica.

En este panorama de nuestra jurisprudencia llama la atención la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1961, que declara la nulidad de un matrimonio celebrado bajo la dominación roja después de la derogación de la Ley republicana de 28 de junio de 1932 por la Ley del Gobierno nacional de 12 de marzo de 1938. PERÉ RALUY califica la doctrina de esta sentencia de "absolutamente inadmisibile ya que tales enlaces eran válidos, como verdaderos *matrimonios contraídos ante testigos, si los contrayentes eran católicos* (dadas las circunstancias de excepción imperantes en Zona Roja en la que se daba la hipótesis prevista en el canon 1.098), y de no ser católicos los contrayentes, los enlaces eran válidos, ya que no es la declaración de acatolicidad, sino la propia acatolicidad, lo que se requiere para la validez del matrimonio civil" (30).

C) *La actitud de la doctrina científica ante la ley de 24 de abril de 1958*

§ 7. En nuestro Derecho positivo se plantea hoy el problema de los "matrimonios canónicos en forma civil" en términos distintos de los que postulaba el régimen preconcordatario.

Los matrimonios canónicos en forma civil se hallan sometidos en principio a una dualidad de régimen —canónico o civil— y también, paralelamente, a una dualidad de jurisdicciones —eclesiástica o secular—. En las causas de nulidad, disolución y separación de esos matrimonios, ¿qué régimen se deberá seguir? Supuesto que se aplique el régimen canónico, ¿qué jurisdicción será competente? No interesa analizar aquí tales cuestiones desde la perspectiva del Derecho internacional público y Concordatario español —aunque sus principios se deberán tener en cuenta—, sino sólo desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, dentro del marco de una exégesis rigurosa de los preceptos del Código.

Desde este ángulo visual advierte FUENMAYOR (31) que el matrimonio celebrado en forma civil puede ser canónico inicial o sucesivamente. La doble naturaleza se da inicialmente, es decir, desde el momento de la celebración, en los casos de matrimonio contraído en forma civil por súbditos de la Iglesia exentos de la observancia de la forma canónica, y también cuando, tratándose de súbditos obligados, se den las cir-

(30) PERÉ RALUY, J., *Panorama del primer trienio de vigencia de la nueva ordenación del Registro civil*, "Pretor", XI (1962), pág. 265, nota 68. Subrayado por mí. Además, téngase en cuenta que la argumentación en que se apoya —tomada a la letra de la doctrina iniciada por la sentencia de 21-X-1959, confirmada por la de 12-XI-1959— no es aplicable al supuesto contemplado, ya que no hay en tal caso infracción del artículo 42 del C. c. Parece obvio que la derogación de la Ley de 28 de junio de 1932 no puede afectar, en las circunstancias de nuestra Guerra, a la llamada zona roja.

(31) FUENMAYOR, A., *El sistema matrimonial español*, Madrid, 1959, pág. 96.

cunstances del canon 1.098. En los demás casos la doble naturaleza del matrimonio es sucesiva. Cabe entonces que la naturaleza civil del vínculo precede en el tiempo al momento de adquirir su naturaleza canónica, o, a la inversa, que ésta sea anterior a aquélla. En la primera hipótesis habla FUENMAYOR de una "conversión" del matrimonio civil en canónico (32). Esta conversión se produce en el caso de matrimonio civil entre infieles cuando al menos uno de los cónyuges reciba el bautismo, y en el de matrimonio civil contraído por súbditos de la Iglesia obligados a la observancia de la forma canónica (33) cuando tenga lugar (si procede) la *sanatio in radice* o cuando formalicen canónicamente su unión (34).

Si en verdad nuestro ordenamiento ofrece hoy un régimen específico para tales situaciones, esto significa que, en principio, se reconoce la aplicación del régimen canónico —salvo, en ciertos casos, el régimen de forma, que será el propio de la legislación secular— y la competencia de la jurisdicción eclesiástica, con la consiguiente ejecución de sus resoluciones en el orden civil.

Antes de la reforma de 1958 era posible en ciertos casos —como se ha podido ver en algunas de las manifestaciones jurisprudenciales expuestas— el reconocimiento en el orden civil del régimen y jurisdicción de la Iglesia en esos matrimonios de naturaleza mixta. Con todo, se trata de aplicaciones aisladas, que superan un planteamiento difícil, con solución no exenta de reparos, y para casos determinados —supuestos de doble celebración y de celebración en las circunstancias del c. 1.098—. De aquí que, como tesis general, pueda afirmarse que en nuestra legislación preconcordatoria no cabe —sino con carácter eventual, y con las limitaciones indicadas— la relevancia civil de las normas y decisiones canónicas sobre la materia. La causa de esta solución negativa se halla

(32) Según FUENMAYOR, no cabe hablar de "conversión" del matrimonio canónico en civil (op. loc. cit. últimamente). Tampoco, según creo, se da en rigor una conversión (plena) en las hipótesis a que FUENMAYOR se refiere. Salvo el caso últimamente citado —de doble celebración—, se deberá respetar el régimen civil de forma por la jurisdicción eclesiástica en cuanto no se oponga al principio canónico de prevalencia del consentimiento real sobre el consentimiento formal (aparente).

(33) Tal matrimonio es canónicamente inexistente. Cómo se pueda conciliar esta calificación con la posibilidad de la *sanatio in radice*, se comprende si se tiene en cuenta que el término "inexistencia" no se emplea aquí en un sentido estructural o entitativo, sino en sentido funcional, relativo al grado de *ineficacia* del matrimonio nulo. He tratado de precisar esta calificación en unas notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1959 (*Nulidad de matrimonio civil por confesión católica de uno de los contrayentes*), en *Estudios*, págs. 201-230; y en "Ivs Canonícvm", I (1961), págs. 271-289.

(34) La *sanatio* opera retroactivamente, lo que no quiere decir que se suponga por *fictio* la existencia de un vínculo que no existe, sino que los efectos, en principio negados por carencia de forma, se reconocen luego, por virtud de la *sanatio*, desde el momento en que se produjo el intercambio del consentimiento —causativo de la existencia canónica del matrimonio—. En el caso de ulterior formalización canónica del matrimonio civil, el vínculo —y consiguientemente su eficacia canónica— existe jurídicamente sólo desde el momento de la celebración.

en el planteamiento formalista del viejo sistema, que sólo reconoce como matrimonio canónico al que lo es en sentido formal, es decir, al celebrado *in facie Ecclesiae* (35). La posición de PEÑA (36), único autor que con rigor y amplitud se plantea la cuestión antes de la reforma de 1958, me parece en principio —con algunas reservas— bien fundada.

En la doctrina más reciente se ha tratado del tema, aunque con parquedad y no siempre con una visión clara. Parece que la exposición de FUENMAYOR, citada con frecuencia y a veces transcrita extensamente, no ha sido bien entendida.

CASTÁN, en la octava edición de su obra, ha recogido, sin adoptar opinión personal, la interpretación de FUENMAYOR, enfrentándola con la de PEÑA (37). A mi modo de ver, las posiciones de PEÑA y FUENMAYOR no son contrapuestas, sino distintas, justificándose una y otra, con razones convincentes, dentro de la perspectiva legal que condiciona su respectivo planteamiento. La posición negativa de PEÑA se ajusta a los principios del régimen preconcordatorio (38). La de FUENMAYOR se pliega a los principios y normas de la Ley de 24 de abril de 1958. No se comprenden, en cambio, después de la reforma, las opiniones proclives a la tesis de PEÑA (39).

Salvo un reducido grupo de autores (40), el cambio de planteamiento que sufre el sistema matrimonial español por virtud de la Ley de 1958 ha pasado inadvertido a la doctrina. Los argumentos que se citan en la línea de un planteamiento formalista del sistema (respuesta de la Fiscalía del Tribunal Supremo, recogida en la Memoria de 1955, y Resolución de la Dirección de los Registros de 8 de agosto de 1955) podrían ser hoy invocados en favor de la tesis mantenida por FUENMAYOR, ya que se habla de la competencia de los Tribunales sobre el matrimonio

(35) RIGAUX, F., en una nota a la sentencia de la *Cour d'Appel de Bruxelles* (3^o Ch.) de 14 de diciembre de 1955 ("Revue critique du droit international privé", 1957-XLVI, pág. 74), advertía, demostrando una clara comprensión del sistema derogado: "*Ce n'est que par la forme de célébration, rituelle pour les catholiques civile pour les autres, que le législateur espagnol a entendu distinguer le mariage civil du mariage canonique*". Subrayado por mí.

(36) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Los matrimonios civiles contraídos por católicos durante la vigencia de la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932* (Notas a la sentencia del T. S. de 25 de enero de 1956), ANUARIO DE DERECHO CIVIL, X (1957), págs. 254-255.

(37) CASTÁN, *Derecho civil español...*, 8.^a ed., cit., págs. 690-691.

(38) Expone PEÑA su opinión después del Concordato —e incluso cita en apoyo de su tesis el artículo XXIV, entendiendo que al referirse al matrimonio canónico, excluye implícitamente de su esfera a los matrimonios civiles (loc. cit., pág. 225)—. Pero téngase en cuenta el radical cambio de planteamiento que introduce la ley de 24 de abril de 1958, posterior a la publicación de su trabajo.

(39) En esta línea de pensamiento: CONDE-PUERTO, *El privilegio paulino*, cit., págs. 60-61, nota 45.

(40) Además de FUENMAYOR: SANCHEO REBULLIDA, *El sistema matrimonial en la reforma*, loc. cit., PERE RALUY, J., en nota al artículo 263 del R. R. c., edición citada de "Pretor"; LALAGUNA, E., *El artículo 51*, cit., pág. 400, nota 37. Con alcance limitado, DIEZ GÓMEZ, A., *La Ley de Reforma del Código civil de 24 de abril de 1958*, cit., págs. 344-345.

canónico o civil, sin matizar el alcance de una y otra calificación. El valor de cualquier opinión en este punto está mediatizado por la significación del sistema. Así, no parece dudoso que, después de la reforma, la doctrina de la sentencia de 17 de noviembre de 1961 (41) se haya de interpretar en un sentido acorde con la legalidad vigente.

La ley de 24 de abril de 1958 parece marcar el tránsito de ese enfoque formalista a otro que puede denominarse institucional. FUENMAYOR ha destacado los preceptos de nueva redacción del C. c. que, a su juicio, permitirán en el futuro reconocer con amplitud el matrimonio canónico, teniendo en cuenta no sólo su carácter formal, sino también su naturaleza sacramental e incluso la simple condición de bautizado de alguno de los contrayentes. Afirma el ilustre civilista que "el Código separa como *instituciones diferentes* (salvo la coincidencia en cuanto a los efectos civiles), el matrimonio canónico y el matrimonio civil, y esta separación se manifiesta tanto en el orden del régimen aplicable como en el orden de la jurisdicción. En cuanto al Derecho aplicable, pone de relieve la diferencia entre el texto vigente y el texto derogado del artículo 75. El viejo texto reconocía la competencia del Derecho de la Iglesia en orden a *los requisitos, forma y solemnidades para la celebración*, en tanto que la fórmula actual la extienden a *cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general a su reglamentación jurídica*. Por lo que atañe a la jurisdicción, entiende que es no menos patente la diferencia entre el texto derogado y el vigente del artículo 80. El primero disponía que el conocimiento de los pleitos sobre nulidad y divorcio de los *matrimonios canónicos* corresponde a los Tribunales eclesiásticos, mientras que el actual viene a decir que el conocimiento de las causas sobre nulidad y separación de los *matrimonios canónicos*, corresponde *exclusivamente* a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y *sus sentencias y resoluciones firmes tendrán eficacia en el orden civil*, a tenor del artículo 82. Por otra parte, las artículos 103 y 107, en su redacción actual, establecen la competencia de los Tribunales civiles para conocer los pleitos de nulidad y separación de los matrimonios *celebrados* con arreglo a las disposiciones del Capítulo III, Título IV, Libro I del Código. Como se ve, mientras se alude a la *forma de celebración* para establecer la competencia de la jurisdicción secular, se refiere directamente la competencia de la jurisdicción eclesiástica a la naturaleza canónica del matrimonio. Aquí se comprueba la trascendencia que tiene hablar de clases de matrimonio (art. 42 del C. c.), y no simplemente de formas de celebración (como hacía el art. 42 derogado).

(41) Mantiene esta sentencia la doctrina de que "en nuestro Derecho positivo las declaraciones sobre existencia, validez o nulidad de los matrimonios canónicos sólo pueden impetrarse ante los Tribunales eclesiásticos, únicos con jurisdicción para valorar los problemas controvertidos sobre el vínculo, por la específica materia a dilucidar y que, si ante los de orden estatal se invocan tales peticiones, con el fin de servir de base para hacer otras, propias de estos últimos, las primeras ostentan el carácter de prejudiciales de las últimas con la indeclinable consecuencia de ser sometidas, previamente, en función jurisdiccional, a la sede que su intrínseca naturaleza exige".

Siempre que un matrimonio merezca —según las normas del Derecho de la Iglesia— la calificación de canónico queda sometido al enjuiciamiento de la jurisdicción eclesiástica” (42).

La interpretación de FUENMAYOR, aunque elaborada antes de la publicación del nuevo Reglamento del Registro civil, tuvo probablemente en cuenta —puesto que el autor participó oficial y activamente en la reforma— el artículo 382 del Anteproyecto de R. R. c., luego vertido literalmente en el 263 del R. R. c. vigente. Conforme a este precepto: “La resolución canónica de que un matrimonio inscrito como civil fue desde el principio [doble calificación originaria] o ha pasado a ser [doble calificación sucesiva] válido matrimonio canónico, y la celebración del último entre los mismos cónyuges, se inscribirá al margen en virtud de certificación eclesiástica. Inscrita la ulterior celebración, no se podrá inscribir sentencia civil sobre validez, nulidad o separación mientras no se inscriba la declaración canónica de nulidad del segundo enlace”.

La orientación que apunta FUENMAYOR me parece certera. Nada más claro para asentar la convicción de la exclusiva competencia de la Iglesia en los matrimonios canónicos contraídos civilmente que el designio del propio legislador, expresado en la Exposición de Motivos de la ley de 1958, al explicar el cambio terminológico operado en el artículo 42: “se sustituye la expresión ‘formas de matrimonio’ por la que se juzga más técnica de ‘clases de matrimonio’. Así se evita el riesgo que aquella terminología pudiera ofrecer: la equiparación del matrimonio civil con el canónico, que, por la naturaleza sacramental de éste, sería inexacta”. Hay, es claro, un propósito de reconocer el matrimonio canónico no meramente en sus manifestaciones formales, sino en su aspecto sacramental. Ciertamente que la nota de sacramentalidad no es correlativa a la noción de matrimonio canónico, sino sólo al matrimonio canónico válido contraído entre bautizados (43), y cierto también que

(42) FUENMAYOR, op. cit., pág. 95. Más adelante, se plantea FUENMAYOR la antinomia entre las normas civiles que señalan la competencia judicial de la Iglesia y del Estado en el matrimonio canónico contraído civilmente. “Por haberse celebrado con arreglo a las disposiciones que rigen el matrimonio civil, son competentes los Tribunales civiles (artículos 103 y 107); por la naturaleza canónica del matrimonio, es competente la jurisdicción eclesiástica (art. 80)”. Pero “la antinomia es más aparente que real, dado que el artículo 80, al reconocer y atribuir competencia a la jurisdicción eclesiástica para el conocimiento de las causas relativas a ‘los matrimonios canónicos’, lo hace con exclusividad (‘corresponde *exclusivamente* —dice el nuevo texto de dicho artículo— a la jurisdicción eclesiástica’) lo cual exige que la norma de los artículos 103 y 107 deba ceder en estos casos —siempre excepcionales— a la del artículo 80. Lo pide así también todo el sistema basado en la confesionalidad del Estado y en el carácter supletorio del matrimonio civil, que tiene, respecto del canónico, condición subordinada” (op. cit., pág. 97).

(43) La nota de sacramentalidad no se da —según una opinión canónica tradicional, hoy convertida en doctrina común— en los matrimonios contraídos por un súbdito de la Iglesia (bautizado) con un no súbdito (infiel). Por otra parte, según el canon 1.099, § 2, una clase de súbditos —acatólicos bautizados, en el sentido y ámbito que precisa esta norma— están exentos de la observan-

ese propósito de la Exposición de Motivos no ha alcanzado el debido desarrollo técnico en el articulado del Código. Con todo, entiendo que esa declaración, si no es ociosa, servirá de principio orientador (con el de confesionalidad del Estado y el de subsidiaridad del matrimonio civil) para ir más allá del punto en que se detuvo la previsión del legislador. En cuanto al procedimiento técnico para garantizar la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas, prevista en el art. XXI, § 4.º, del Concordato, ofrece un cauce seguro la fórmula amplia, ya citada, del artículo 263 del nuevo Reglamento del Registro civil.

D) *Determinación del régimen vigente de disolución*

§ 8. Y vengamos ya a la determinación de los matrimonios canónicos en forma civil en que es posible aplicar —con efectos civiles— el régimen eclesiástico de disolución.

La naturaleza del supuesto excluye la aplicación a esta clase de matrimonios del *privilegio paulino*, reservada al “matrimonio legítimo no canónico” (44).

En cuanto a la disolución canónica del matrimonio por *dispensa* “*super rato*”, es obvio que no procederá: a) cuando el matrimonio no sea canónico; b) cuando siendo canónico no tenga condición de *rato* (45).

cia de la forma canónica de celebración. De este modo, se comprende la existencia de *matrimonios formalmente canónicos que carecen de naturaleza sacramental* —matrimonio mixto, contraído en forma canónica entre un súbdito católico y un infiel—, y de *matrimonios civiles* (canónicos no por su forma, sino por la condición de bautizado de los contrayentes) *de naturaleza sacramental* —así, el contraído en forma civil entre dos súbditos acatólicos bautizados (si su bautizo goza de validez reconocida) exentos de la observancia de la forma canónica. En el comentario a la Sentencia del T. S., de 21 de octubre de 1959 (citado), he procurado aclarar esta terminología en el marco del Derecho canónico, cotejándola luego, y señalando sus correspondencias y discrepancias conceptuales, con la utilizada por la ciencia jurídica secular, especialmente con las significaciones —erradas o correctas— que se han dado a los mismos términos en nuestra jurisprudencia civil.

(44) Es necesaria esta precisión porque el término *legítimo* no ofrece en el C. i. c. significado unívoco. El matrimonio legítimo se define en el canon 1015, § 3, como “matrimonio válido entre no bautizados”. Pero en otros lugares la palabra *legítimo* se emplea para designar el mismo matrimonio de los bautizados —cc. 232 § 1; 231, § 2— o para significar genéricamente la cualidad de validez según el Derecho natural —c. 1.075—. Téngase en cuenta el diverso sentido de la expresión “casado *legítimamente*” del artículo 51 del C. c., que en ocasiones se ha tratado de equiparar —a efectos civiles— con el concepto expuesto del canon 1.015, § 3.

(45) El matrimonio *rato* se define en el canon 1.015, § 1, por una doble nota, positiva —“matrimonio válido de los cristianos”— y negativa —“si todavía no ha sido consumado”—. A veces la doctrina canónica utiliza el término, en un sentido más específico, para designar el matrimonio *sacramental*, noción que implica por una parte la validez del matrimonio (canon 1.012, § 2) —bajo cuyo aspecto no se distingue del concepto de matrimonio *rato* del c. 1.015, § 1—, y por otra la condición de bautizado en ambos contrayentes (canon 1.012, § 1). Esta sinonimia que, como es forzoso reconocer, no guarda plena correspondencia con la versión literal del Codex, se defiende en un plano

Por otra parte, téngase en cuenta que ahora no tratamos de determinar la eficacia civil de la disolución "super rato", reconocida sin reservas en nuestro Derecho —como quedó expuesto (*supra*, § 4)—, sino más precisamente de situar esa doctrina en el marco del artículo 52 C. c., para delimitar el ámbito de aplicabilidad del régimen *puramente civil* de disolución. Así, combinando las exigencias específicas de la doctrina "super rato", en su concreta aplicabilidad a los matrimonios canónicos contraídos en forma civil, con las exigencias propias de nuestro sistema matrimonial, la posibilidad de disolución canónica "super rato" queda de iure o de facto excluida:

1) en el matrimonio civil no canónico, aunque sea *legítimo* en la acepción del canon 1.015, § 3;

2) en el matrimonio civil, que aunque canónico por su forma o por la condición de bautizado de uno de los contrayentes, no sea sacramental (46);

3) en el matrimonio civil—canónico por su forma o simplemente por la condición de bautizado de alguno de los cónyuges— *inválido* para la legislación eclesiástica (47).

Por el contrario, resulta factible en nuestro Derecho vigente la disolución canónica, con efectos civiles, en las siguientes casos:

dogmático por algunos autores. Así JEMOLO, A. C., *Il matrimonio*, 3.^a ed., Torino, 1957, pág. 501, trata del matrimonio rato en el sentido de matrimonio "contraído entre cristianos, y nacido, por tanto, como sacramento". Cuando se enfoca con esta visión el estudio de la dispensa *super rato*, se llega lógicamente a la conclusión de que la sacramentalidad es presupuesto necesario de la disolución. Sin embargo, en la doctrina canónica se define el ámbito de la potestad pontificia de dispensa "super rato" dentro de límites bastante más amplios, aunque en la práctica es poco frecuente que la disolución trascienda del ámbito del matrimonio sacramental. En el sentido de considerar que la dispensa *super rato* alcanza a matrimonios no sacramentales, véase CASORIA, J., *De matrimonio rato et non consumato*, Romae, 1958, págs. 82 ss., donde se cita el parecer concorde de GASPARRI, CAPELLO, VERMERSCH-CREUSEN y DE SMET. Sobre las aplicaciones de la dispensa "super rato" puede verse la magnífica reseña de ANNA RAVÁ, *Cinquanta anni di giurisprudenza rotale*, loc. cit., págs. 130-158.

(46) Lo que se dice (*sub* 2) se propone *por vía de principio* y con el propósito limitado de definir el ámbito de aplicabilidad del artículo 52 de nuestro C. c. en su dicción literal. No significa, por tanto, aceptar la posición dogmática—no fundada— de JEMOLO (cfr. nota 45). Puesto que en la práctica son raros los casos de disolución de matrimonio no sacramental, parece lógico configurar el ámbito de la dispensa, en el sentido expuesto, como regla general, siempre desde el punto de vista del régimen español de disolución. Además téngase en cuenta lo que se dice *infra* nota 49.

(47) Supuesto distinto del anterior Téngase en cuenta que, aun teniendo carácter canónico el matrimonio, y siendo ambos cónyuges súbditos de la Iglesia, la nota de sacramentalidad está radical e indisolublemente unida a la validez del matrimonio. Hay matrimonios canónicos válidos que carecen de naturaleza sacramental, pero no existen matrimonios sacramentales nulos (compárese canon 1.015, § 1, y canon 1.012, § 2). La relevancia práctica del supuesto *sub* 3 se halla en que la calificación del "matrimonio canónico nulo" permite la aplicación del régimen del matrimonio putativo, que se excluye, en cambio, cuando el matrimonio es canónicamente inexistente. Más ampliamente, *El matrimonio civil ante el Derecho Canónico*, en *Estudios*, cit., págs. 255-280.

a) Coexistiendo la forma civil con una forma canónica ordinaria —doble celebración inicial o sucesiva (48).

b) Existiendo únicamente la forma civil, cuando el matrimonio posea naturaleza canónica inicialmente —supuesto del c. 1.098—, o por “conversión” —matrimonio legítimo (c. 1.015, § 3).

Cubiertas las exigencias propias de la dispensa “super rato”, será posible en todos estos casos la disolución canónica del matrimonio civil.

Queda así considerablemente reducido el campo de aplicación del artículo 52 del C. c. en su versión literal. El artículo 52, a la letra, sólo es aplicable en principio:

- 1) al matrimonio civil canónicamente inexistente;
- 2) al matrimonio civil de naturaleza canónica válido ante el Derecho canónico (49);
- 3) al matrimonio civil “legítimo” (c. 1.015, § 3) en tanto no se produzca su “conversión” en canónico.

Reducido a estos límites, el ámbito de aplicabilidad del artículo 52 se propone, con referencia específica al matrimonio civil, por vía de principio. Se ha de analizar todavía si estos límites son inalterables o si, por el contrario, cabe una ulterior reducción del campo de aplicabilidad del artículo 52 por causa de disolución presunta y de sentencia civil de divorcio vincular.

(48) Es corriente referir a la forma canónica ordinaria el término “celebración”, aunque en un sentido amplio también hay celebración *canónica* en el matrimonio “*coram solis testibus*” (c. 1.098). El caso de *doble celebración* supondrá generalmente una celebración civil ante funcionario extranjero.

(49) Cabe *de iure*, como se vio (*supra*, nota 45) la dispensa “super rato” del matrimonio canónico no sacramental. Pero considerada esta posibilidad desde el ángulo visual del art. 52 C. c., se reduce a supuestos que *de facto* quedarán sometidos con toda probabilidad al régimen civil de disolución. En efecto, es de hecho muy poco probable que el matrimonio canónico, válido, no sacramental y contraído en forma civil sea objeto de disolución *canónica* “super rato”. En cuanto no sacramental, deberá ser contraído por un súbdito de la Iglesia con un infiel. Y así tenemos: A) si el súbdito es católico, el matrimonio se celebrará normalmente (c. 1.099, § 1, 2.^o) en forma canónica ordinaria. La realidad social y política española y la naturaleza de nuestro sistema matrimonial vigente alejan la posibilidad de una celebración en forma civil que permitiera la presencia implícita de la forma canónica extraordinaria (c. 1.098). Por otra parte, una celebración meramente civil excluye la posibilidad de dispensa “super rato”, ya que canónicamente “no hay” en tal caso matrimonio; B) si el súbdito de la Iglesia es acatólico (en el sentido del c. 1.099), el matrimonio civil contraído con el no súbdito tendrá ciertamente naturaleza canónica y podrá ser canónicamente válido, pero es precisamente la posición de ambos contrayentes, alejada de la jurisdicción eclesiástica, lo que lleva a pensar en la improbabilidad fáctica de una dispensa “super rato” que desplace el supuesto descrito del ámbito del artículo 52. Aun admitida tal posibilidad, hay que considerar estadísticamente incluida la hipótesis en el régimen civil de disolución.

IV. DECLARACION DE FALLECIMIENTO Y DISOLUCION PRESUNTA DEL MATRIMONIO CIVIL.

A) *El planteamiento crítico de la doctrina española.*

§ 9. A raíz de la promulgación de la ley modificativa del régimen de ausencia, se inició en la doctrina una interpretación del nuevo artículo 195, párrafo 3.º, C. c., favorable a la autorización del paso a nuevas nupcias del cónyuge presente, una vez firme la declaración del fallecimiento del ausente. Esta interpretación, acorde con la tendencia moderna consagrada en algunas legislaciones y con la doctrina tradicional del Derecho canónico, se abrió paso a fuerza de agotar hasta límites extremos las posibilidades de la significación gramatical del texto interpretado.

El artículo 195, párrafo 3.º, del C. c. —según la redacción de la Ley de 8 de septiembre de 1939— establece que “la declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio”. Dentro del cauce de la exégesis literal en que se desenvuelve la indicada corriente de opinión, era a mi modo de ver solución más coherente, aunque menos progresiva, la impuesta por el criterio estricto —prohibitivo— que preside la ley de Bases de 11 de mayo de 1888 y —de acuerdo con la Base 6.ª de esta ley— el régimen del Código en la versión por entonces derogada (50).

Por virtud de la apuntada interpretación amplia se entendió que el nuevo artículo 195, párrafo 3.º, introducía una atenuación del principio tan escuetamente formulado en el artículo 52 del C. c. Si la declaración de fallecimiento “no basta por sí sola” para contraer ulterior matrimonio —se venía a decir— será necesario para que éste se pueda autorizar “algún complemento especial”.

CASTÁN, entre los primeros autores que se ocupan del tema, consideraba que “con este precepto se da un paso hacia el reconocimiento de la ausencia como un estado civil que afecta no sólo a los derechos de carácter patrimonial, sino también, según la concepción germánica, a los de naturaleza personal al adoptar la fórmula del artículo 195, párrafo 3.º, que recoge la doctrina de la Iglesia y se aparta del radicalismo del Código italiano” (51).

(50) La ley de bases de 11 de mayo de 1888 al exponer los principios de la ausencia decía que habría de regularse “sin que la presunción de muerte llegue en ningún caso a autorizar al cónyuge presente para pasar a segundas nupcias” (base 6.ª). Y anteriormente la ley de matrimonio civil de 17 de junio de 1870 establecía que “la ausencia prolongada de uno de ellos (de uno de los cónyuges), con ignorancia de su paradero, no será causa de presunción de muerte, a no ser que durase hasta que tuviese cien años el ausente, en cuyo caso se dará por fallecido” (art. 90, pár. 2.º), lo que justificaba la Exposición de Motivos de la ley diciendo: “solamente así podrá evitarse el riesgo de la celebración del segundo matrimonio, estando aún subsistente el primero”. Cfr. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, II-I, Madrid, 1952, pág. 551.

(51) CASTÁN, *Notarías*, I, pág. 171; cita de SERRANO, I, *Los efectos de la declaración de fallecimiento*, “Revista de Derecho privado”, XXVII (1943), pág. 791.

ROBLES FONSECA cifra la aproximación del nuevo régimen de ausencia a la doctrina canónica en la expresión "por sí sola", subrayándola al transcribir el precepto comentado (52). Al parecer, es este autor quien inicia la interpretación luego desarrollada por ROMERO VIEITEZ (52) y SERRANO Y SERRANO (54) con la que concuerda en sus aspectos fundamentales un amplio sector de la doctrina (55).

Entre los primeros comentaristas del nuevo artículo 195, párrafo 3.º, no faltan autores que consideran subsistente —e incluso reafirmado por este precepto— el criterio de la Ley de Bases (56).

En esta línea de pensamiento, explica DE CASTRO el significado de la expresión que sirve de punto de partida a la tendencia exegética antes expuesta. Para DE CASTRO, no alterada en este punto la Ley de Bases (57), la novedad del artículo 195, párrafo 3.º, es externa,

(52) ROBLES FONSECA, J., *La ausencia en el nuevo Derecho*, "Revista crítica de Derecho inmobiliario", XVI (1940), págs. 305-308. Sin más argumentos legales afirma el autor en una conclusión no ajustada a las premisas de que parte: "El origen de este precepto y su doctrina, tomada del Derecho canónico, lo verá el lector en la última parte de este trabajo. [V. Doctrina de la Iglesia]... para que le sirva, al mismo tiempo que de enseñanza, de experiencia en el orden interpretativo y práctico aplicable ya hoy a nuestro Derecho, de forma que se sobreentiende el hecho de que queda abierto al camino a una justificación de la muerte del ausente para estos solos efectos, apreciada prudencialmente por los Tribunales. Y dicho esto, a la Jurisprudencia toca desbrozarlos y marcar su situación y linderos".

(53) ROMERO VIEITEZ, M. A., *Las normas del Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, "Revista de Derecho privado", XXV (1941), págs. 189-201. La posición de este autor es más prudente de lo que puede parecer a la vista de algunas referencias a este pasaje de su estudio. Advierte ROMERO que "el precepto del párrafo final del nuevo artículo 195, vigente el artículo 52 del Código civil, puede ser entendido en dos sentidos diferentes: 1.º, en el de que sólo la muerte disuelve el matrimonio, y, para ello, la declaración de fallecimiento *por sí sola* no basta a disolverlo; 2.º, en el de requerir 'la declaración de fallecimiento' sólo algún complemento especial para tener como disuelto el vínculo de matrimonio, distinto al establecimiento de la muerte por sentencia firme en juicio declarativo" (pág. 200). En apoyo en esta segunda interpretación señala la tendencia favorable del Derecho moderno y la posición del Derecho de la Iglesia "con la conveniencia consiguiente de evitar contradicciones entre el matrimonio canónico válido y el matrimonio canónico eficaz civilmente" (págs. 200-201).

(54) SERRANO Y SERRANO, I., *Los efectos de la declaración de fallecimiento*, cit., págs. 791-798; *La ausencia en el Derecho español*, Madrid, 1943, págs. 392-406; *Las declaraciones de ausencia y de fallecimiento*, "Revista de Derecho privado", XXXV (1951), págs. 294-295.

(55) OGAYAR Y AYLLÓN, T., *La novísima legislación sobre ausencia*, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", LXXXVI (1941-II), pág. 106; ESPÍN CÁNOVAS, D., *La presunción de paternidad y la ausencia declarada del marido*, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", XC (1945-II), pág. 34; *Manual de Derecho civil español*, I, 2.ª ed., Madrid, 1959, págs. 256-257.

(56) TORRES SANTOS, J., *La ausencia en la nueva legislación* "Revista de Derecho privado", XXIV (1940), págs. 47-48; DE COSSIO, A., *Teoría general de la ausencia*, "Revista de Derecho Privado", XXVI (1942), pág. 105; BONET RAMÓN, F., en la revisión a MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, II, 6.ª ed., Madrid, 1945, pág. 235.

(57) Sobre el valor jurídico interpretativo de la ley de Bases —donde "se contiene *in nuce* el espíritu que informa el articulado del Código"— cfr. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, I, Valladolid, 1943, pág. 162.

no de fondo. No se modifica la situación legal. El valor de la nueva disposición está en aclarar que las normas civiles —aunque no facultan al cónyuge del declarado fallecido para contraer nuevas nupcias— “no son obstáculo para la aplicación de las disposiciones de Derecho canónico, cuando en determinadas circunstancias permiten el matrimonio del cónyuge del presunto fallecido. Respecto al matrimonio civil, ahora, como antes, hay que atenerse al mandato general, que sin permitir excepción dice: ‘no pueden contraer matrimonio civil los que se hallen ligados con vínculo matrimonial’ (art. 83, 4.º, C. c.); precepto no modificado y cuya vigencia ha quedado intacta, pues ninguna regla civil presta a la declaración de fallecimiento la condición de permiso para el ulterior matrimonio civil del cónyuge presente” (58).

Con esta explicación —quizá debido a su coherencia— ha prevalecido, hasta convertirse en opinión común, la tesis contraria a la *permissio transitus ad alias nuptias* en el ámbito del matrimonio civil (59).

La explicación de DE CASTRO tiene, a mi juicio, un valor exegético al provocar —por su claridad— un giro de la interpretación dominante en la doctrina. Sin embargo, si bien se mira, esa finalidad aclaratoria a que se supone enderezada la tan debatida expresión parece superflua e inoportuna. Superflua porque, reconocido en el derogado artículo 75 del C. c. que los requisitos para la celebración del matrimonio canónico —lo que vale también si de autorizar un ulterior matrimonio se trata— se rigen por las disposiciones de la Iglesia Católica holgaba la advertencia para un supuesto de celebración específico ya comprendido en un precepto de alcance general. Inoportuna porque la autorización de un nuevo matrimonio canónico no está mediatizada ni prejuzgada por la declaración (civil) de fallecimiento. El transcurso de los plazos que en los supuestos respectivos requiere nuestra ley civil como exigencia previa para la declaración del fallecimiento puede constituir, sin duda, un dato crítico de interés a tener en cuenta, entre otros, por la autoridad eclesiástica, pero en modo alguno puede servir de criterio decisivo, ya que como es sabido el *transitus ad alias nuptias* se decide en la esfera canónica por un juicio de certeza moral. Cabe así la autorización de un nuevo matrimonio canónico antes del transcurso del tiempo fijado por nuestro Código para la declaración de fallecimiento, y cabe también una decisión denegatoria no obstante haberse superado aquel plazo legal (60).

(58) DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952, pág. 551.

(59) Antes de la reforma de 1958: CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, I, II, 9.ª ed., Madrid, 1955, pág. 291; PUIG PEÑA, F., *Ausencia*, “Nueva enciclopedia jurídica”, III, Barcelona, 1951, pág. 122; etc. Después de la reforma: AGUILAR NAVARRO, M., *Derecho civil internacional*, Madrid, 1960, pág. 120; BONET RAMÓN, F., *Compendio de Derecho civil*, I, Madrid, 1959, pág. 411; GARCÍA CANTERO, *El vínculo...*, cit., pág. 309; etc. Cfr. además la sentencia del T. S. de 5 de marzo de 1957.

(60) Al menos que, erradamente, se creyera necesaria una cierta intervención de la jurisdicción secular en el supuesto del tránsito a nuevo matrimonio canó-

Es a veces difícil conocer la significación real de una expresión normativa. En ocasiones pasa inadvertida al intérprete una palabra o expresión en la que se ha vertido con intención definida una significación precisa, de valor decisivo para la exacta interpretación de la norma, y acaso clave de todo un sistema de concordancias. Y otras veces ocurre lo contrario. El intérprete, orientado por exigencias racionales, indaga ocultas significaciones donde el legislador ha puesto —sin propósito alguno— sólo una dicción defectuosa. Creo que este es el caso del artículo 195, párrafo 3.º, en su nueva redacción. El texto de la ley de ausencia de 1939 se resiente de falta de precisión y de rigor. La doctrina ha puesto de relieve algunas de sus antinomias más llamativas. Con estas cualidades, no parece muy lógico el afán de extraer consecuencias del sentido de la ley por vía de una interpretación gramatical.

Por esto, estimo que la expresión “por sí sola” del texto comentado es acrítica. Para el resto del párrafo controvertido, puede aceptarse la explicación que en un comentario de primera hora —en 1940—, antes de que tomara cuerpo la interpretación progresiva, sugiere TORRES SANTOS. Considera este autor “muy acertado” el último párrafo del artículo 195 “que expresamente prohíbe las nuevas nupcias del cónyuge presente, porque claramente se ve que este precepto es lo que pudiéramos llamar contraposición a las posibilidades que otorgan los artículos anteriores” (61).

En suma, pienso que la ley de 1939 no introduce innovación en el problema del *transitus ad alias nuptias*.

No se abordó en la perspectiva doctrinal expuesta el problema del tránsito a nuevo matrimonio canónico del cónyuge presente unido en matrimonio civil. Únicamente SERRANO tuvo en cuenta el problema ponderando la mayor gravedad que revestiría si esta situación se planteara (62).

Con posterioridad a la reforma de 1958, se ha hecho eco de nuevo la doctrina de aquella observación de SERRANO sobre la complejidad y gravedad de la cuestión (63).

Entiendo, sin ánimo polémico, que la cuestión, como se verá enseñada, no sólo ha perdido su “tradicional” gravedad sino que se ha

nico de la persona casada civilmente. Como se verá más adelante, en este supuesto no existe “problema de autorización”.

(61) TORRES SANTOS, *La ausencia...*, cit., págs. 49-50. En la línea de esta interpretación, *infra* § 12.

(62) SERRANO, *Los efectos de la declaración*, cit., pág. 798: “El supuesto se complica si el matrimonio con el ausente fue civil y el contraído por el cónyuge presente fuera canónico. Si apareciera el cónyuge, por un lado habría que mantener la vigencia del anterior matrimonio, en virtud de los artículos 51 y 83, número 5.º; pero por otro lado, esto choca con el foro eclesiástico, que no conoce más matrimonio que el canónico, y no podía estar porque se destinaría un matrimonio canónico para restaurar lo que para él es un concubinato”. Cfr. también pág. 797, nota 32.

(63) CASTÁN, *Derecho civil español*, 8.ª ed., cit., pág. 665, nota 2; GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, cit., pág. 312, nota 36.

simplificado notablemente, viniendo en tal caso la declaración de fallecimiento a allanar el camino de la eficacia civil del matrimonio canónico contraído por el cónyuge presente, especialmente en el caso contemplado por el artículo 51 del C. c. según la significación genuina que recobra esta norma dentro del contexto sistemático de la ley de 24 de abril de 1958.

Con la reforma del Código, la declaración de fallecimiento adquiere una nueva significación en el problema de la autorización de nuevo matrimonio al cónyuge presente. En este punto de la exposición ya se habrá advertido que al hacerse posible la *disolución real* del matrimonio civil de naturaleza canónica por causa distinta de la muerte de uno de los cónyuges, cabe también la *disolución presunta* no sólo de los matrimonios civiles de naturaleza canónica, sino también, con bastante probabilidad —probabilidad *de iure*—, de matrimonios meramente civiles.

B) *Disolución presunta de matrimonios canónicos en forma civil*

§ 10. Ninguna duda existe sobre la posibilidad admitida y regulada en el Derecho de la Iglesia de autorizar el tránsito del cónyuge presente a nueva unión cuando conforme a la Instrucción de la Sagrada Congregación del Santo Oficio de 13 de mayo de 1868 y a través del expediente de Información instruido por el Ordinario, se adquiere la certeza moral de la muerte del cónyuge ausente. Es este un punto de sobra conocido por nuestra doctrina, y no requiere por ello especial aclaración (64).

Lo que podría suscitar algunas dudas es la actitud que cabe esperar en nuestro Derecho civil ante el supuesto de la autorización eclesiástica de un nuevo matrimonio canónico al cónyuge presente ligado por un vínculo civil.

No cabe adoptar aquí una solución general para todos los supuestos posibles. Conviene distinguir las dos hipótesis principales que se pueden presentar: a) vínculo civil de naturaleza canónica; b) vínculo exclusivamente civil.

En la primera hipótesis, si se tiene en cuenta la innovación que introduce la ley de 24 de abril de 1958, suficientemente tratada (supra, §§ 6-7), se convendrá sin grave reparo en que, afirmada la naturaleza canónica de la unión formalizada civilmente, la situación se deberá reconducir a la perspectiva del ordenamiento canónico puesto que uno y otro matrimonio son canónicos, con ulterior eficacia civil en el orden jurídico español.

(64) Es también conocida la solución del Derecho canónico en caso de reaparición del ausente. El segundo matrimonio será nulo por impedimento del vínculo, salvo la aplicación del régimen canónico del matrimonio putativo. Me creo excusado de extenderme en la exposición de esta doctrina, recogida con suficiente detalle en nuestros tratados y manuales y en los trabajos monográficos citados en este estudio. Una indicación de las principales soluciones que ofrece el Derecho comparado en Espín, *Manual*, I, 2.^a ed., cit., pág. 257.

La segunda hipótesis plantea más dificultades, y aquí hay que distinguir de nuevo dos posibles supuestos: el vínculo civil *válido* en principio para el Derecho canónico (matrimonio “legítimo” —canon 1.115, § 3), y el vínculo civil *inexistente* para el Derecho canónico.

C) *Disolución presunta de matrimonio meramente civil*

§ 11. Cabe que la Iglesia autorice una nueva unión —canónica— del cónyuge presente ligado por un vínculo exclusivamente civil. El supuesto está precisamente definido con el título de este epígrafe.

Se trata de un supuesto de *disolución* (presunta) como consecuencia de una autorización eclesíastica. Puesto que la disolución implica la validez del matrimonio disuelto, es claro que queda fuera de la hipótesis el matrimonio civil canónicamente inexistente (contraído por un súbdito de la Iglesia obligado a la observancia de la forma canónica). En este caso no se requiere para contraer nuevo matrimonio previa declaración de nulidad y, como es obvio, huelga el expediente informativo necesario para el “transitus ad alias nuptias”. Por otra parte, se trata de un matrimonio *puramente civil*, lo que implica que ninguno de los cónyuges es súbdito de la Iglesia. El matrimonio civil que ahora consideramos —disuelto con carácter presuntivo por el “transitus ad alias nuptias”— es un matrimonio “legítimo” (c. 1.115, § 3).

Ante todo, adviértase que la disolución *real* del matrimonio de dos infieles está fuera del ámbito de la potestad vicaria de disolución. El matrimonio sólo se puede disolver “in favorem fidei” conforme a los presupuestos y exigencias del régimen del privilegio paulino.

No cabe, por tanto, trabar una relación analógica entre la disolución *presunta* del matrimonio “legítimo” por el tránsito “ad alias nuptias” y la disolución *real* operada por el privilegio paulino. El fundamento de la disolución presunta de matrimonio “legítimo” se halla, como si tratara de un matrimonio canónico (con independencia de la sacramentalidad y de la consumación, que tan decisiva función limitativa juegan respecto a la disolución realmente cierta que opera la dispensa “super rato”) en la fuerza expansiva del principio de “favor matrimonii”, proyectado al ámbito del “ius connubii” (cfr. canon 1.035).

En este punto se hace necesaria una breve digresión.

Me parece claro que la doctrina canónica del “transitus” se mantiene dentro de los límites rigurosos del principio de indisolubilidad, que precisamente en el matrimonio cristiano —al que dicha doctrina alcanza— reviste “peculiar firmeza por razón del sacramento” (canon 1.013). Por otra parte, esa doctrina no altera en lo más mínimo el régimen del impedimento de ligamen, sino que, por el contrario, se ajusta íntimamente a sus exigencias.

Todo posible contraste de esta doctrina, imitada por varias legislaciones seculares, con nuestro Derecho civil, se explica por una diferencia más profunda: la que existe entre el principio de flexibilidad del ordenamiento canónico y la concepción formalista del Derecho secular, de la que es todavía vestigio en nuestro ordenamiento la base

6.ª de la ley de 1888. La posición realista del ordenamiento canónico lleva a forjar una solución adecuada para las situaciones de apariencia jurídica (65) ajustándose a las exigencias de principio impuestas en el orden normativo. Se entiende desde tal posición que el Derecho es “un orden de apariencias”, y en este orden se ha de operar necesariamente con criterios de certeza.

Cuando nuestro Derecho civil renuncia a la doctrina del “transitus ad alias nuptias” en aras del impedimento de ligamen, está obedeciendo en realidad a una actitud de envaramiento formalista, cediendo a su propia limitación crítica más que tendiendo a reforzar el vínculo matrimonial. Con todo, dentro de esta actitud caben posiciones más extremas, como las de aquellas legislaciones que eliminan el problema de certeza implícito en la doctrina del “transitus” al autorizar el divorcio vincular en un plano jurídico de seguridad (66).

En tanto la doctrina del “transitus” se desenvuelve dentro de los límites de la *apariciencia jurídica*, el respeto a la subsistencia del vínculo se concilia con las exigencias del “*ius conubii*”. La doctrina del “transitus” no implica desviación ni atenuación del impedimento de ligamen, sino, por el contrario, proyección de sus exigencias al orden de la apariencia jurídica, donde, por virtud de una valoración propia y natural de este orden, se revela moralmente cierta la insubsistencia del vínculo. En todo caso, se mantiene la separación debida entre la situación jurídica aparential y la existencia jurídica real del vínculo que es objeto de disolución presunta. Esto es claro si se tiene en cuenta que la doctrina del “transitus” se somete en su aplicación a las más rigurosas exigencias de un juicio de certeza moral en todo momento subordinado a la posible restauración de la situación jurídica creada por el primer vínculo, con la nulidad consiguiente del segundo matrimonio si el presunto muerto aparece. Como dice SPINELLI, “ni la sentencia judicial ni la auténtica declaración de muerte pueden oponerse a la verdad objetiva” (67).

Otra cosa es convertir la disolución presunta en disolución real, en un nivel de confusión donde se pierde de vista la diferencia nociónal entre la apariencia jurídica de un vínculo inexistente y la realidad jurídica del vínculo verdadero (68). Tal es la perspectiva en que se desenvuelven el Derecho alemán e italiano, aunque con ciertas diferen-

(65) Piénsese, por ejemplo, en la doctrina del matrimonio putativo, o en el principio de relevancia de la simulación del consentimiento matrimonial en varias ocasiones aplicado por la jurisprudencia italiana y francesa de estos últimos años. A las referencias que sobre el tema he hecho en nota crítica de *Estudios*, cit., págs. 252-254, añádase la sentencia de la Cour d'appel de Bruxelles (1.ª ch.) de 25 de noviembre de 1959, en “Revue critique de droit international privé”, 1962, págs. 76-81.

(66) Cfr. SERRANO, *Las declaraciones de ausencia*, cit., págs. 295-296.

(67) SPINELLI, L., *La presunzione di morte nel diritto della Chiesa*, Roma, 1943, pág. 103.

(68) Recientemente JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., págs. 375 ss. ha hecho una crítica afilada y enérgica de la teoría del matrimonio putativo como matrimonio “válido ad tempus”.

cias de planteamiento y alcance. En el régimen alemán se hace posible la “conversión” del matrimonio nulo —objetivamente considerado— en matrimonio válido, y la disolución “ope legis” de un primer vínculo subsistente por la celebración del nuevo matrimonio (69). En el Derecho italiano se admite la primera posibilidad con un carácter excepcional y limitado al establecerse en principio la nulidad del segundo matrimonio celebrado por el cónyuge del ausente si éste retorna o se comprueba su existencia, consagrándose, por el contrario, la apariencia jurídica del segundo matrimonio (contraído con buena fe) cuando el fallecimiento del ausente, ocurrido en fecha posterior a la celebración del nuevo matrimonio, se comprueba después de celebrado, lo que lleva a JEMOLO a considerar con razón que esta “conversión” implica una bigamia legalmente consentida (70).

Se confunde en uno y otro régimen el plano de la apariencia y el de la realidad. En la medida en que se pierde de vista esta distinción pierde su fuerza justificativa la teoría de protección de la apariencia. En efecto, la prevalencia de la situación jurídica aparente frente a la situación jurídica real está justificada en tanto se mantiene trabada la homologación crítica de ambas situaciones sobre el plano de la de *certeza jurídica*. Cuando se desvanece esta coincidencia crítica y la apariencia se revela objetivamente en pugna con la realidad, la prevalencia de la situación jurídica aparente —amparada por el “*ius conubii*” en el plano de la certeza jurídica— pierde su justificación inicial. Si, en esta situación, la pura apariencia jurídica se formaliza legalmente como definitiva frente a la situación jurídica real, el acto legal de protección deja de responder a un criterio de verdad. En este sentido, las dos actitudes legislativas a que me referí anteriormente contribuyen a minar el fundamento de protección de la apariencia al dar entrada franca en el orden deontológico a la “mentira jurídica” (71).

Queda así suficientemente destacada, en contraste con tan desconcertante actitud legislativa, la distinción canónica entre la disolución *real* que se opera por el mecanismo del privilegio paulino —coetánea a la celebración del nuevo matrimonio— y la disolución *presunta* del matrimonio civil válido canónicamente —“*legítimo*” (canon

(69) Cfr. § 1.348 BGB. Hay una discrepancia entre la traducción de ROMERO VILETIZ (loc. cit., pág. 200) y la de SERRANO (*La ausencia*, cit., pág. 399). En sentido coincidente con el primero, la traducción de MELÓN INFANTE, C., *Código civil alemán*, Barcelona, 1955. Sobre la diferencia entre el sistema de la ley de 6 de julio de 1938 y la ley núm. 16 del Consejo de Control, de 20 de febrero de 146, cfr. SERRANO, *Las declaraciones*, cit., págs. 295-296.

(70) JEMOLO, A. C., *Il matrimonio*, 3.ª ed., Torino, 1957, pág. 500.

(71) La tendencia, iniciada en el ámbito de los problemas de la ausencia, cobra fuerza expansiva, alcanzando al impedimento de vínculo, en la más reciente jurisprudencia alemana, glosada con elogio por BOUENNER, G., *Rechtsmisbräuchliche Erhebung der Nichtigkeitklage bei Doppelhe*, “*Neue Juristische Wochenschrift*, XII (1959), págs. 2.185-2.189. Afirmandose en principio la procedencia de la acción de nulidad del matrimonio por vínculo precedente, se rechaza por ejercicio abusivo, cuando al interponerla se había disuelto el primer matrimonio.

1.015, § 3) —. El reconocimiento en el orden civil de esta disolución canónica presunta no plantea problemas de monta a nuestro Derecho. El supuesto queda fuera del régimen del artículo 195, párrafo 3.º, del C. c., puesto que este precepto se refiere —con criterio prohibitivo— a una hipótesis de autorización, y de lo que se trata ahora es del régimen civil de un matrimonio celebrado.

Si desde el punto de vista del Derecho canónico el fundamento de la disolución real por privilegio es distinto, como se indicó, del que permite la disolución presunta, desde el punto de vista Derecho español cabe trazar, en orden al reconocimiento de efectos civiles, una razón de analogía entre los dos supuestos —en ambos se trata de un matrimonio “legítimo”— que permite el juego del argumento *a maiore ad minus*: Si se reconoce civilmente la disolución *real*, parece obligado reconocer, con referencia a idéntico supuesto —desde el punto de vista civil— la disolución *presunta* (72). El régimen canónico de disolución presunta no está refido con el régimen civil, puesto que en caso de subsistencia del primer vínculo, el Derecho canónico convendría con nuestro Derecho en considerar nulo el segundo matrimonio.

Por otra parte es muy dudoso que el supuesto estudiado quede dentro del radio de acción del artículo 51, según la significación que reviste este precepto dentro del nuevo sistema matrimonial (73).

D) *Declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges de un matrimonio civil canónicamente inexistente. Régimen civil del matrimonio canónico ulterior*

§ 12. El supuesto se diferencia claramente del anterior. En este entra en juego, en el campo canónico, la doctrina del “transitus ad alias nuptias”. En el supuesto que ahora se examina huelga la aplicación de esa doctrina. Sin necesidad de expediente canónico informativo, se autoriza el nuevo matrimonio por considerarse el primero canónicamente inexistente. Se trata de ponderar la posible alteración que en el régimen jurídico civil del segundo matrimonio —canónico— determina la declaración de fallecimiento del cónyuge civil no binubo. Aquí no se plantea un problema de reconocimiento por la ley española del régimen canónico de *disolución* puesto que el nuevo matrimonio se autoriza sin consideración del civil preexistente (carente de existencia canónica). Y puesto que no hay, ni en el orden civil ni en el canónico, problema de *autorización de un matrimonio proyectado*, sino únicamente problema de deter-

(72) Cabría todavía recurrir al valor interpretativo en el orden civil de algunas declaraciones concordatarias y al espíritu de armonía entre las dos supremas potestades que ha presidido su elaboración y desarrollo. Tratándose de un matrimonio “legítimo”, una exégesis progresiva podría ampararse en el compromiso del Estado español a abstenerse, en el matrimonio de los no bautizados, de establecer impedimentos opuestos a la ley natural (artículo XXIII), teniendo en cuenta que precisamente en el campo del Derecho natural, surge, como manifestación del “*ius connubii*”, la doctrina del *transitus*.

(73) Sobre el ámbito de aplicación del artículo 51, seguidamente.

minación del ámbito de *eficacia civil de un matrimonio ya celebrado*, el supuesto se desplaza desde el ámbito de aplicación del artículo 195, párrafo 3.º —donde lo situaba nuestra doctrina antes de la reforma—, al ámbito de aplicación del 51.

Cuando nuestra doctrina se impuso la tarea de delimitar el alcance del artículo 195, párrafo 3.º, se advirtió la gravedad especial de esta situación (*supra*, § 9 in fine).

En el derogado sistema matrimonial interpretado por Orden de 10 de marzo de 1941 dio FUENMAYOR un giro a la interpretación del artículo 51, que salvando la conocida antinomia —hoy ya superada— con el artículo 69, satisfacía con holgura las exigencias lógicas del sistema. Pero ese giro estuvo forzado por el nuevo alcance que la citada Orden ministerial dio al régimen codificado (74).

La doctrina aborda el estudio del artículo 195, párrafo 3.º, en el mismo año en que aparece el trabajo de FUENMAYOR (75), y así se comprende que por lo general pasara inadvertido durante algún tiempo el verdadero alcance del artículo 51. Se invoca éste frecuentemente por la corriente doctrinal que inicia la interpretación del nuevo artículo 195, párrafo 3.º, en un sentido acorde con el artículo 83, 5.º, en relación con 101, 1.º, relativos al *impedimento de vínculo*. Así entendido, resultaba lógica la cita del artículo 51 en un problema de *autorización* de nuevo matrimonio en el que se cifraba —según la propia doctrina— la finalidad innovadora del artículo (195, párrafo 3.º) (76).

Hoy, a la luz de la reforma de 1958, y desde el punto de partida en que nos sitúa el trabajo citado de FUENMAYOR, se ha podido delimitar el diverso ámbito de aplicación de los artículos 51 y 69. Este se refiere a supuestos de doble matrimonio en que media *impedimento de vínculo*; aquél se refiere a un *supuesto de doble matrimonio en que el impedimento de vínculo no existe*: matrimonio canónico contraído por la persona ligada sólo civilmente (77). El artículo 51 se refiere, por tanto —sin que esto altere su naturaleza prohibitiva—, a un matrimonio celebrado, no a un matrimonio proyectado.

En cuanto al contenido de la sanción del precepto no repetiré lo expuesto en otro lugar, pero es obligado resumir aquí —para fijar el régimen del supuesto en examen— la conclusión a que conduce por todos

(74) Sirve de contexto al planteamiento y solución del problema abordado en este epígrafe el estudio que he dedicado al artículo 51: *El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio*, "Anuario de Derecho civil", XIV (1961), págs. 383-428; y en *Estudios*, cit., págs. 15-93.

(75) FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *El derecho sucesorio del cónyuge putativo*, "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", CLXX (1941-II), esp. páginas 458-469.

(76) Cfr. ROMERO VIETEZ, loc. cit., pág. 201; SERRANO, *La ausencia*, cit., pág. 404; etc.

(77) Ampliamente en *El artículo 51*, cit., págs. 505-509; JORDANO, *El matrimonio putativo*, cit., págs. 349-350. Téngase en cuenta la coincidencia en este punto entre ambos trabajos, aparecidos en el mismo fascículo del "Anuario de Derecho civil".

los medios de interpretación a nuestro alcance (gramaticales, históricos, lógicos, sistemáticos) el sistema vigente.

Con fidelidad a los datos normativos del supuesto, quedan descartadas en el sistema vigente las dos opiniones contrapuestas que hasta fecha reciente se defendieron en la doctrina sin lograr superar las antinomias (aparentes) de los preceptos aplicables (nulidad e inexistencia del matrimonio canónico ulterior) (78).

La aplicación coordinada de los artículos 51, 75 y 76 del C. c. impone al matrimonio canónico contraído con subsistencia del vínculo civil previo una sanción de *ineficacia relativa*.

El matrimonio canónico es válido civilmente (art. 75) y goza —por virtud de su validez— de *eficacia actual típica* en el orden civil (art. 76), *limitada temporalmente* —en tanto subsista el vínculo civil previo— y *relativamente* —en cuanto no se oponga a la plena eficacia del matrimonio civil anterior— (art. 51).

En esta situación, la declaración de fallecimiento del cónyuge civil no bínubo, viene a ampliar el campo de eficacia civil típica del matrimonio canónico, al determinar la reducción de los efectos del vínculo civil en un sentido no idéntico, pero sí muy aproximado —prácticamente casi semejante si no existen hijos del primer matrimonio—, a la disolución real, aunque sin la firmeza característica de ésta.

La declaración de fallecimiento, lejos de complicar, simplifica el régimen jurídico español del matrimonio canónico contraído por la persona ligada en matrimonio civil.

Con el régimen vigente se abre para la situación estudiada el horizonte de *su* eficacia civil. Y no sólo esto. También las posibilidades de ejercicio de los derechos, el reconocimiento de los efectos civiles, que sin declaración de fallecimiento habrían de obtenerse normalmente por una vía procesal —vedada al nuevo matrimonio la inscripción en el Registro (art. 252 R. R. c.)—, parecen encontrar en la presunción *de iure* que origina la declaración de fallecimiento un cauce normal y sencillo para hacerse valer.

Entiende muy certeramente COSSIO que el artículo 195, 2.º, establece “claramente una presunción de muerte”, presunción de derecho no de hecho —aclara el mismo autor—, y si se tiene en cuenta que “no se presume simplemente que ha muerto una persona, sino que ha muerto en un momento determinado, va ya en ésto la expresión de que no se trata de la muerte misma, sino de la *suma de todos los efectos jurídicos que en el momento de la muerte acostumbra a producirse*” (79). Y en el párrafo primero del mismo artículo se establece que “mientras dicha declaración no se produzca se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido” (80).

(78) En el estudio citado (págs. 427-428), se cotejan las dos opiniones tradicionales con la que, en conclusión, propongo en el ámbito del Derecho vigente con sujeción estricta a las exigencias normativas de los preceptos en juego.

(79) Cfr. DE COSSIO, A., *Teoría general de la ausencia*, loc. cit., pág. 105.

(80) Recientemente se replantea la cuestión de la antinomia entre los artículos 195 y 190, que parecía ya zanjada por DE CASTRO, F., *Derecho civil*

El alcance jurídico de la presunción aquí establecida invierte por principio los términos de la situación de doble matrimonio. Es muy distinto el problema de *autorización* de un nuevo matrimonio, al que sale al paso con designio claramente prohibitivo el párrafo 3.º del artículo 195, y el de la *subsistencia* del vínculo anterior, que lógicamente habrá que negar en principio por la presunción jurídica de muerte del cónyuge de-

de España, II-1, págs. 534-536. Según DE COSSIO Y CORRAL, A., y GULLÓN BALLESTEROS, A., en sus notas a DE DIEGO, F. C., *Instituciones de Derecho civil español*, I, Madrid, 1959, la presunción de muerte del art. 195 queda neutralizada por la exigencia impuesta en el art. 190 de que para reclamar derechos en nombre de la persona constituida en ausencia hay que probar que la persona existía en el tiempo en que era necesaria su existencia para adquirirlo; y si a la presunción del art. 195 se trata de enlazar el derecho de los herederos para "exigir la entrega de los frutos producidos a partir de la indicada fecha" (del día en que, según la declaración del fallecimiento, se suponga sucedida la muerte), a ello se oponen los artículos 187 y 188, que atribuyen tales frutos al representante legítimo del ausente, "de donde se sigue que tal presunción carece prácticamente de toda consecuencia, e incluso que se encuentra en contradicción terminante con los expresados preceptos" (op. cit., págs. 231). Por otra parte, al tratar de la declaración de ausencia, entienden que "el Código civil presume más bien durante este período la muerte que la vida del ausente" (op. cit., pág. 229). Para ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual*, I, 2.ª ed., cit., pág. 248, "la contradicción entre los artículos 190 y 195 resulta evidente". Entiendo con DE CASTRO que la antinomia es aparente. El enfrentamiento de los dos preceptos es fruto de un equívoco de J. GONZÁLEZ en un comentario aparecido a raíz de la promulgación de la ley de 1939 (cfr. DE CASTRO, op. cit., pág. 534). El art. 190 se refiere a la fase de ausencia legal, mientras que el 195 se refiere a la declaración de fallecimiento, como resulta del respectivo encuadramiento sistemático. Separada de su contexto, la expresión del art. 195 "se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que debe reputarse fallecido" pierde su precisa significación y entra en liza con el art. 190. En cambio, dentro del art. 195 tiene el sentido específico de explicar la mecánica de la declaración de fallecimiento de acuerdo con el sistema de la "successio ex nunc" (cfr. DE CASTRO, op. cit., pág. 536). Sería aventurado suponer que una cuestión tan fundamental y decisiva para el régimen de la declaración de ausencia como la presunción de vida (en sentido riguroso) se desplace del capítulo dedicado a este período (Capítulo II, Título VIII, Libro I) para ser solucionada en el capítulo siguiente, dedicado a la declaración de fallecimiento. No parece que durante la fase de ausencia declarada se presuma más la muerte que la vida, como tampoco lo contrario. Esta fase parece más bien caracterizada por una constitutiva incertidumbre, que obliga a tener en cuenta ambas posibilidades, con los que, en efecto cuenta el Código. Respecto a las disposiciones que atienden a la posibilidad de vida, cfr. las indicaciones de DE COSSIO CORRAL, A., *El patrimonio del ausente*. "Revista de Derecho privado", 1942, págs. 383-384. En cuanto a las disposiciones que cuentan, como es lógico, con la posibilidad de que el ausente haya muerto, cfr. arts. 190 y 191. No hay contradicción entre los arts. 187-188 y 195. El problema de atribución de frutos se plantea como consecuencia de la separación entre titularidad y posesión, característica del período de ausencia declarada. En conclusión, de acuerdo con DE CASTRO, entiendo que la declaración de fallecimiento funda para el futuro —sin operar hacia atrás— la presunción *de iure* de muerte del ausente. La presunción de muerte para el futuro no implica presunción de vida para el pasado. Al cortar la declaración de fallecimiento en un plano de certeza la *posibilidad* de vida implícita en la incertidumbre característica del período anterior, era obligado precisar —como hace el artículo 195 con expresión poco afortunada— si tal posibilidad de vida se cierra sólo para el futuro o se niega también para el pasado (neutralizando los efectos jurídicos enlazados a ella).

clarado fallecido. Precisamente por este lado se viene a justificar, como ya sugería ROMES FONSECA a raíz de la promulgación de la ley, el tan controvertido párrafo 3.º. Frente al intento de un nuevo matrimonio, que en el ámbito de la apariencia jurídica estaría fundado por la presunción jurídica de muerte del cónyuge ausente, el párrafo 3.º corta tan lógica consecuencia confirmando el criterio de la base 6.ª de 1888.

Ante una situación jurídica en cierto modo provocada por la naturaleza del sistema matrimonial, el juego coordinado y espontáneo de los preceptos aplicables conduce hoy inevitablemente a otro resultado. La virtual eficacia relativa del matrimonio canónico —válido civilmente (art. 75 C. c.)— se despliega libremente sobre el campo antes dominado por la eficacia del matrimonio civil. Así, no parece dudoso que la atribución de la paternidad legítima de los hijos hubidos en el segundo matrimonio al primer marido de la mujer bñuba, cede en la situación contemplada por virtud de la presunción de muerte (81).

Si se proyecta la presunción jurídica de muerte del ausente al orden registral, parece que se habrá de admitir una excepción al artículo 252 del R. R. c. Comparto en este punto la opinión de PERÉ RALUY, para quien la denegación del Encargado del Registro a inscribir el nuevo matrimonio ha de fundarse en medios auténticos, y éstos no los proporciona únicamente la inscripción del anterior matrimonio. La inscripción, dice PERÉ, dará fe de la celebración de dicho enlace “*pero no de su subsistencia*”, y el art. 252 exige “*prueba auténtica del obstáculo registral a la inscripción (obstáculo que no se halla constituido por el anterior matrimonio, sino por la subsistencia del mismo)*” (82). En nuestro caso, la duda sobre la subsistencia está resuelta en el plano de la presunción jurídica en sentido negativo.

(81) Para el período de ausencia declarada, proponía ESPÍN en 1945, a partir de un planteamiento más realista que el adoptado en general por la doctrina francesa e italiana, considerar suspendida la presunción de concepción dentro de matrimonio por analogía con lo que ocurre en el caso de separación legal de los cónyuges (subsistencia del vínculo y del deber de fidelidad). De tal suerte, quedaría invertida la carga de la prueba de “imposibilidad de acceso” del artículo 108, pár. 2.º (*La presunción de paternidad y la ausencia declarada del marido*, cit.). Con la declaración del fallecimiento viene a simplificarse la cuestión. Aquí parece ociosa la relación de analogía (cfr., no obstante, ESPÍN, *Manual*, I, 2.ª ed., cit., pág. 257) por la presunción de muerte que *de iure* comporta la declaración de fallecimiento. Con la presunción de muerte pierde base no ya sólo la presunción de concepción dentro de matrimonio, sino la misma presunción de paternidad. Depende ésta de la posibilidad moral y física de convivencia conyugal. La separación legal de los cónyuges elimina la posibilidad moral, no la posibilidad de hecho, pudiendo por ello deducirse de la convivencia ulterior de los cónyuges separados un principio de tácita reconciliación. Con la presunción de muerte, en cambio, queda eliminada *de iure* —por tanto, a efectos de prueba— no sólo la posibilidad moral, sino también la posibilidad física de convivencia. Así, con la declaración de fallecimiento cede la presunción de paternidad de manera más radical y directa que con la separación legal de los cónyuges.

(82) PERÉ RALUY, *Panorama del primer trienio*, cit., pág. 269.

VI. RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO DE IRRELEVANCIA DEL DIVORCIO VINCULAR POR CONTRADICCIÓN AL ORDEN PÚBLICO ESPAÑOL.

§ 13. Decía ROMERO VIDEITEZ a raíz de la derogación de la legislación republicana de divorcio: "El precepto del artículo 52 del Código civil vuelve a tener la plenitud de su alcance primitivo tras la supresión del divorcio vincular" (83). Hoy, después de la reforma de 1958, se puede decir que tan terminante formulación ha perdido en buena parte de su vigor, afirmación que alcanza también a supuestos de divorcio vincular, no precisamente por fuerza de exigencias extrínsecas a nuestro Derecho, sino por la presión de principios internos del sistema.

Según la jurisprudencia y la opinión casi unánime de los autores, el principio de indisolubilidad del matrimonio, por ser en el Derecho español materia de orden público, determina la ineficacia radical y absoluta del matrimonio —canónico o civil— contraído con persona divorciada. Se entiende que para nuestro Derecho subsiste el vínculo declarado disuelto por sentencia de divorcio. Tan absoluto es el alcance atribuido a este principio, que se mantendrá también en el supuesto de que los cónyuges sean extranjeros y el divorcio se haya operado con arreglo a su ley nacional.

En la doctrina española se formula esta opinión unas veces en términos generales, y otras con referencia a aplicaciones concretas.

De modo general considera LASALA LLANAS que los extranjeros divorciados no podrán contraer matrimonio en España con español o española, pues siguen legítimamente casados (84). En parecidos términos se manifiesta PORTERO SÁNCHEZ después de la reforma de 1958 (85).

Para GOLDSCHMIDT "según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (S. 12-V-1944) se considera como impedimento relativamente bilateral el del vínculo: el español soltero no podrá casarse con una francesa divorciada vincularmente por los tribunales franceses de su matrimonio católico, por ser incapaz el soltero español de casarse con tal mujer que según su propia ley nacional era perfectamente capaz de casarse" (86).

GARCÍA BARRIUSO ha dedicado más atención al tema. Afirma que "el matrimonio declarado disuelto por una sentencia extranjera de divorcio, sigue siendo para la *ley española* (cuando ésta es aplicable por la nacionalidad española de alguno de los contrayentes de un ulterior matrimonio) la unión legítima de que hablan los artículos 51 y 52 del Código civil, o el "vínculo anterior" de que habla el artículo 83 (87). Más ade-

(83) ROMERO VIDEITEZ, loc. cit., pág. 199.

(84) LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e inter-regional*, Madrid, 1933, págs. 124 y 126.

(85) PORTERO SÁNCHEZ, L., *Matrimonio de españoles en el extranjero y de extranjeros en España*, "Anuario de Derecho civil", XIII (1960), págs. 517-518.

(86) GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, II, Buenos Aires, 1954, pág. 284.

(87) GARCÍA BARRIUSO, *Matrimonio civil de españoles dentro y fuera de España*, Tánger, 1958, pág. 121.

lante precisa que tal doctrina es aplicable no sólo cuando el vínculo declarado disuelto por divorcio es canónico, sino también cuando es simplemente civil (88).

En la doctrina francesa LEREBOURS-PIGEONNIÉRE estima que “el orden público español se opone al reconocimiento de la disolución del matrimonio obtenido por divorcio en el extranjero, como contraría a la indisolubilidad establecida en el artículo 52 del Código civil español”. Y en igual sentido se manifiestan BATIFFOL y, más recientemente, RIGAUX (89).

En este panorama doctrinal llama la atención la opinión de LLUIS Y NAVAS BRUSI para quien “la excepción de orden público a una solicitud de divorcio sólo debería caber en la medida en que se trate de un matrimonio válido a los ojos de la Iglesia Católica”, entre otras razones porque “una demanda de divorcio de católicos extranjeros que celebraron en el extranjero un matrimonio civil, en vez de ir en contra va a favor del orden público español” (90).

En la jurisprudencia también se ha mantenido con rigor el principio de irrelevancia del divorcio. El tribunal Supremo en la sentencia de 12 de marzo de 1942 declara nulo el matrimonio contraído en el extranjero por un español ligado en matrimonio *canónico* disuelto por sentencia francesa de divorcio y en la de 12 de mayo de 1944 anula el matrimonio celebrado por un español con francesa divorciada de un vínculo *canónico* anterior por sentencia de Tribunal francés. En esta última sentencia declara nuestro Tribunal Supremo que el divorcio obtenido por la actora en su país no afecta al vínculo que originó la unión canónica “por ser inconciliable la disolución del vínculo matrimonial con los principios religiosos, morales y jurídicos que informan el orden público del Estado español” (Considerando cuarto), fundamentando esta doctrina en los artículos 51 y 52 del C. c. y en el canon 1.036 del C. i. c. (considerando tercero).

Coincide en lo fundamental con esta jurisprudencia la orientación seguida por la Dirección General de los Registros en las resoluciones de 26 de marzo de 1951 —referente a un caso de matrimonio *canónico* de española con alemán, disuelto por sentencia de divorcio de la Audiencia alemana de Siegen (91), 10 de enero de 1949 y 3 de octubre de

(88) GARCÍA BARRIUSO, op. cit., pág. 122.

(89) LEREBOURS-PIGEONNIÉRE, *Precis de droit international privé*, 6.^a ed., 1954, pág. 419; BATIFFOL, H., *Traité élémentaire de droit international privé*, 2.^a edición, París, 1955, pág. 427. Citas de RIGAUX, Comentario a la sentencia de la *Cour d'appel de Bruxelles* (3.^a ch.) de 14 de diciembre de 1955, en “Revue de droit international privé”, XLVI, 1957, pág. 75. Más ampliamente BATIFFOL, H., *La contribution des relations franco-espagnoles a la construction du droit international privé en France*, Valladolid, 1950, págs. 79 y ss.

(90) LLUIS Y NAVAS BRUSI, J., *Las nuevas nupcias de extranjeros divorciados y su validez ante nuestro Derecho*, “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, CCIII (1955-I), págs. 143-144. Vid. también págs. 156-157.

(91) Se afirma en esta resolución que “si bien es cierto que la disolución del vínculo matrimonial es rechazada por nuestro Derecho, en el cual se considera justamente como de orden público su inadmisión, tal norma de indisolubilidad del

1952 (92), ambas referentes a un supuesto de matrimonio *civil* contraído por española con extranjero y luego disuelto por sentencia extranjera de divorcio.

Ninguno de los supuestos contemplado por las sentencias y resoluciones citadas se refiere al supuesto de divorcio vincular de un matrimonio civil canónicamente inexistente. ¿Deberá mantenerse también para esta situación, cualesquiera que sean las circunstancias que la acompañen, la irrelevancia del divorcio del vínculo previo?

Este problema no se ha planteado en la doctrina ni se ha abordado por la jurisprudencia. Contamos sólo con algunas indicaciones aproximativas de la Dirección de los Registros, que estima irrelevante la sentencia de divorcio no sólo cuando afecta a la unión canónica, sino también cuando se refiere a la unión civil (Resoluciones de 10 de enero de 1949 y de 3 de octubre de 1952), y de GARCÍA BARRIUSO al comentar la sentencia de 12 de mayo de 1944: "aunque el primer matrimonio de la divorciada no hubiese sido también canónico, sino simplemente civil, válido según su ley a la que se renite la española, constituiría un impedimento relativamente bilateral para el segundo, contraído con un español" (93).

Se plantea entonces la cuestión de si esta solución vale también cuando el matrimonio del súbdito español con la persona divorciada es canónico.

matrimonio centra su fuerza en lo establecido en el art. 51 del Código civil, o sea, en la imposibilidad de contraer nuevas nupcias". Inserta en el "Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado" de 1951, págs. 339-340.

(92) "Considerando que de los datos suministrados al formular la consulta resulta que la que ahora pretende contraer matrimonio, doña H. D., lo había ya contraído en nuestra patria, y en forma civil, con el señor M. C., tal matrimonio ha de considerarse subsistente, ya que nuestra legislación no puede conceder validez al divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras, por rozar ello con el principio de la indisolubilidad del matrimonio, que ha de considerarse como de orden público dentro de nuestro ordenamiento jurídico" (Considerando primero). Inserta en el *Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado* de 1952, págs. 423-424. No he consultado la resolución de 10 de enero de 1949, sirviéndome para su cita de la referencia que a la misma hace la de 26 de marzo de 1951.

(93) GARCÍA BARRIUSO, *op. cit.*, pág. 122. La razón en que se funda este autor para mantener tal opinión es que la invocación del c. 1.036 del C. i. c., contenida en la sentencia citada, se yuxtapone a la referencia de los artículos 51 y 52 de nuestro Código ("y el Código Canónico, vigente en España, consigna también..."), reforzándola, pero no sustituyéndola, de suerte que la doctrina del Código civil hubiera bastado para fundamentar el fallo (*op. cit.*, pág. 123). Así es ciertamente, pero este no es argumento para extender el alcance del principio de indisolubilidad del artículo 52 a un matrimonio cuya regulación se halla por completo fuera del ámbito de nuestro sistema matrimonial, ni siquiera cuando, como en el caso de la sentencia ocurre, el cónyuge divorciado ha contraído el nuevo matrimonio con persona de nacionalidad española. La invocación del artículo 52 sería oportuna y suficiente en caso de afectar el divorcio a una de las especies matrimoniales admitidas por el Derecho español. Pero, a mi modo de ver, el precepto carece de virtualidad cuando el matrimonio que por divorcio se disuelve --contraído en el extranjero por extranjeros-- es meramente civil y, por otra parte, bajo ningún aspecto canónico o legítimo.

A juzgar por los términos absolutos en que se enuncia el principio de indisolubilidad o, correlativamente, el de irrelevancia del divorcio, habría que responder afirmativamente.

Parece claro, a primera vista, que el principio de indisolubilidad no puede operar con independencia de otros principios del sistema. Una aplicación rígida y acrítica del principio de indisolubilidad, según la formulación apriorística de la doctrina actual, conduciría en ocasiones a una solución no tolerada por el ordenamiento. Así ocurre concretamente en el caso de matrimonio civil entre súbditos extranjeros católicos disuelto por divorcio cuando uno de los cónyuges contrae ulteriormente matrimonio canónico con súbdito español. Si en esta situación se pone en juego el principio de irrelevancia del divorcio, tendremos como resultado: 1) ineficacia civil del matrimonio canónico (en el sentido precisado); 2) eficacia en el orden jurídico español de un vínculo inexistente ante el Derecho de la Iglesia y disuelto conforme a la ley personal de los contrayentes.

Este resultado chocante pone de relieve una vez más la interior unidad del sistema, la relatividad de sus principios en sus ocultas conexiones, y la oportunidad de reducir en su versión literal el alcance del artículo 52, con lo que no se introduce, como es obvio, ninguna limitación al principio de indisolubilidad. Al contrario, logrará éste una precisión ajustada a los límites de la relación sistemática del precepto con sus normas concordantes. También esta modificación virtual del texto comentado es efecto de la reforma de 1958, que introduce por razones de tolerancia conocidas la posibilidad de matrimonios civiles canónicamente inexistentes.

Por lo demás, en el supuesto descrito es claro que la relatividad del principio de irrelevancia del divorcio no implica abandono del criterio tradicional. Son exigencias internas del propio sistema matrimonial español las que determinan el cambio de significación. El efecto se opera sin necesidad de reconocimiento de la sentencia extranjera de divorcio.

VI. EFICACIA REFLEJA EN EL ORDEN JURIDICO ESPAÑOL DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS DE DIVORCIO VINCULAR.

§ 14. En el marco en que se desenvuelve este estudio parece obligado, para terminar, la referencia al tema de la eficacia refleja en el orden jurídico español de las sentencias extranjeras de divorcio vincular (94).

(94) Como regla general se puede convenir con PÉREZ RALTY, en que la eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio será mínima. El mismo autor entiende, sin embargo, que es más discutible "la cuestión relativa a la posibilidad de conceder determinados efectos en España a las sentencias extranjeras de divorcio en materias respecto a las cuales el principio de orden público no entra en juego, o lo haga de modo secundario; por ejemplo, cabe discutir si la mujer divorciada vincularmente por una sentencia extranjera sigue sometida a la incapacidad procesal y negocial relativa que impone el Derecho civil español

El problema se ha planteado en la jurisprudencia ya citada de la Dirección de los Registros en torno principalmente a la cuestión de la recuperación de la nacionalidad española por la mujer casada con extranjero y luego divorciada.

La resolución de 26 de marzo de 1951 admite que la mujer española casada con un súbdito alemán canónicamente, vínculo por el que adquirió la nacionalidad del marido, pueda recuperar la nacionalidad española después del divorcio vincular decretado por sentencia de la Audiencia alemana de Siegeen, basándose en que "supuesto que el divorcio se ha dictado por Tribunales competentes según la ley extranjera y a súbditos extranjeros resulta evidente que el efecto al fin secundario de habilitar para recobrar la nacionalidad española en nada roza con dicha norma de orden público" —irrelevancia del divorcio como causa de disolución del vínculo— (Considerando segundo), añadiendo a estas razones exigencias de equidad (Considerando tercero), "sin perjuicio de la calificación que a otros efectos pueda merecer la sentencia de disolución dictada por los Tribunales alemanes".

En un comentario a esta resolución decía ARAGONESSES que si bien la Dirección de los Registros no se ha planteado en este caso el problema del *exequatur*, "no hay duda que la recuperación de la nacionalidad implica lógicamente el reconocimiento de la sentencia de divorcio extranjera" (95).

Con actitud más ponderada entiende PERÉ RALUY que la acción del principio de orden público se limita al aspecto básico de las consecuencias del acto ineficaz por el juego de ese principio. Conforme a este criterio "el divorcio vincular decretado contra los principios de orden público imperante en un país, no debe ser reconocido por éste en cuanto afecte a la subsistencia del vínculo, posibilidad de que los divorciados pasen a segundas nupcias, etc., pero, en cambio, los efectos secundarios del divorcio deben ser mantenidos, por ejemplo, los referentes a nacionalidad, a ciertas consecuencias relativas al régimen de bienes, etc." (96).

a la mujer casada. Aun admitiendo que el reconocimiento de las sentencias extranjeras a estos efectos no se halla condicionado a la obtención del *exequatur*, es evidente que el órgano jurisdiccional o administrativo, ante el que se plantee el problema del reconocimiento de efectos de la sentencia extranjera, podrá y deberá —como en todo supuesto de mero reconocimiento de una ejecutoria extranjera— calificar la misma en razón de su acomodación o no a las normas de orden público español, y tal calificación conducirá, en el supuesto examinado, a negar eficacia a la resolución extranjera en cuestión" (*Efectos de las sentencias extranjeras de divorcio*, "Revista del Instituto de Derecho comparado", núm. 10, enero-junio 1958, págs. 148-149).

(95) ARAGONESSES, P., *Recuperación de la nacionalidad española de una mujer divorciada*, "Revista de Derecho procesal", VIII (1951), pág. 522. En realidad la Resolución se limita a aceptar como *hecho jurídico* la separación, al parecer definitiva, sin enjuiciar el valor de la sentencia. En base a este supuesto admite la posibilidad de recuperar la nacionalidad teniendo en cuenta la finalidad a que se responde el artículo 22 del C. c. (Cfr. Considerando III).

(96) PERÉ RALUY, J., *Derecho de nacionalidad*, Barcelona, 1955, pág. 208.

En esta línea se sitúa la sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona, de 21 de julio de 1956 (97), referente a un matrimonio civil contraído en Francia en 1911 entre súbdito austríaco y súbdita francesa divorciada civilmente de vínculo canónico. Los cónyuges se establecieron en España en 1914. Promovida por la mujer demandada de separación ante el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián, se dictó sentencia accediendo a su pretensión con fecha 13 de febrero de 1953. Interpuesto recurso de apelación y admitido éste en ambos efectos, contrajo el recurrente matrimonio canónico con súbdito española. La sentencia aprecia la existencia de una "comunidad de bienes derivada de la situación de convivencia de hecho" originada por el matrimonio civil contraído entre los litigantes en Francia en 1911, mantenida en España desde 1914 hasta la fecha de la demanda de separación, y referida a un "patrimonio en que los litigantes reconocieron documentalmenete ser copartícipes por mitades e iguales partes", por lo que "se comprenderá que el Juez, sin violencia alguna, haya llegado en su sentencia a que la referida comunidad de bienes se liquide equiparándola a la sociedad legal de gananciales". Tal solución se ha hecho posible al enjuiciar la Sala la situación jurídica creada por el matrimonio civil—inexistente ante el Derecho español— como mera "cuestión de hecho" y sin mengua del principio de irrelevancia del divorcio, que la sentencia expresamente reconoce (98).

Tal es, a mi parecer, la orientación más realista y la más coherente con el orden jurídico español.

La idea de conversión de la situación de divorcio vincular en separación definitiva, alguna vez sugerida en la doctrina para nuestro Derecho, parece inviable y un tanto artificiosa (99). Y en cuanto al procedimiento del *exequatur*, parece contrario a nuestro Derecho en cuanto envuelve un reconocimiento de carácter general.

(97) Firme por auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1957 (inédita).

(98) Se afirma en la sentencia que "aunque la legislación de los litigantes tuviera reconocido el efecto de la disolución plena del vínculo, la sentencia apelada, no sólo prescinde de tal legislación, sino que subraya que esa consecuencia es inadmisibile en la Ley española, cuyo derecho positivo tan sólo permite acordar la separación que insta la demanda y el Juez acoge, no en razón a la validez de un vínculo rechazable por la comunidad jurídica española, pero sí surgida de la apariencia legal de una situación que, traducida en menosprecio de la mujer que la soporta, perturba la moralidad y buenas costumbres de la ciudad en que aquella apariencia legal se desenvuelve; deduciendo los efectos civiles que corresponden a tal separación, y en cuanto deben surtir sus indeclinables consecuencias en España, donde los cónyuges residen, han constituido una familia y tienen establecidos sus negocios industriales y mercantiles. Así se explica que esta Sala, continuando la función de Juzgado, no pueda abstenerse de conocer de la pretensión deducida, ya que sería dejar en el abandono más completo a extranjeros que desenvuelven su vida afectiva y económica dentro de nuestro territorio".

(99) Cfr. PERÉ RALUY, *Efectos de las sentencias*, cit., pág. 148.

INFORMACION LEGISLATIVA

A cargo de José María AMUSATEGUI
y José Luis Llorente

DERECHO CIVIL

I. Derechos reales

1. EL DOMINIO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: PATRIMONIO DEL ESTADO: *Se aprueban las Bases a que se ajustará la legislación especial sobre régimen jurídico de los bienes patrimoniales del Estado* («Ley de Bases del Patrimonio del Estado» de 24 de diciembre de 1962; B. O. del 27.)

A. EXPOSICIÓN.

a) *Concepto de «Patrimonio del Estado».*—«Constituyen el Patrimonio del Estado:

1.º Los bienes que siendo de propiedad del Estado no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos, a menos que una Ley les confiera expresamente el carácter de demaniales.

2.º Los derechos reales y de arrendamientos que el Estado sea titular, así como aquellos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales.

3.º Los derechos de propiedad incorporal que pertenezcan al Estado (Base I, apartado uno)».

b) *Régimen jurídico.*—«Los bienes y derechos del Patrimonio del Estado se registrarán por las disposiciones dictadas en ejecución de la presente Ley de Bases y, subsidiariamente, por las normas de Derecho Privado, Civil o Mercantil» (Base I, apartado dos). «Se autoriza al Gobierno para aprobar por Decreto, a propuesta del Ministerio de Hacienda, en el plazo máximo de un año, el texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado» (disposición final).

c) *Administración del Patrimonio y representación del Estado en cuestiones patrimoniales.*—«Competen al Ministerio de Hacienda que, no obstante, podrá proponer al Consejo de Ministros que en determinados casos dichas facultades sean transferidas a otros órganos de la Administración del Estado (Base II).

d) *Prerrogativas de la Administración en la gestión de los bienes patrimoniales.*—La Base V le atribuye las siguientes:

1.ª *Recuperación posesoria.*—«La Administración del Estado podrá recuperar por sí la posesión indebidamente perdida sobre los bienes o derechos del Patrimonio antes de que se cumpla un año, contado desde el día siguiente al de la usurpación. Transcurrido dicho plazo deberá acudir a los Tribunales ordinarios ejercitando la acción correspondiente».

2.^a Investigación de bienes.—«La Administración tiene la facultad de investigar la situación de los bienes y derechos que tengan la condición de patrimoniales».

3.^a Deslinde de oficio.—«La Administración podrá deslindar los bienes inmuebles patrimoniales mediante procedimiento administrativo en que se oiga a los particulares interesados. La aprobación del deslinde compete al Ministerio de Hacienda. El acuerdo aprobatorio será ejecutivo y podrá ser impugnado en vía contencioso-administrativa por infracción de procedimiento. Los que se estimen lesionados en su propiedad u otros derechos reales por consecuencia del deslinde, podrán ejercer las acciones que estimen procedentes ante la jurisdicción ordinaria».

4.^a Inembargabilidad y fuero administrativo en la ejecución.—«Ningún Tribunal podrá dictar providencia de embargo ni despachar mandamiento de ejecución contra los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni contra las rentas, frutos o productos de los mismos, debiendo estarse a este respecto a lo dispuesto en la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública».

e) *Adquisición de bienes y derechos.*

a') Modos de adquisición.—«El Estado puede adquirir bienes o derechos:

- 1.º Por atribución de la Ley.
- 2.º A título oneroso, con ejercicio o no de la facultad de expropiación.
- 3.º Por herencia, legado o donación.

No podrán aceptarse donaciones en favor del Estado sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda. Igual trámite será preciso para aceptar herencias o legados deferidos en favor del Estado en virtud de testamento.

4.º Por prescripción.—El Estado prescribirá a su favor con arreglo a las Leyes comunes, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales» (Base III, apartado uno).

b') Atribución de los bienes inmuebles vacantes.—«Pertenece al Patrimonio del Estado los bienes inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido. Dichos bienes se entenderán adquiridos desde luego por el Estado y tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con posesión superior a un año, en cuyo caso aquel entablará la acción que corresponda ante la jurisdicción ordinaria. También corresponden al Estado los expresados bienes cuando estén detentados o poseídos sin título por Entidades o particulares, pudiendo reivindicarlos con arreglo a las leyes. En esta reivindicación incumbe al Estado la prueba de su derecho, sin que los detentadores o poseedores puedan ser compelidos a la exhibición de sus títulos ni inquietados en la posesión hasta ser vendidos en juicio» (Base III, apartado dos).

c') Competencia y formalidades para la adquisición de bienes inmuebles a título oneroso.—Compete al Ministerio de Hacienda la adquisición de los edificios o terrenos que el Estado precise para el cumplimiento de sus fines, cualquiera que sea el Departamento ministerial a que hayan de afectarse ulteriormente. hecha excepción de los siguientes casos:

1.º Cuando dichos bienes se adquirieran al amparo de la Ley de Expropiación Forzosa.

2.º Cuando se trate de edificios o terrenos que por la peculiaridad de los servicios a que hayan de afectarse sea aconsejable transferir la competencia a otro Departamento.

La adquisición de bienes inmuebles por el Ministerio de Hacienda tendrá lugar mediante concurso público, salvo aquellos casos que, a juicio de dicho Departamento, sea preciso concertarla directamente (Base IX, apartado uno).

d) Requisitos para la adquisición de bienes muebles.—La Base XV establece con carácter general, que dicha adquisición se efectuará mediante concurso, si bien «se regularán las excepciones que permitan la directa adquisición de dichos bienes». Las Bases XVI y XVII se refieren especial y respectivamente, a los derechos de propiedad incorporeal y a los títulos representativos del capital de empresas mercantiles, cuya adquisición compete acordar al Gobierno.

f) *Explotación de bienes patrimoniales.*—«El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, podrá concertar, mediante concurso público, la explotación de aquellos bienes patrimoniales que se juzguen susceptibles de serlo permanentemente, constituyendo fuente de ingresos para el Tesoro, o bien acordar que la explotación se realice directamente por la Administración del Estado o por una Entidad Estatal Autónoma» (Base VII).

g) *Enajenación de bienes patrimoniales:*

a) Bienes inmuebles.—«Para la enajenación de los bienes inmuebles del Patrimonio del Estado habrá de preceder declaración de alienabilidad por el Ministerio de Hacienda.

Corresponderá a dicho Departamento dictar el acuerdo de enajenación cuando su valor, según tasación, no exceda de cinco millones de pesetas; y al Gobierno, cuando sobrepasando esa cantidad, no exceda de veinte millones. Los bienes valorados en más de veinte millones de pesetas sólo podrán enajenarse mediante Ley.

La enajenación se realizará por regla general mediante subasta pública, salvo cuando el Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, acuerde su enajenación directa (Base IX, apartado tres).

Los propietarios colindantes pueden adquirir directamente al enajenarse, mediante precio, los solares del Estado que por su forma o pequeña extensión resulten in edificables y las fincas rústicas que no lleguen a constituir una superficie económicamente explotable o no sean susceptibles de prestar utilidad acorde con su naturaleza» (Base XI).

b) Bienes muebles.—Su enajenación tendrá lugar mediante subasta pública (Base XV). Tratándose de títulos representativos de capital de Empresas mercantiles, será preciso acuerdo del Consejo de Ministros cuando el valor de los que se pretenda enajenar no exceda del 10 por 100 del importe de la participación total que el Estado ostente en la respectiva Empresa, y si excede de aquella cuantía, la enajenación deberá ser autorizada por Ley (Base XVII).

h) *Otros extremos regulados en la presente Ley de Bases.*—Son de destacar los relativos a: Requisitos para determinados actos sobre bienes

del Patrimonio del Estado (gravámenes, transacciones, arbitrajes) que regula la Base VI; permutas de los bienes del Patrimonio declarados enajenables por otros ajenos (Base X); cesiones gratuitas de aquellos bienes para fines de utilidad pública o interés social (Base XII); adscripción de los mismos bienes a Organismos autónomos (Base XIII); arrendamiento de bienes inmuebles en favor del Estado (Base XIV); competencia del Ministerio de Hacienda para afectar bienes del Patrimonio al uso general o a los servicios públicos (Base XIX); régimen especial de determinados bienes del Estado exentos de lo dispuesto en las precedentes bases (inmuebles sitos en el extranjero y bienes comprendidos en el ámbito de la Junta Central de Acuartelamiento, dependiente del Ministerio del Ejército), materia de que trata la Base XXVI, etc.

B) OBSERVACIONES.

La presente Ley de Bases viene a sentar, con criterio unitario, los principios generales del régimen jurídico de los bienes patrimoniales del Estado, materia que hasta el presente se halla regulada fragmentariamente en diversas disposiciones de muy distinto origen y rango (1).

La Base I aborda el concepto de «Patrimonio del Estado» mediante una definición de carácter descriptivo que, en esencia, viene a coincidir con la que, sintéticamente y por exclusión del concepto opuesto de «bienes de dominio público», contiene el artículo 340 del Código civil, al referirse a los bienes del Estado que «tienen el carácter de propiedad privada». De acuerdo con este concepto y naturaleza, el régimen jurídico de los bienes patrimoniales del Estado es, en líneas generales, el de la propiedad privada pero afectado por ciertas derogaciones que —como dice GARRIDO FALLA (2)— «se presentan bajo el doble aspecto de prerrogativas o de limitaciones» del Estado en el ejercicio de sus derechos dominicales. Tal es el principio que preside la legislación vigente y el que inspira las actuales Bases, si bien estas últimas contienen una enunciación más completa de las *prerrogativas* estatales con relación a aquellos bienes, toda vez que se recogen con carácter general la acción directa del Estado para recuperar la posesión dentro del tradicional plazo de año y día (3) y la facultad de deslindar de oficio los mismos bienes, con el consiguiente sistema de recursos y acciones civil-

(1) Así, entre otras muchas, los preceptos del Código civil; Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911; Instrucción de Ventas de las propiedades y derechos del Estado de 15 de septiembre de 1903; Reglamento de 11 de julio de 1900 y las antiguas leyes desamortizadoras, cuya vigencia y compatibilidad con el Código civil y preceptos legales posteriores han sido muy discutidas. Sobre esta cuestión pueden verse: CASÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, vol. I (8.ª edic.), págs. 184 a 190 y tomo I, vol. II de la misma obra (9.ª edic.), págs. 325 y 326; GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1900, págs. 531 y sigs.

(2) *Op. cit.*, págs. 520 y 521.

(3) Base V, ap. uno. En el Derecho vigente la recuperación de oficio por el Estado de sus bienes usurpados por los particulares sólo se reconoce en disposiciones aisladas de inferior rango, como la Real Orden de 10 de mayo de 1884.

les en favor de los particulares afectados (4). Por lo que se refiere a las limitaciones, antes aludidas, se mantiene la exigencia de requisitos especiales (autorización legal o gubernativa) para enajenar, gravar, transigir y someter a arbitraje las propiedades y derechos del Estado, si bien con ciertas innovaciones en cuanto a los actos de enajenación y gravámenes (5).

Sustancial importancia para el Derecho civil ofrece el apartado dos de la Base III que atribuye al Estado la propiedad de los bienes inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido. Con ello se confirma el criterio de la Ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1835, cuya vigencia se discutía y, por consiguiente, se rechaza la posibilidad (defendida por algunos autores en base al art. 610 del Código civil) de que los particulares adquieran por ocupación los inmuebles vacantes (6).

También merece destacarse el contenido de la Base XIX que contribuye a precisar la distinción entre los bienes de dominio público y los patrimoniales del Estado, siguiendo el criterio diferencial del destino de los bienes que caracteriza a los primeros por su afectación al uso general o a los servicios públicos, deviniendo patrimoniales cuando cesa tal afectación (7).

2. PROPIEDADES ESPECIALES: AGUAS: ISLAS CANARIAS: *Se modifican, respecto al archipiélago canario, los preceptos de la Ley de Aguas sobre distancias mínimas entre obras de alumbramiento de aguas subterráneas; se regula la reserva por el Estado de volúmenes de agua aún no aprovechados existentes en determinadas zonas, así como el sistema de auxilios estatales a la ejecución de obras hidráulicas en aquellas islas.* (Ley 59/1962 de 24 de diciembre; B. O. del 27.)

Los aspectos más interesantes que, en cuanto al régimen jurídico de la propiedad de las aguas privadas en las Islas Canarias, contiene esta Ley son las siguientes:

1.º Distancias mínimas entre alumbramientos de aguas subterráneas— «La distancia de cien metros que con carácter general fija el artículo 24 de la Ley de Aguas, en relación con las obras a que se refiere el artículo anterior de la misma Ley, para poder realizar obras de alumbramiento de

(4) Base V, ap. tres. Esta facultad de deslindar de oficio los bienes patrimoniales del Estado sólo aparecía explícitamente admitida en la Legislación forestal (art. 12 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957).

(5) El artículo 6.º de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911 no permitía enajenar ni hipotecar los derechos y propiedades del Estado, sino en virtud de una Ley, en tanto que la presente limita la exigencia de autorización legal para los bienes valorados en más de 20 millones de pesetas, bastando en los demás casos acuerdo del Gobierno (si el valor excede de cinco millones, y no excede de veinte) o del Ministerio de Hacienda (si el valor no excede de cinco millones). Vid. Base IX, apart. tres.

(6) Vid. CASRÁN *Derecho civil*, tomo II, págs. 199 y 200 (8.ª edición).

(7) El mismo criterio del destino o afectación preside los correspondientes artículos del Código civil (arts. 339 a 341), consistiendo la novedad de la presente Ley (Base XIX) en definir la competencia del Ministerio de Hacienda en los procedimientos de afectación, desafectación y mutación de destino de los bienes estatales.

aguas privadas, podrá ser incrementada en la medida en que se determine la *zona real de influencia sensible* del pozo, socavón o galería existente, según resulte de los informes que en la tramitación establecido para el otorgamiento de las requeridas autorizaciones han de emitir el Distrito Minero y la Comisaría de Aguas de Canarias». Los dueños de aprovechamientos ya existentes podrán oponerse ante la Administración a la realización de nuevas labores de perforación a más de cien metros del pozo, socavón o galería de su propiedad, pudiendo aquélla establecer el límite de esas labores, así como las condiciones técnicas de realización (art. 1.º).

2.º «Reserva» estatal de determinados caudales de aguas.—«El Ministerio de Obras Públicas podrá reservarse los caudales de aguas subterráneas *todavía no alumbrados*, en aquellas zonas en que por la escasez de aguas y la importancia de las necesidades a satisfacer lo requiera el interés público o haya razones de utilidad social para ello...» La «reserva» respetará siempre los aprovechamientos, alumbramientos y derechos preexistentes, con las indemnizaciones a que en su caso haya lugar, de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa, señalándose en cada reserva el plazo de vigencia de la misma. Una vez realizado el alumbramiento de las aguas en la zona de reservas, el Ministerio de Obras Públicas regulará su aprovechamiento, directo o en régimen de concesión, tramitándose esta última de conformidad con la legislación de aguas públicas» (art. 2.º).

3.º Propiedad de las aguas halladas en una mina.—«La atribución de propiedad de las aguas halladas en una mina, en régimen de concesión de explotación, que el artículo 26 de la Ley de Aguas hace al concesionario de la mina y cuyo uso ratifica a favor del mismo la vigente Ley de Minas deberá entenderse reducida exclusivamente a los volúmenes que a las labores de la explotación minera pudieran ser necesarios. De acuerdo con lo que el Distrito Minero dictamine en cada caso». Los volúmenes de aguas no empleados para tal fin se destinarán, en primer término, a reponer las mermas de los aprovechamientos hidráulicos preexistentes que hayan resultado afectados como consecuencia del alumbramiento llevado a cabo en la mina, y los sobrantes deberán ser, en todo caso, vertidos en un cauce público o puestos a disposición de la Comisaría de Aguas de Canarias (art. 3.º).

3. MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO: OCUPACIÓN: HALLAZGO MARÍTIMO: *Se dictan nuevas normas sobre los derechos del hallador y del Estado.* (Ley 60/1962 de 24 de diciembre.)

Véase, *infra*, «Derecho mercantil».

II. Obligaciones y contratos

1. CONTRATO DE TRABAJO: SALARIOS MÍNIMOS: *Se fijan los salarios mínimos para toda clase de actividades laborales y se regula la conexión de aquéllos con los establecidos por convenios colectivos sindicales o mejoras voluntarias.* (Decreto 55/1963 de 17 de enero; B. O. del 19.)

Como acaba de apuntarse, son dos los aspectos fundamentales que comprende esta disposición:

1.º Cuantía de los salarios mínimos para «cualesquiera actividades»: a) Trabajadores mayores de 18 años, en la agricultura, en la industria y los servicios, 60 pesetas día o 1.800 pesetas mes, según que el salario esté fijado por días o por meses; b) Aprendices de primer año, pinches y botones de 14 años, en la industria y los servicios, 24 pesetas día; c) Trabajadores agrícolas de 14 años, 40 pesetas día (art. 1.º).

2.º Conexión de los salarios mínimos obligatorios con los establecidos por convenio colectivo o mejora voluntaria.—«Los salarios superiores a los mínimos podrán ser fijados por convenio colectivo, Reglamento de régimen interior, contrato individual de trabajo o mejora voluntaria de las Empresas» (art. 2.º). «Los incrementos de salarios mínimos que resulten de la aplicación del presente Decreto podrán ser absorbidos y compensados por las Empresas con cualesquiera mejoras de cualquier clase y género que fueran, incluida toda clase de primas, incentivos, pluses, gratificaciones, pugas extraordinarias y percepciones análogas establecidas o que voluntariamente hubieran concedido o hubieran pactado en convenio colectivo, Reglamento de régimen interior o contrato individual de trabajo» (art. 4.º).

2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: DAÑOS POR ACCIDENTES DE CIRCULACION; SEGURO OBLIGATORIO: (Ley 122/1962 de 24 de diciembre).

Véase, *infra*, «Otras disposiciones», 4, A, IV.

DERECHO PROCESAL

1. JUICIO EJECUTIVO: APLICACIÓN DEL MISMO AL EJERCICIO DE LAS ACCIONES PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN: (Ley 122/1962 de 24 de diciembre).

Véase, *infra*, «Otras disposiciones», 4, A, V.

2. PROCESO PENAL: ESPECIALIDADES RESPECTO A COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO POR DELITOS DE CIRCULACION: (Ley 122/1962 de 24 diciembre).

Véase, *infra*, «Otras disposiciones», 4, A, III.

3. JURISDICCIÓN Y PROCESO DEL TRABAJO: TEXTO REFUNDIDO: *Se da nueva redacción al Texto refundido de Procedimiento Laboral*. (Decreto de 17 de enero de 1963; B. O. del 28.)

El anterior Texto refundido fue aprobado por Decreto de 4 de julio de 1958 (1); mediante el presente se hace uso de la autorización concedida al Ministerio de Trabajo en el artículo 8.º del Decreto de 20 de septiembre de 1962 para elevar el Consejo de Ministros un nuevo Texto refundido de Procedimiento Laboral con las modificaciones introducidas en dicho Decreto (fundamentalmente, la regulación del procedimiento en los conflictos colectivos de trabajo y la modificación de los límites de la cuantía de las resoluciones susceptibles de recurso de suplicación) (2).

(1) Puede verse anotado en este ANUARIO, tomo XI, fasc. 4.º, pág. 1194.

(2) Vid. anotado el Decreto de 20 de septiembre de 1962 en este ANUARIO, tomo XV, fasc. 4.º, pág.

4. JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: RECURSO DE APELACIÓN: MODIFICACIÓN DE LA BASE ECONÓMICA: *Se eleva a 125.000 pesetas el límite de la cuantía de las sentencias susceptibles de recurso de apelación.* (Decreto de 17 de enero de 1963; B. O. del 26.)

Se dicta el presente Decreto en uso de la autorización concedida al Gobierno por la disposición adicional 5.ª de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 27 de diciembre de 1956, para modificar la cuantía —inicialmente fijada en 80.000 pesetas— de los asuntos susceptibles de recurso de apelación (art. 94, párrafo 1), apartado a) de la Ley).

La disposición transitoria del Decreto que ahora se anota establece que «los recursos contencioso-administrativos interpuestos con anterioridad a la vigencia de este Decreto, aún cuando su cuantía no sea superior a 125.000 pesetas, se registrarán, en cuanto a la procedencia del recurso de apelación por razón de la cuantía, por las normas vigentes en la fecha de su iniciación.

5. JURISDICCIÓN DE MARINA: CREACIÓN DEL TRIBUNAL MARÍTIMO CENTRAL: COMPETENCIA EN MATERIA DE ASISTENCIA MARÍTIMA: (Ley 60/1962 de 24 de diciembre).

Véase, *supra*, «Derecho mercantil».

OTRAS DISPOSICIONES

1. HACIENDAS MUNICIPALES: REFORMA: *Se suprime la imposición municipal sobre el uso y consumo y, para compensar la pérdida de ingresos originada por esta supresión, el Estado cede a los Ayuntamientos el 90 por 100 de la recaudación por Contribución Urbana y Licencia Fiscal del Impuesto Industrial, asumiendo, además, ciertas cargas que hasta ahora pesaban sobre los municipios.* (Ley 85/1962 de 24 de diciembre; B. O. del 27.)

a) *Supresión de determinadas exacciones municipales.*—El artículo 1.º de la presente Ley suprime las siguientes, reguladas por los artículos de la Ley de Régimen Local que se indican: 1.º La tasa por vigilancia y reconocimiento sanitario de reses, carnes, pescados, leche y otros mantenimientos destinados al abasto público (art. 440 L. R. L.); 2.º El arbitrio con fin no fiscal que grava el precio de las consumiciones en cafés, bares, tabernas, restaurantes y establecimientos similares (art. 476); 3.º La antigua tarifa 5.ª de la Contribución de Usos y Consumos, cedida por el Estado a los Municipios, excepto los epígrafes 19, 23 y 27 (arts. 478 y 483); 4.º El impuesto sobre el vino y la sidra (art. 484); 5.º El recargo sobre el impuesto que grava el gas y la electricidad (art. 489); 6.º Los arbitrios sobre el consumo de bebidas espirituosas y alcoholes, carnes, volatería, etc. (artículos 525 a 554); 7.º Los impuestos que con carácter especial, tradicional e extraordinario tengan establecidos los Municipios y graven el consumo, al amparo del artículo 752 de la L. R. L.

b) *Cesión a los Ayuntamientos de contribuciones e impuestos del Estado.*—1.º Se cede a los Ayuntamientos el 90 por 100 de la recaudación líquida por cuota del Tesoro de la Contribución Territorial, Riqueza Urbana, incluido el recargo actual del 40 por 100 sobre dicha cuota y el procedente

de las Zonas de Ensanche; 2.º Se cede asimismo a los Ayuntamientos el 90 por 100 de la recaudación líquida por cuota de Licencia Fiscal del Impuesto Industrial; 3.º Los porcentajes establecidos en los dos apartados anteriores serán revisados quincenalmente por medio de Ley a la vista de los rendimientos de las cuotas cedidas (art. 2.º de la presente Ley).

c) *Asunción por el Estado de ciertas cargas municipales.*—El Estado asume el pago de la totalidad de los haberes activos y pasivos del personal de los servicios sanitarios municipales, comprendiendo en dicha medida los sueldos, quinquenios u otros conceptos legalmente reconocidos, con la única salvedad de dejar a cargo de los Ayuntamientos las diferencias superiores a los mínimos legales, que se respetan como derecho personal y a «extinguir» (art. 7.º).

d) *Otros extremos regulados por la presente Ley.*—Merecen destacarse los relativos a refundición del cobro de múltiples exacciones municipales en un solo recibo (art. 3.º); supresión del «recurso especial de nivelación de presupuestos» a que se referían los artículos 573 a 577 de la L. R. L. (artículo 6.º); creación del «Fondo Nacional de Haciendas Municipales», que se nutrirá con una parte de los recursos cedidos por el Estado a los Ayuntamientos, encargándose de la distribución equitativa de aquéllos entre éstos (art. 9.º) y las autorizaciones al Gobierno para dictar nuevas regulaciones en materia de contribuciones especiales (art. 5.º) y exenciones fiscales a favor de los Ayuntamientos (art. 10).

2. PESCA MARÍTIMA: INFRACCIONES COMETIDAS POR EXTRANJEROS: *Se eleva la cuantía de las sanciones a las infracciones que en materia de pesca cometan las embarcaciones extranjeras en aguas territoriales o jurisdiccionales: españolas.* (Ley 93/1962 de 24 de diciembre; B. O. del 27.)

3. SEGURIDAD SOCIAL: TARIFA DE COTIZACIÓN PARA LOS SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS: *Se establece una tarifa general de cotización para los Seguros Sociales obligatorios y Mutualidades Laborales, regulándose además un sistema voluntario y complementario de Seguridad Social.* (Decreto 56/1963 de 17 de enero; B. O. del 19.)

El sistema de Seguridad Social hasta ahora existente adolecía de dos defectos principales: a) Falta de proporcionalidad entre las prestaciones y los salarios reales (por servir de base de cotización sólo los salarios mínimos, muy inferiores a aquéllos); b) Complejidad y dudas sobre el cómputo o no de los distintos devengos a efectos de cotización. Para remediar tales defectos el artículo 1.º del Decreto que ahora anotamos establece una tarifa general de cotización a efectos de Seguros Sociales Unificados y Mutualidades Laborales, fijando la base que corresponde a cada categoría laboral (estas bases están comprendidas en 12 epígrafes que van desde «Ingenieros y Licenciados» - 5 600 ptas. al mes— hasta «Aprendices de 1.º y 2.º año, pínchelos de 14 y 15 años» - 25 ptas. al día, como base de cotización). La asimilación de aquellas categorías generales a las particulares de cada reglamentación de trabajo, se establecerá por el Ministerio de Trabajo de oficio o a instancia de parte (art. 1.º, apartado dos).

Interesa, en fin, destacar, entre otros preceptos, que el artículo 4.º del

Decreto fija la cuota de Seguridad Social en el 16 por 100 (3,90 por 100 a cargo del productor y 12,10 por 100, a cargo de la Empresa); el artículo 5.º establece que para la bonificación de las liquidaciones de cuotas de Seguros Sociales del año 1963 el Estado aportará 2.000 millones de pesetas, con cargo a los Fondos Generales del Presupuesto y hasta 1.600 millones de pesetas con cargo al Fondo Nacional de Protección al Trabajo; finalmente, el artículo 6.º sienta las bases del régimen voluntario y complementario de Seguridad Social.

4 USO Y CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR: NORMAS PENALES, CIVILES Y PROCESALES: *Se definen y sancionan las infracciones penales cometidas con vehículos de motor; se regula la responsabilidad civil en función del riesgo que implica la circulación de dichos vehículos, implantándose el seguro obligatorio, y se arbitran procedimientos especiales para exigir la responsabilidad penal y civil en este ámbito.* (Ley 122,1962 de 24 de diciembre; B. O. del 27.)

A. EXPOSICIÓN.

I. Régimen jurídico.

a) Ambito material.—«La presente Ley protege la seguridad del tráfico, de las personas y de los bienes y, con tal finalidad, sanciona determinadas conductas relacionadas con la circulación de los vehículos de motor por carretera, otras vías públicas y demás lugares transitables, y regula el procedimiento para exigir la responsabilidad penal y civil derivada de aquéllas» (art. 1.º).

b) Ambito temporal: Vigencia.—«La presente Ley entrará en vigor el día primero de enero de 1964» (disp. final cuarta).

c) Derecho supletorio.—«Serán normas supletorias de las disposiciones del Título Primero las del Código penal. Respecto a los Títulos Segundo y Cuarto, las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil, y, especialmente en cuanto a la primera, los preceptos normativos del procedimiento de urgencia» (disp. final primera).

d) Eficacia derogatoria.—«Se derogan la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor y el artículo 565 del Código penal en cuanto se refiera a las infracciones cometidas con vehículos de motor y a la sanción de privación del permiso de conducir» (disp. final tercera).

II. «*Ordenamiento Penal*» (Título Primero de la Ley).—Comprende cuatro capítulos que tratan, respectivamente: «De los delitos» (conducción temeraria, culpa con infracción de Reglamentos, quebrantamiento de condena, influencia de bebidas alcohólicas o drogas, inexistencia de permiso, omisión de socorro, falsedad, alteración u omisión de la placa de matrícula, otras perturbaciones de la circulación y hurto de uso), «de la reincidencia», «de la pena y su graduación» y «de los efectos de la sentencia».

III. *Ordenamiento procesal penal* (Título segundo de la Ley).—El procedimiento para conocer de los delitos a que se refiere la presente Ley consistirá de tres fases:

1.ª Diligencias preparatorias.—Serán competentes para instruir las Jueces de Instrucción que, una vez practicadas las que indican los artículos 17 a 22 de la Ley, las remitirán a la Audiencia. «El Tribunal de lo Penal, actuando con carácter unipersonal por medio de un Magistrado, y en los tres días siguientes a la recepción de las diligencias, dará vista» a las partes, que podrán solicitar la práctica de nuevas diligencias o, si no las estiman necesarias, el archivo de lo actuado o presentar escrito de calificación con petición de apertura del juicio oral. «Cuando en la acusación del Ministerio Fiscal la petición de pena fuera de privación de libertad superior a arresto mayor, o cuando los daños hubieran sido tasados en cifra superior a 500.000 pesetas, conocerá el Tribunal colegiado; en los demás casos, el Magistrado de lo penal» (art. 27).

2.ª Juicio oral.—Se celebrará ante el Tribunal colegiado o el Magistrado de lo penal (según las reglas de competencia expuestas) y ajustándose a la forma ordinaria con las modificaciones que establece el artículo 800 de la L. E. Criminal y con excepción de lo referente a la asistencia del acusado (puede seguirse el procedimiento en rebeldía, con designación de abogado y procurador de oficio). Contra las sentencias del Magistrado de lo penal cabrá recurso de apelación ante el Tribunal colegiado, cuyo fallo será irrecurrible (art. 33). Contra las sentencias que dicte en primera instancia el Tribunal colegiado, se podrá interponer recurso de casación de acuerdo con las normas de la L. E. Criminal (art. 34).

3.ª Ejecución de sentencia.—Si el fallo hubiere fijado la cuantía de la indemnización, se procederá a la ejecución —de oficio o a instancia de parte— tan pronto como aquél sea firme. Si no se hubiere fijado aquella cuantía, el Magistrado practicará de oficio, a tal efecto, las pruebas periciales que estime oportunas, dando vista a las partes y fijando, en fin, la cuantía de la responsabilidad civil por medio de auto que será susceptible de recurso de apelación (arts. 36 a 38).

IV. *Ordenamiento civil* (Título tercero de la Ley).—Comprende tres capítulos que tratan, respectivamente, de los siguientes extremos:

1.º Responsabilidad civil.—«El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daño a las personas o a las cosas estará obligado a reparar el mal causado excepto cuando se pruebe que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado, o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de éste ni la rotura o fallo de algunas de sus piezas o mecanismos» (art. 39).

2.º Seguro obligatorio.—«Todo propietario de un vehículo de motor vendrá obligado a suscribir una póliza de seguro que cubra, hasta la cuantía que se fije, la responsabilidad civil derivada de la obligación a que se refiere el artículo anterior. Los vehículos no asegurados en la forma establecida no podrán circular por territorio nacional» (art. 40). Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño «hasta el límite del seguro obligatorio, sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan» (art. 42). «El asegurador, una vez efectuado el pago, podrá repetir: a) Contra el tercer causante de los daños

y perjuicios; b) Contra el asegurado por causas derivadas del contrato de seguro; c) En cualquier otro supuesto en que también proceda la repetición con arreglo a las leyes» (art. 44).

3.º «Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación».—Se crea en el Ministerio de Hacienda, y como servicio dependiente de la Dirección General de Seguros, con objeto de cubrir la responsabilidad civil de los conductores de vehículos de motor en todos los supuestos en que no se produzca la asistencia o indemnización a las víctimas por los medios previstos en los artículos anteriores (art. 45).

V. *Ordenamiento procesal civil* (Título cuarto de la Ley).—La acción conferida en el artículo 42 a la víctima o a sus herederos contra el asegurador se ejercitará por el procedimiento que determinan los artículos 48 a 54 de esta Ley y que, en esencia, comprende los siguientes trámites:

a) Diligencias preparatorias.—El perjudicado deberá hacer ante el Juez Municipal, Comarcal o de Paz una declaración sobre las circunstancias del hecho que de lugar a responsabilidad civil cubierta por el seguro obligatorio (art. 48).

b) Reclamación al asegurador y designación de peritos.—Una certificación o copia autorizada de la declaración a que acaba de hacerse referencia, acompañada de la valoración de daños emitida por un perito será presentada al asegurador que abonará la cantidad que los peritos de ambas partes fijen de común acuerdo. A falta de tal acuerdo, podrán solicitar del Fondo de Garantía la designación de un tercer perito y en el caso de que éste no valore los daños en el plazo señalado, se nombrará otro, a instancia de cualquiera de las partes, por el Juez Municipal o Comarcal (arts. 49 y 50).

c) Título ejecutivo.—«El asegurador, o el Fondo de Garantía en su caso, vendrá obligado a satisfacer la indemnización fijada por los peritos hasta el límite del seguro obligatorio, dentro de los diez días siguientes a su fijación. *El dictamen fundado de los peritos será título ejecutivo*, previa ratificación bajo juramento ante el Juez competente» (art. 51).

d) Juicio ejecutivo.—Se iniciará mediante demanda a la que se acompañará copia certificada de las actuaciones y del dictamen ratificado de los peritos, tramitándose según las reglas establecidas en el artículo 1440 y siguientes de la L. E. C. El asegurador podrá oponerse a la ejecución alegando, además de los motivos autorizados en los artículos 1464 y 1467 de aquella Ley, los señalados en el artículo 39 de la presente (es decir, culpa del perjudicado o fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo) (arts. 52 y 53).

B) OBSERVACIONES.

«La ordenación autónoma de las normas penales, civiles y procesales del automóvil es —como señala la L. de M. de la Ley reseñada— una necesidad que surge de la singularidad del fenómeno de la circulación». A satisfacer esta necesidad legislativa se dirige el presente texto que además de acomodar a la específica problemática de la circulación ciertas preexistentes en nuestro Ordenamiento jurídico, introduce interesantes novedades en el triple ámbito aludido al principio.

Así, en el orden penal es de destacar la sustitución de la regulación contenida en el artículo 565 del Código punitivo, definidor genérico de la denominada «imprudencia punible» por una preceptiva más concreta y específica de los tipos penales surgidos de la circulación de vehículos de motor (vid, especialmente, el art. 2.º, definidor del «delito de conducción temeraria» y el art. 3.º que sanciona la «culpa con infracción de Reglamentos»).

En el aspecto civil, se asegura la indemnización de los daños producidos con motivo de la circulación de aquellos vehículos, mediante la aplicación del criterio de la responsabilidad objetiva y sistema de seguro obligatorio que ya habían establecido otras legislaciones y preconizaba la doctrina. Es asimismo de señalar la creación de un «Fondo de Garantía» con lo cual se cierra el sistema de medidas protectoras de la víctima, siguiendo en todo el precedente de la legislación de accidentes de trabajo.

Finalmente son también de destacar las innovaciones que contiene la presente Ley en el ámbito procesal, tanto penal como civil. En el primero merece anotarse la atribución de competencia a órganos unipersonales —«el Magistrado de lo penal»— para conocer y fallar ciertos procesos. En el orden procesal civil es interesante la aplicación de una variedad del denominado «juicio ejecutivo» de los artículos 1440 y siguientes de la L. E. C. para el ejercicio de la acción directa que asiste al perjudicado o sus herederos contra el asegurador del vehículo que produjo el daño.

DERECHO MERCANTIL

1. AUXILIOS, SALVAMENTOS, REMOLQUES, HALLAZGOS Y EXTRACCIONES MARÍTIMOS: LEY REGULADORA: *Se unifican y modifican en parte las normas relativas a estas materias, definiéndose los derechos de los particulares y del Estado en relación con los objetos salvados y hallados y las competencias de la Jurisdicción de Marina y de la ordinaria en estas cuestiones (Ley 60/1962 de 24 de diciembre; B. O. del 27) (1).*

A. EXPOSICIÓN.

I. Régimen jurídico.

a) *Ambito material* (objeto de la ley).—Comprende la regulación de los auxilios y salvamentos de buques y aeronaves en la mar; los remolques en la mar y los hallazgos y extracciones marítimos y la Jurisdicción competente y procedimiento aplicable en estas materias.

b) *Ambito temporal.*

1. Vigencia.—«La presente Ley empezará a regir a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (disposición final quinta).

2. Derecho transitorio.—«En los casos de buques o cosas hundidas con

(1) Por razones de sistemática tradicional y unidad expositiva se incluye la reseña íntegra de esta Ley, bajo el epígrafe «Derecho mercantil», aunque gran parte del contenido de aquélla afecte a otras ramas jurídicas —civil, procesal, administrativo— (vid. *infra*: «Observaciones»).

anterioridad a la promulgación de la presente Ley, los plazos de prescripción del derecho de propiedad a que se refiere el capítulo quinto, se contarán a partir de dicha promulgación» (disp. transitoria primera). «Los auxilios, salvamentos, remolques o hallazgos ocurridos con anterioridad a la vigencia de esta Ley seguirán regulándose por las normas hasta entonces en vigor» (disp. transitoria segunda).

c) *Eficacia derogatoria*.—«Queda derogado el título adicional a la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina, aprobado por —Decreto— Ley de 10 de julio de 1925» (disp. derogatoria).

II. Auxilios y salvamentos.

a) *Supuestos regulados por la Ley*.—«El auxilio y salvamento de los buques de navegación marítima o aeronaves en la mar que se encuentren en peligro, de las cosas que se hallen a bordo, del flete y del precio del pasaje, así como los servicios del mismo género que se presten entre sí los buques de navegación marítima y los de navegación interior, quedan sometidos a las disposiciones siguientes, sin que haya lugar a distinguir entre ambas clases de servicios, ni a tener en cuenta las aguas en que hayan sido prestados» (art. 1.º). Expresamente se incluyen en este régimen el auxilio y salvamento prestados o recibidos por buques de guerra, aeronaves militares, o afectos a un servicio público (art. 13).

b) *Efectos jurídicos de los actos de auxilio o salvamento: Remuneración a quienes prestaron la asistencia*.—«Todo acto de auxilio o salvamento que haya producido un resultado útil dará lugar a una remuneración equitativa» (art. 2.º). Dicha remuneración se ajustará, en esencia a las siguientes normas:

1.ª *Persona obligada al pago*.—«La remuneración exigible a consecuencia de las operaciones de auxilio o salvamento corre a cargo del armador del buque o explotador de la aeronave objeto de aquéllas, sin perjuicio del derecho de repetición que pueda corresponderle» (art. 2.º, párrafo cuarto).

2.ª *Personas con derecho a la remuneración*.—«La tercera parte corresponderá al armador del buque o explotador de la aeronave auxiliares. En los dos tercios restantes participarán los componentes de la dotación, las personas ajenas a la misma que cooperen con ella eficazmente y los salvadores de vidas humanas, aunque no pertenezcan al buque o aeronave auxiliares. Cuando el auxilio o salvamento haya tenido lugar entre buque o aeronaves pertenecientes al mismo propietario, el importe de la remuneración se reducirá a los dos tercios del premio y corresponderá íntegramente a la dotación del buque auxiliar» (art. 7.º).

3.ª *Cuantía de la remuneración*.—«Para fijar el importe de la remuneración y la proporción en que ésta deba repartirse entre los salvadores, se estará a lo convenido entre ambas partes y, en su defecto, a lo resuelto por el Tribunal Marítimo Central (art. 6.º), que la fijará tomando por base los elementos que determina el artículo 9.º. La suma que deba pagarse no podrá exceder, en ningún caso, del valor de las cosas salvadas (art. 2.º párrafo 3.º).

4.ª *Plazo de prescripción de la acción para el cobro de la remuneración*.—«Es de dos años, a contar del día en que terminaron las operaciones.

de auxilio o salvamento y se interrumpirá por la incoación del oportuno expediente y por las causas previstas en el Código de Comercio» (artículo 11).

III. Remolques en la mar.

a) *Supuestos que tienen regulación específica.*—Son los de «remolque prestado a un buque que lo pida, hallándose en la mar». Se exceptúan los casos en que el remolque constituya asistencia marítima (auxilio o salvamento) y los que tengan por objeto «facilitar la entrada en puerto de un buque que se encuentre en sus proximidades, cuando hubiere tarifas establecidas» (art. 15).

b) *Efectos jurídicos del remolque.*—«Dará derecho a la indemnización de los gastos, daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mismo por el buque que efectúe el remolque y el abono de un precio justo por el servicio prestado» (art. 15, párrafo 1.º). «El precio del remolque se distribuirá atribuyendo dos tercios al armador del buque remolcador y un tercio a su dotación» (art. 17). Respecto a la fijación del importe de la retribución y plazo de prescripción de la acción para el cobro de la misma rigen iguales normas que para los casos de auxilio y salvamento (vid. arts. 17 y 18).

IV. Hallazgos marítimos.

a) *Obligaciones del hallador.*—«El que encontrase cosas abandonadas en la mar o arrojadas por ella en la costa que no sean producto de la misma mar deberá ponerlas a disposición de la Autoridad de Marina en el plazo más breve posible» (art. 19).

b) *Obligaciones de la Autoridad de Marina:* a') Instruir expediente dando cuenta inmediata a la Autoridad jurisdiccional correspondiente; b') Publicar el hallazgo en el tablón de anuncios si el valor de lo hallado, según tasación oficial, no excede de 10.000 pesetas; y si excediera de esa suma, a publicar edictos en el «Boletín Oficial del Estado»; c') Entregar a su propietario los efectos hallados, si comparece dentro del plazo de seis meses y si no lo hiciere, ponerlos a disposición del hallador, si el valor no excede de 10.000 pesetas, y elevar el expediente a la Autoridad jurisdiccional, que decidirá sobre su venta en pública subasta, si excediere de aquel valor (arts. 47 a 50).

c) *Derechos del hallador:* a') Si en el plazo de seis meses, desde la publicación de hallazgo, comparece el propietario, se abonarán al hallador el tercio del valor de tasación; b') Si no comparece el propietario, hay que distinguir: 1.º Si el valor de tasación no excede de 10.000 pesetas, se entregará al hallador la cosa hallada, previo pago de los gastos; 2.º Si el valor excede de 10.000 pesetas, el hallador tendrá derecho a esta suma, y además a una tercera parte del exceso que sobre las mismas se haya obtenido en la subasta, ingresándose el remanente en el Tesoro (art. 21).

d) *Derechos del Estado.*—Además del remanente a que acaba de aludirse, el Estado adquirirá la propiedad de los objetos hallados y abandonados en los supuestos que determina el artículo 29 (vid. infra., VI).

V. Extracciones marítimas.

Fuera de los casos de hallazgos y los de recuperación inmediata (que se rigen por las normas del epígrafe anterior), la extracción de cosas hundidas en aguas jurisdiccionales españolas requerirá el permiso de la Autoridad de Marina, quien fijará el plazo para realizarlas y las normas a que debe ajustarse (vid, arts. 23 a 28).

VI. Derechos de propiedad de los efectos salvados o hallados.

«Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 21 (derechos del hallador, ya vistos), el Estado adquirirá la propiedad de cualquier buque, aeronave u objeto hundido, salvado o hallado cuando su propietario haga abandono de sus derechos o no los ejerza en los plazos siguientes:

a) Buques o restos de buques hundidos, a los tres años del hundimiento.

b) En los demás casos, a los seis meses de la promulgación de los edictos establecidos en el artículo 48 de esta Ley.

c) En cuanto a las aeronaves y sus restos, se observarán las normas y plazos señalados en la Ley de 21 de julio de 1960.

Se interrumpirán estos plazos en el momento en que se solicite la extracción y se inicie ésta en el plazo concedido para la misma, volviendo a correr de nuevo si se suspenden los trabajos o al finalizar los plazos concedidos por la Autoridad competente» (art. 29).

VII. Jurisdicción y Procedimiento.

a) Competencia.

a) *De la Jurisdicción de Marina.*—«Dependiendo del Ministerio de Marina radicará en Madrid el *Tribunal Marítimo Central*, al que competará el conocimiento y resolución de cuantas materias le atribuye la presente Ley» (art. 31).

«En las capitales de los Departamentos Marítimos, Bases Navales y puertos principales en que se estime necesario, existirá un *Juzgado Marítimo Permanente*, a cargo de un Jefe u Oficial del Cuerpo Jurídico de la Armada, que tramitará los expedientes de auxilio, salvamento y remolque, y que a tales efectos dependerá del Tribunal Marítimo Central» (art. 32).

b) *De la Jurisdicción ordinaria.*—«El derecho de propiedad sobre las cosas objeto de esta Ley será declarado, en los casos de desacuerdo de los interesados, por los tribunales de la jurisdicción ordinaria, que conocerán asimismo de las cuestiones a que de lugar el ejercicio del derecho de repetición a que se refiere el artículo segundo de esta Ley» (disp. final 1.ª).

b) Procedimiento.

a) *Expedientes de auxilio, salvamento y remolque.* Su instrucción corresponde al respectivo Juzgado Marítimo Permanente que, una vez cumplidos una serie de trámites que se determinan (publicación de edictos en el «B. O. del E.», tasación, prestación de garantías, «cuenta general de gastos», audiencia a los interesados para alegaciones y pruebas) convocará a los interesados, para tratar de que lleguen a un acuerdo que, en caso

de obtenerse, procederá a ejecutar el Juez. En otro caso, se elevará el expediente al Tribunal Marítimo Central, que dictará la resolución que estime procedente, pudiendo recurrirse de la misma ante el Ministro de Marina en el plazo de quince días. La resolución del Ministro será, a su vez, recurrible ante la Jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 25 a 46 y disp. final 3.^o).

b) *Expedientes de hallazgo*.—Corresponde su tramitación a la Autoridad local de Marina, con elevación a la Autoridad Jurisdiccional correspondiente que dará cumplimiento a cuanto disponen los artículos 47 a 50 (vid *supra*, epigrafe IV, b).

c) *Expedientes de extracción*.—Podrán iniciarse a instancia de los interesados o cuando el Ministerio de Marina lo estime conveniente, tramitándose por las Comandancias de Marina que, después de practicar una información para acreditar la fecha del hundimiento, elevará el expediente al Ministro del ramo, que dictará la resolución procedente (vid. artículos 51 a 62).

B) OBSERVACIONES.

1. El capítulo I del Título Primero de la presente Ley incorpora en su casi totalidad el texto del Convenio de Bruselas sobre auxilios y salvamentos marítimos, de 23 de septiembre de 1910, al que España se adhirió en 17 de noviembre de 1923 (*Gaceta* del 13 de diciembre de dicho año), con dos importantes adiciones: a) Ampliar el ámbito de aplicación de aquellas normas a los casos de asistencia marítima a aeronaves y a la prestada o recibida por buques de guerra o afectos a un servicio público; b) Precisar la cuantía de la participación del armador, dotación del buque salvador y otras personas en la remuneración debida por los actos de asistencia que produzcan resultado útil (2).

2. Carácter de novedad casi absoluta tienen las normas contenidas en el capítulo II del Título Primero sobre los remolques en la mar, materia que carecía en nuestra legislación de una regulación específica y que ahora se rige por preceptos sensiblemente análogos a los aplicables en los casos de asistencia marítima propiamente dicha (auxilios y salvamentos) (3).

3. Singular importancia para el Derecho civil ofrecen las nuevas normas sobre hallazgos marítimos (capítulos III y V del título primero). En efecto, la legislación hasta ahora vigente sobre la materia, atribuía en todo caso al Estado la propiedad de todos los objetos que, no teniendo dueño conocido, fueran hallados en el mar o en sus orillas, siempre que no se

(2) Esta materia venía regulada en los artículos 18 a 22 del título adicional de la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina, aprobado por Decreto-Ley de 10 de julio de 1925, que distinguía entre la indemnización de los perjuicios y gastos ocasionados al buque auxiliador (que correspondía íntegramente al armador del mismo) y el premio (que se distribuía por mitad entre dicho armador y la dotación de su buque, no pudiendo exceder en total de la décima parte del valor del buque salvado y su cargamento).

(3) Comp. los artículos 6.^o, 7.^o y 11 (auxilios y salvamentos) con los 16, 17 y 18 (remolques).

tratará de productos de la misma mar (4), concediendo al hallador derecho a un premio, cuya cuantía variaba según el valor de lo hallado (5). La presente Ley modifica aquel sistema, ampliando los derechos del hallador, a quien se adjudica la cosa hallada, si no comparece el dueño y el valor de aquélla no excede de 10.000 pesetas, reconociéndole en los demás casos un premio del tercio del valor (o exceso sobre 10.000 ptas.). Correlativamente, se recortan los derechos del Estado, que se limitan a las cosas de valor superior a aquella cifra y a los supuestos de abandono expreso o presunto a que se refiere el artículo 29. En suma, puede decirse que en materia de hallazgos marítimos se establece un régimen intermedio o mixto entre el contenido para las cosas muebles en el artículo 615 del Código civil y el que para los inmuebles vacantes establecía la antigua Ley de Mostrencos de 1835 y confirma la actual Ley de Bases del Patrimonio del Estado de igual fecha que la que ahora anotamos (6).

4. En materia de extracción de cosas hundidas en la mar contienen el capítulo IV del título primero y capítulo IV del título segundo (normas procesales) una serie de preceptos de alcance y naturaleza principalmente administrativos (permisos y concesiones de extracción y aprovechamiento, etc.), en tanto que el citado artículo 29 atribuye al Estado la propiedad de aquéllas en los mismos supuestos que para los objetos hallados.

5. Finalmente, destaca del título II de la Ley, que contiene las normas procesales, la amplitud de la competencia atribuida a la Jurisdicción de Marina, que alcanza a cuestiones típica y eminentemente civiles o mercantiles (ejs. modificación o anulación de convenios de asistencia marítima —art. 8.º— y, en general, todo, lo relativo a la cuantía y distribución de la remuneración por aquel concepto). La Exposición de Motivos de la presente Ley justifica este sistema, señalando que es el «tradicional», recogido, entre otras disposiciones, en el título adicional de la Ley de Enjuiciamiento Militar de la Marina, de 10 de julio de 1925 y que está «avalado por razones de índole práctica, ya que permite disponer de órganos especializados en la técnica náutica...» Debe, sin embargo, observarse que en alguna ocasión el Tribunal Supremo, no obstante tener presente la vigencia de aquella disposición, declaró —en base a lo dispuesto en el art. 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 51 de la de Enjuiciamiento civil— la competencia de la Jurisdicción ordinaria para conocer de cuestiones como las que ahora se atribuyen explícitamente a la Jurisdicción de Marina (vid. Sentencia de 7 de diciembre de 1957).

(4) Ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1835 (art. 1.º) y Ley de Puertos de 19 de enero de 1908 (art. 5.º). El Código civil se remite en esta materia a las «deves especiales» (art. 617).

(5) Oscilaba dicha cuantía del 10 al 30 por 100 del valor de lo hallado, conforme a una escala contenida en el art. 43 del citado Tit. adic. Ley Enjuic. Marina de 10 de julio de 1925.

(6) Ley 89/1962. Véase anotada en esta misma sección, *supra*, «Derecho civil», I. «Derechos reales», 1.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ARANZADI: «Legislación Hipotecaria (Inmobiliaria, mobiliaria, naval) y del Registro Mercantil». Editorial Aranzadi, Pamplona, 1962. Un volumen de 1644 págs.

El aumento creciente de los textos legales vigentes y las frecuentes modificaciones legislativas son ambos fenómenos que imponen la necesidad de tener al día toda la legislación en vigor en una determinada materia. Recordemos hasta que punto se ha señalado esta realidad como causante del actual descrédito legislativo y de inseguridad en las relaciones sociales. De ahí la conveniencia de las recopilaciones legales, hoy tan habituales y útiles para el jurista. Aunque las legislaciones del Registro de la Propiedad y del Mercantil estén por fortuna menos afectadas por ese movimiento de inflación y variación legal, también en ellas ha habido recientemente modificaciones importantes: así por ejemplo, el nuevo texto del Reglamento de Registro Mercantil (Decreto 14 de diciembre de 1956) y las numerosas novedades introducidas en el Reglamento Hipotecario por el Decreto de 17 de marzo de 1959, por citar sólo algunas de las que afectan a los textos legales básicos. De otra parte, la multiplicidad de leyes y disposiciones que, aun formalmente separadas, tienen inmediata repercusión sobre la realidad contemplada por el Registro. De una u otra forma, aparecían estas normas recogidas en diversos repertorios. Además de las Leyes civiles generales, teníamos la edición oficial del Ministerio de Justicia de la Ley y Reglamento Hipotecario, las habituales de las Colecciones legislativas de Reus y Góngora, la edición especial hecha por el Colegio Nacional de Registradores de los nuevos Reglamentos Mercantil e Hipotecario, especialmente práctico este último por la impresión destacada en negrita de las novedades introducidas en 1959, la muy cuidada y completa edición de Leyes Hipotecarias hecha recientemente por Aguilar y dirigida por el señor Casero Fernández, etc., etc.

Ahora la Editorial Aranzadi, vehículo puntual de información legislativa, nos ofrece un grueso volumen en el que, como su propio título indica, se recoge toda la legislación vigente sobre Registro inmobiliario y mobiliario, hipoteca naval y Registro Mercantil. Su contenido rebasa, pues, el habitual de algunas recopilaciones hipotecarias. El libro está dividido en tres partes. En la primera se ocupa de la hipoteca inmobiliaria. Dentro de ella, además de la Ley y el Reglamento Hipotecario, se incluyen numerosas disposiciones: Leyes de Patrimonios familiares, Unidades mínimas de cultivo, Permutas forzosas, Banca Hipotecario, Colonización, Concentración Parcelaria, Montes, Minas, Expropiación forzosa, Suelo, Propiedad horizontal, Arrendamientos rústicos y urbanos. Inscripción de bienes de la Iglesia,

bienes de Corporaciones locales, etc., en la medida en que afectan al Registro de la Propiedad. Se incluyen los artículos del Código civil que se estiman en necesaria relación con el Registro, así como parte de las Compilaciones de los Derechos civiles de Vizcaya, Cataluña y Baleares. Y se recogen también otras numerosas disposiciones de carácter administrativo y formal—incluso algunas de dudosa vigencia—, que van desde el Reglamento del Colegio de Registradores, los Aranceles de éstos, debidamente completados con las tarifas vigentes en supuestos especiales, y las tasas judiciales en procedimientos hipotecarios, hasta el Cuadro de Sustituciones, las disposiciones de creación, división y modificación en las circunscripciones de los Registros y el Reglamento de oposiciones al Cuerpo. Es curioso observar que también en este apartado se relaciona, brevemente extractada, la legislación del Impuesto de Derechos Reales y del Timbre del Estado.

La segunda parte está dedicada a la hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento y Registro Mercantil. Se parte de los artículos del Código de comercio relativos al Registro Mercantil, almacenes de depósito, Bancos de Crédito territorial y buques. A continuación se incluyen la Ley y el Reglamento de hipoteca mobiliaria, préstamos con garantía de depósito (Warrant), prenda aceitera, prenda industrial, Crédito agrícola, Reglamento de Registro Mercantil y Ley de Aeronaves de 1960.

En la tercera parte se insertan las normas sobre hipoteca naval: Ley de Hipoteca Naval, Convenio de 1930 sobre unificación de este tipo de hipotecas, Crédito naval con garantía hipotecaria, requisitos para la inscripción de transmisiones y gravámenes de buques, préstamos para la renovación de la flota pesquera, etc.

Los preceptos están anotados y concordados en su relación con las otras disposiciones vigentes. Existen también notas de jurisprudencia, más o menos extensas, que desarrollan las normas transcritas. Entre ellas, se recoge y se da la debida importancia a las resoluciones de la D. G. R. N.

El volumen tiene, pues, un extenso contenido. Quizá excesivo para el no especialista en la materia, que habitualmente ha de consultar solo las normas fundamentales, en perjuicio de la brevedad. Pero tal amplitud mayor queda sobradamente compensada con la indudable ventaja de tener recopiladas todas las disposiciones vigentes, aunque sea en extracto. Más que ofrecer un cuadro de los cuerpos legales fundamentales, el criterio orientador parece haber sido, igual que en el conocido Diccionario de Legislación o en las monografías legislativas de la misma colección a la que ésta pertenece, el de exponer por orden cronológico todas las disposiciones vigentes dictadas sobre esta materia. Quizá por eso se han incluido algunas antiguas, desusadas o que prácticamente carecen de vigor (así por ejemplo, R. D. 21 de julio 1871 sobre censos, foros y derechos reales no inscritos, adquiridos antes de 1863, prorrogando el plazo de su inscripción en determinadas condiciones). Sorprende también, aunque no sobre, la referencia muy extractada a las leyes fiscales: Derechos Reales y Timbre. En cambio, es de lamentar la ausencia de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, normalmente transcrita en otras colecciones legislativas de este tipo. Aunque carente de inmediato valor normativo, el refe-

rido texto constituye el punto de partida de nuestro sistema inmobiliario y su consulta es obligada para el estudio o interpretación de los problemas relativos al Registro de la Propiedad. Tan importante nos parece, que nos permitiríamos recomendar a la Editorial Aranzadi su inclusión en una próxima edición de este mismo tomo. En cuanto al Registro Mercantil, y ya que se inserta su Reglamento organizador, hubiera sido conveniente publicar también las leyes de, S.A. y de R.L., o al menos aquellos de sus artículos de más obviada referencia al tratar del Registro Mercantil, que no son pocos. Así se facilitaría la consideración legal unitaria de esta institución, de la misma forma en que se justifica la inclusión de los pertinentes artículos del Código de comercio.

El libro que comentamos tiene un valor sintomático que nos complace en subrayar: recoge en un solo tomo tanto las normas del Registro de la Propiedad, como las del Mercantil (1). Se viene a reconocer así implícitamente la necesidad de su estudio y su consideración unitaria; realidad hondamente sentida y fervorosamente deseada por los estudiosos del Derecho registral. A pesar de recaer sobre realidades sociales distintas, de ser diverso su fundamento y de no parecer aun susceptibles de tratamiento homogéneo ambos tipos registrales —al menos para la generalidad de la doctrina— su estudio conjunto tiene dos ventajas. Una, de orden práctico, de tener reunida la reglamentación de ambos Registros, muchas veces conexa, otras complementaria, y siempre funcionalmente a cargo de las mismas personas: los Registradores de la Propiedad, que son, al mismo tiempo y según su destino respectivo, Registradores Mercantiles. Otra ventaja, mas teórica y sustantiva, en cuanto que el estudio conjunto de ambos Registros puede ayudar a la construcción de un Derecho registral unitario, concebido como instrumento técnico al servicio de una mejor comprensión de los problemas registrales. Pocas tareas más necesarias en este sector del Derecho. El Derecho registral así configurado como visión unitaria de la publicidad registral —en la medida en que esta pueda ser lícitamente obtenida—, habría de abarcar originariamente los tres Registros de naturaleza privada: Registro civil, Mercantil y de la Propiedad, comprendiendo en éste, su doble versión inmobiliaria y mobiliaria. Pero dada la dificultad de tan amplia generalización, el estudio habría de iniciarse al menos tratando de armonizar —o contraponer en su caso— el Registro de la Propiedad y el Mercantil. Preocupación unificadora de que ya se ha hecho eco, con diversa fortuna, no solo la doctrina y alguna colección legal en circulación, sino también los redactores del vigente Reglamento de Registro Mercantil. En este sentido de aproximación y estudio conjunto de ambas formas registrales, decíamos que nos parece sintomático y digno de elogio el plan del libro de Aranzadi.

Desde el punto de vista de la estructura, en cambio, el libro que comentamos adolece de un defecto. Para su ordenación parte de las diversas clases de hipoteca —inmobiliaria, mobiliaria y naval— en vez de los distintos tipos de Registro. Se incluye así al Reglamento de Registro Mercan-

(1) Igual contenido tiene el libro de *Leyes Hipotecarias* de Aguilar, donde también se recoge la Reglamentación del Registro Mercantil.

til dentro de la segunda parte destinada a la hipoteca mobiliaria, lo cual parece incongruente porque el Registro Comercial ni es sólo de muebles, ni mucho menos se limita a las hipotecas. En cambio quedan fuera de su sección materias tan mercantiles como la aeronave y su garantía. Quizá hubiera sido mejor distinguir sistemáticamente entre Registro de la Propiedad y Mercantil. El primero con su dos versiones mobiliaria e inmobiliaria. Y llevar luego a una misma sección todo lo relativo a la publicidad registral y tráfico mercantil, ya sea hipotecaria, ya se refiera a personas o cosas comerciales. Aunque se trate de una apreciación puramente formal y sin importancia, no deja de ser reveladora de un esquema mental.

El volumen se cierra con dos índices: uno cronológico de disposiciones recogidas, y otro alfabético por conceptos, ampliamente desarrollado; ambos muy útiles para el manejo de tan numeroso repertorio. Se inicia con una referencia bibliográfica de algunos de los principales libros y artículos de revista, relativos a la materia acotada. La edición es correcta. El tamaño de las páginas, algo pequeño en comparación con el amplio número de hojas. El tomo hubiera resultado menos grueso con páginas de mayor superficie impresa, si bien ha debido seguirse el modelo de otras monografías legislativas de la misma Editorial. Las tapas, en plástico flexible, resultan quizá excesivamente endebles para albergar tanta página. Por lo demás, y dado su amplio contenido, las notas de jurisprudencia no son muy abundantes.

En resumen, un libro de extensa información legislativa sobre temas de Registro, que puede ser muy útil a los que de alguna manera se enfrenten con sus problemas jurídicos, y particularmente, a los especialistas, profesional o doctrinalmente, en esta materia. Como todos los repertorios, tiene el riesgo de quedar pronto superado por la promulgación de nuevas disposiciones. Confiamos en que la propia Casa editora haga posible su impresión en futuros cuadernillos, para seguir manteniendo al día la legislación recopilada.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA.

BATLLE, Manuel: «Estética y Derecho». Murcia, 1961-1962. Separata de la obra homenaje al profesor Cayetano de Mergelina. Un folleto de 14 págs.

Una contribución digna de darse cuenta, a los juristas en general, y a los civilistas en particular, es esta del ilustre profesor Batlle sobre *Estética y Derecho*. Sólo si se sale de la «bruta especialidad», como diría Ortega, se alcanza una fina y completa formación jurídica. La aportación del profesor Batlle está en esa línea para hacer comprender la necesidad de preocuparse por el instrumental a manejar, y de la belleza que debe imprimirse al utilizarlo, para lograr que el Derecho adquiriera un rango de ciencia tanto en su rigurosidad en el decir como en el de actuar el hombre de leyes, ya sea legislador, intérprete o ejecutor. En una palabra, que el

jurisprudente realice su tarea atendiendo a la máxima que el autor nos pone en boca de Sáinz de Andino: que haya propiedad legal, filosófica y gramatical, así como también en el gusto, claridad y armonía; en una palabra, nos dirá el profesor Batlle, que la belleza sea objeto del Derecho.

Esta interesante contribución revela la finura de espíritu que este autor posee y es necesario que su pensamiento quede bien prendido de todos los que cultivan el campo del Derecho. Las ideas del profesor Batlle quedan sistematizadas del siguiente modo: unas consideraciones preliminares sobre la belleza y Derecho, la confusión de conceptos universales y los aspectos del Derecho en que la belleza se manifiesta; una segunda parte está dedicada a la belleza que contiene la norma jurídica; la tercera parte habla de la belleza en las manifestaciones externas del Derecho, concluyéndose con una cuarta sobre la belleza como objeto del Derecho, especialmente al considerar los preceptos jurídicos que responden directamente a la idea de belleza y a los preceptos que sin ir encaminados a la protección artística son dictados ante la consideración de lo bello.

JOSÉ BONET CORREA

BIGIAVI, Walter: «Difesa dell' «imprenditore occulto». Cedam, Padova, XIV + 314 págs.

El empresario oculto, uno de los grandes temas del Derecho privado contemporáneo, está íntimamente unido, desde hace casi tres lustros, al nombre del profesor Walter Bigiavi. A él ha consagrado la mayor parte de su esfuerzo intelectual desde la publicación de su importante artículo «Società occulta e imprenditore occulto», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1949, polarizando en torno a sí, una polémica que ha visto empeñados los nombres más brillantes de la vigorosa doctrina italiana contemporánea.

No es posible seguir aquí puntualmente una pugna dialéctica de las más vivas de los últimos tiempos. Debe recordarse, sin embargo, como punto de referencia obligado para situar la «difesa» de hoy, su aportación de conjunto sobre *L'imprenditore occulto* (Padova, 1954, VIII + 236 págs.), que calificamos en estas mismas páginas (VII, fasc. III, p. 895) de obra madura y juvenil, reflejo fiel de un personal estilo de vida, combativo, polémico, exigente, intransigentemente justo hasta sus últimas consecuencias. Casi diez años después, encontramos inmutada la juvenil fuerza polémica, agudizado, quizás, su duro temple de lógico tenaz e inflexible, del que es difícil encontrar parangón en el mundo de la actual dogmática jurídica.

Apuntemos que todo el edificio de Bigiavi se apoya firmemente sobre un solo precepto de la ley de quiebras italiana, que alguien ha calificado irónicamente de «punta di spillo» y en el que nuestro autor ve el punto de emergencia de toda una nueva tendencia. Este precepto, básico en toda la economía del sistema, es el par. 2, artículo 147 I. fall.: «si después de la declaración de quiebra de la sociedad resulta la existencia de otros socios ilimitadamente

responsables, el Tribunal debe declarar la quiebra de los mismos». La norma se refiere expresamente sólo a los socios ocultos de responsabilidad limitada de una sociedad manifiesta, pero no hay razón para dejar de aplicar el mismo principio a los socios ocultos de sociedad oculta. La responsabilidad del socio frente a terceros, deriva de la asunción de los riesgos de la empresa, no de la utilización del propio nombre. La solución sancionada *expressis verbis* por el artículo 147, par. 2, para el socio oculto de sociedad manifiesta, debe aplicarse por analogía, además al socio oculto de sociedad oculta, cuya quiebra implica también la de la sociedad efectiva titular de la empresa. A la misma solución debe llegarse para el empresario individual oculto, cosa lógica si se piensa que la sociedad oculta quiebra como empresario, no como socia. Si responde el socio oculto de sociedad manifiesta, no hay ninguna razón para que no responda también el socio oculto de sociedad oculta y por esto también la sociedad oculta de todo empresario oculto en general. Para negar esta conclusión sería necesario negar en su base el procedimiento mismo de la analogía. Para Bigiavi quienes niegan en el campo exegetico la responsabilidad de la sociedad oculta (y por tanto también del empresario oculto), no logran dar con argumentos con los que superar el fatal par. 2 del artículo 147 l. fall. Ni tienen mejor fortuna en el campo sistemático quienes buscan apoyo en el artículo 1.705 Código civil, que consagra la norma fundamental en materia de mandato sin representación, en cuanto tales principios no pueden valer en nuestro campo. Es más, precisamente la doctrina del empresario oculto revela plenamente la insuficiencia de la doctrina de la representación indirecta (basada sobre principios romanísticos), necesitada de reforma, de aproximación a los principios del *common law*.

Es importante poner de relieve que frente al sistema unitario del viejo Código de comercio, que basaba la responsabilidad en la utilización del propio nombre, como requisito necesario y suficiente, a partir de 1942 impera un doble criterio, jurídico-formal para el empresario manifiesto, jurídico-sustancial para el empresario oculto.

Tales ideas, en el centro de importantes decisiones, encontraron favorable acogida en la jurisprudencia, primero de los Tribunales de instancia, después de la Casación, ofreciendo un ejemplo claro del posible valor orientador de la doctrina. Sin embargo, no por ello dejó de suscitarse una de las polémicas más tenaces y apasionadas de la ciencia jurídica italiana contemporánea. La pugna de posiciones de escuela y aun de temperamento creó una situación confusa en la que resultó pronto difícil orientarse, seguir el hilo de los argumentos sin perder la perspectiva del conjunto.

Quien tenga la fortuna de conocer al Prof. Bigiavi no habrá podido, ciertamente, imaginario, impasible, lejano y desinteresado, en medio de la tempestad desencadenada por sus doctrinas. Las ideas, le hemos oído en más de una ocasión, son como los hijos; no basta con traerlos al mundo, es necesario también apoyarlos y defenderlos.

Lo escribe ahora: «las doctrinas jurídicas necesitan ser constantemente defendidas si se quiere asegurar su éxito práctico» (p. 5) y aun declara sentirse en el deber de sacrificarse, de intervenir *coûte que coûte*, de hablar

al menos una vez para intentar eliminar aquel residuo de incertidumbre que todavía queda a los jueces (p. 6). Así se explica que, después de diversas intervenciones en artículos de revista, en los que ha perfilado y aun modificado aspectos marginales de su construcción haya querido afrontar *ex novo*, unitariamente, la compleja mole de críticas para evitar repeticiones inútiles, perfeccionar argumentos y poner a punto posiciones. En este clima que hay que tener bien presente para centrar este libro sorprendente, tras el dolor de un largo parto, ha nacido esta brillante «difesa», libro polémico, como el que más, agudo, cortante como habrán experimentado no pocos en sus propias carnes, increíblemente informado. Defensa realizada con la soltura de quien conoce bien el terreno que pisa, pero con el empeño proporcionado al número y a la tenacidad de un enemigo a menudo bien pertrechado. De la dureza de su defensa dan cabal idea las abundantísimas notas a pie de página, a las que Bigiavi, con «paciencia de cartujo» (p. 7), ha ido dejando caer, a lo largo de tres contraataques —tantas han sido las veces consecutivas que el libro ha sido rehecho—, argumentos que no han resistido, arrastrando a veces a sus propios autores, con un prurito de perfección visible en todo momento, desde la pulcra redacción de cada párrafo, la exactitud en las mil citas y remisiones hasta la corrección de pruebas y compilación de índices. Impresiona pensar en el tiempo precioso consagrado, incluso a estos aspectos, considerados secundarios y frecuentemente descuidados, por uno de los primeros mercantilistas europeos en la plenitud de su fuerza creadora. Uno de tantos aspectos en que la obra adquiere valor ejemplar, punto de meditación para tanto apresurado de nuestros días. El autor tiene, pues, razón más que sobrada para sentirse «literalmente saturado» del tema, sin arrestos para volver sobre él, aunque no le falten para prometernos un ensayo sobre el «socio tirano», con el que completará el cuadro de un importantísimo sector hasta ahora de contornos poco precisos y de un interés siempre creciente.

Valor también ejemplar tienen los aspectos metodológicos de la obra. Pocas son las declaraciones teóricas, pero seguidas puntualmente en cada momento. Toda la obra es en sí misma un ejemplo vivo de aplicación práctica de un método rigurosamente inductivo, basado en un paciente y agotador trabajo de selección y análisis de todos los datos posibles de los que el autor pueda extraer la «ratio», el criterio que ha inspirado el legislador, excluyendo toda concesión a sus posibles criterios apriorísticos. Precisamente, por basarse en criterios apriorísticos del intérprete, no entiende operante la crítica basada en la consideración de que admitiendo la responsabilidad de la sociedad oculta y de los socios ocultos se vienen a favorecer los acreedores sociales, en perjuicio de los acreedores particulares de los socios ocultos, porque, aun cuando la observación es exacta, a estos efectos, es irrelevante. Estamos ante un problema de política legislativa, nos dice, de exclusiva competencia del legislador, que precisamente, aceptando o rechazando la teoría del empresario oculto quiere dirimir en un sentido o en otro el conflicto entre las dos categorías de acreedores, o, si se prefiere, significa resolver en un sentido o en otro un problema de justicia distributiva. Bigiavi adopta una postura metodológica que el mismo califica de «relativística» (p. 61, n. 32), que ya está en la base de sus primeras apor-

taciones en este campo: el intérprete deberá considerar en cada caso cuál sea la solución acogida en un determinado ordenamiento y en un determinado momento. La responsabilidad del empresario oculto no constituye una necesidad inevitable, es una solución que puede ser acogida o rechazada por el legislador, según la *ratio* en que se inspira.

Este planteamiento dualista justifica el sometimiento a la quiebra de los socios ilimitadamente responsables en cuanto son empresarios: empresario directo la sociedad, indirectos de la misma empresa, los socios ilimitadamente responsables.

Es un error afirmar que el empresario indirecto deba estar sometido absolutamente a la misma disciplina del empresario directo, pero esto no es un obstáculo para que el empresario indirecto sea un empresario en sentido técnico y como tal sometido a quiebra cuando desarrolle una actividad comercial por el trámite del empresario directo (p. 86). Esta es la razón por la cual los socios ilimitadamente responsables quedan sometidos a la quiebra aun cuando titular de la empresa sea la sociedad.

Merece también especial mención la amplia utilización del método comparado, que le permite afirmar que la investigación histórico-comparada demuestra del modo más evidente que todas estas posiciones están ligadas entre sí y exigen una solución unitaria en un sistema que pretende ser coherente. En particular, del examen minucioso de la «société de fait» y del «commerçant par prête-nom» el autor, saca amplio provecho para confirmar sus propios puntos de vista, ya que en Francia, a pesar de una legislación implícitamente contraria y de los graves obstáculos derivantes de las normas sobre las «sociétés de fait» y sobre la «société en participation», la extinción de la quiebra del comerciante oculto está, desde hace tiempo, pacíficamente admitida, así como son siempre más frecuentes los casos de extensión de la quiebra al socio o a los socios ocultos. También para España deduce de escritos recientes la admisibilidad de la responsabilidad de la sociedad oculta y del empresario oculto y apuntada la situación de la materia en Alemania e Inglaterra, concluye que «la responsabilidad de la sociedad oculta y del empresario oculto es un dato de hecho en todos o en casi todos los países del mundo, aun en aquellos cuya legislación no ofrece una base cierta de solución» (p. 298).

La doctrina del empresario oculto no carece, por lo demás, de peligros e inconvenientes, especialmente en la práctica de los Tribunales ante los cuales puede ser un expediente hábil para reducir el pasivo de la quiebra. El propio Biglavi, en la monografía citada, los había ya apuntado, reconociendo ahora, una vez más, que tales inconvenientes son «graves», o, más exactamente «gravísimos» (p. 11), pero observa, justamente, que para ser coherentes se deberá pedir la derogación del artículo 147, par. 2, 1.ª fall. en vez de limitarse a lanzar dardos contra la sociedad oculta y contra el empresario oculto (p. 13). Pero observa, justamente, que tales inconvenientes o ciertas deformaciones de la práctica no podrán ser base suficiente para negar la responsabilidad de la sociedad oculta o del empresario oculto en general, ya consagrada por la jurisprudencia en gran medida predominante.

La obra, de una fuerza polémica extraordinaria, está llena de puntos

de vista interesantes. Aquí, sin embargo, no hemos podido reflejar más que sus aspectos esenciales y nos daríamos por satisfechos si a través de nuestra rescensión quedara clara la importancia y el valor ejemplar que atribuimos a una obra que está llamada a tener amplias repercusiones.

EVELIO VERDERA Y TUELLS,
Catedrático de Derecho Mercantil.

GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, M.: «Manual de servidumbres». Barcelona, s. a., segunda edición, aumentada, con un prólogo de Blas Piñar. Ediciones Nauta, S. A. Un volumen de 171 págs.

El éxito de esta obra sobre servidumbres, al llegar a su segunda edición, se debe al sentido práctico y elemental que su autor le imprimió a la materia que, por cierto, no es de las más sencillas en el tratado de los derechos reales.

Ilustrada con dibujos y ejemplos, el autor consigue poner en orden el cúmulo de servidumbres que se establecen en la vida de relación jurídica, al alcance y comprensión de no especializados en la materia. Así, en un primer capítulo, se exponen la teoría general de las servidumbres, su concepto y caracteres y las clases de servidumbres existentes. Un segundo capítulo se refiere al contenido del derecho de servidumbre, los elementos que la integran, la capacidad para la constitución y adquisición, los derechos y obligaciones del titular de la servidumbre y la extinción de las mismas. El capítulo tercero trata de las servidumbres en particular, con especial dedicación a las servidumbres naturales de la Ley de Aguas. El capítulo cuarto, bajo el mismo título que el anterior cualifica específicamente las servidumbres legales del Código civil (de paso, medianería, luces y visas, desagüe y distancias para plantaciones y construcciones), concluyéndose la obra con el capítulo quinto, al tratar de otras servidumbres legales (paso de corriente eléctrica, aéreas, de salvamento y vigilancia de litoral, zona de protección radiodifusora, así como las servidumbres de la Ley de Montes y de la Ley de Minas).

En definitiva, una obra de gran sentido práctico y puesta al alcance y comprensión del gran público.

JOSÉ BONET CORREA

LUCAS FERNANDEZ, F.: «La servidumbre predial de paso en el Derecho civil común español. Murcia, 1962. Publicaciones del Seminario de Derecho Privado. Un volumen de 230 págs.

El derecho real de servidumbre no es de los más estudiados en la doctrina civilista española, aunque actualmente haya empezado a ser un

tema más cultivado, como lo demuestran los estudios de Sancho Rebullida, Casals Coldecarrera González-Alegre, Melón Infante y Castro Pérez, por citar los más importantes. Esta actualización del estudio de la servidumbre obedece a ciertos imperativos de la intensa vida de relación jurídica que el nuevo desarrollo social de la propiedad adquiere en nuestros días y hace más penetrable la esfera de actuación de los demás en el ámbito de exclusividad del individuo.

Con el estudio de Lucas Fernández tenemos una contribución importante a una modalidad concreta de las servidumbres prediales la de paso. Su obra trata de precisar el fundamento y contenido de esta servidumbre desde una visión teórica y práctica y en el ámbito del Derecho civil común español, si bien toma en cuenta la doctrina francesa e italiana sobre la materia; es lástima que no se maneje directamente la doctrina germánica (alemana y suiza) que ha matizado luminosamente las servidumbres con estudios fundamentales.

El presente estudio, nos dice el propio autor, pretende concretarse al examen de esta modalidad de servidumbre, no sin antes haberse referido a la noción o concepto de servidumbre y sobre la distinción de algunas de ellas para lograr una adecuada comprensión del tema. En cambio, excluye el estudio de los diversos «pasos» accesorios de otras servidumbres a que tienen derecho los titulares activos de éstas conforme a diversos preceptos del Código civil (arts. 555 y 556) y de la Ley de Aguas (art. 92), ya que no se trata, las más de las veces, que de *adminicula servitutis*, es decir, de los derechos necesarios para el uso de la servidumbre y que no merecen un tratamiento especial, puesto que su existencia quedaría asegurada por imperativo de la norma general del artículo 542 del Código civil, según ya reconoció la jurisprudencia romana.

Después de una introducción, este estudio se divide en nueve grandes apartados, en donde se hace un examen muy completo de la servidumbre de paso, su naturaleza jurídica, su fundamento, su evolución histórica, sus modos de constitución, su contenido, su extinción y las servidumbres de andamiaje y las llamadas de paso para ganados.

Entre los modos de constitución de las servidumbres se menciona el llamado por signo aparente, que el autor denomina «constitución automática». En primer lugar, al referirse al origen se advierte una imprecisión al citarse a Biondi como seguidor de Simoncelli, para concluir que fue Bártolo el modelador de este modo adquisitivo de las servidumbres. Efectivamente, son los glosadores y postglosadores quienes toman en consideración este modo constitutivo de las servidumbres de los textos romanos fundamentándose en la voluntad tácita del testador (derivada del estado de hecho con causa permanente y del silencio del testador) para concluir la llamada «destinación del padre de familia». Bártolo fue su principal autor, pero no fue Biondi quien demostró esto ni tampoco sigue a Simoncelli, ya que este autor sostuvo tal modo constitutivo de las servidumbres como de origen justiniano. Fueron Ruggiero y Bussi quienes comprobaron que se trataba de una modalidad constitutiva de las servidumbres nacida en el Derecho común, pues Perozzi y Solazzi investigaron que era ignorada en el Derecho justiniano, según pudimos analizar de nuevo en las fuentes

clásicas y justinianas (1). Tampoco se puede hablar de «constitución automática»; la adjetivación carece de rigor jurídico, ya que la servidumbre presupone una situación objetiva de servicio entre los fundos y una configuración normativa; al no tratarse de una constitución legal, dado el carácter dispositivo de la norma que regula este modo constitutivo en el artículo 541 del Código civil, no puede darse ningún «automatismo», al resultar consecuencia de unos hechos y actos llevados a cabo con una destinación concreta de establecer un servicio. No debemos olvidar que el ordenamiento es un instrumento de la configuración de la voluntad humana para concederle un cierto libre albedrío o para dictarle unos preceptos; y el artículo 541 al ser una norma dispositiva toma en cuenta aquella voluntad para concluir con las consecuencias objetivas que se derivan de la misma. En una palabra, que la norma ante los presupuestos objetivos derivados de una situación subjetiva, conformadora del servicio, concluye el que puedan las partes decidir el nacimiento de la servidumbre, tácitamente, en base a los *facta concludentia* (situación objetiva concluyente), o expresamente, para el caso de rechazar su constitución. Por lo tanto, no es la ley quien impone la servidumbre, sino una concreta actuación de las partes, sea con anterioridad o al afirmar o negar con posterioridad. Es falsa la conclusión de que por falta de cultura jurídica las partes no habrán reparado en las consecuencias de su silencio y de que ni siquiera habrá conciencia de que éste provocará la entrada en juego del artículo 541 del Código civil. Esto último es posible que le ocurra al más letrado, pero lo que es indudablemente cierto es de que a ningún campesino se le escapan las consecuencias y transcendencia de un paso, como a ningún jurista se le olvidan las consecuencias del silencio ante una situación de derecho. Cualquiera propietario rural, sea culto o inculto, sabe muy bien que el mero hecho del hábito de un paso o el establecimiento de un signo que así lo aparente es algo muy importante tanto si le puede favorecer o perjudicar; la apariencia del servicio (indiferentemente que sea tal, o una servidumbre) es algo tan real que jamás le pasa desapercibido al hombre del medio rural, máxime si tiene algún interés por la finca que lo soporta. Tampoco le pasa desapercibida a un jurista una situación de silencio en una relación jurídica, ya que es doctrina comunmente aceptada y universalmente conocida de que «el que calla no dice nada; pero el que calla debiendo y pudiendo hablar y no habla, otorga». Es la doctrina de los *facta concludentia* o de los actos tácitos de voluntad generalmente aceptada por la teoría del negocio jurídico. Así lo confirma la tradición romanista hasta la quiebra actual de la ley por el exceso de su poder, anulador de la voluntad personal, donde cabe se vea por los partidarios de esta postura legalista una ficción creadora de la misma servidumbre en el artículo 541; posición equidistante de la voluntarista, pero no extraña como es la de suponer un «constitución automática», perteneciente al mundo de las máquinas,

(1) Cfr. BONET CORREA: *Sobre la supuesta constitución tácita de las servidumbres en las fuentes jurídicas romanas*, en "Anuario de Historia del Derecho", XIX (1948-1949), 304 ss., estudio tomado en cuenta por BIONDI: *Istituzioni di diritto romano*. Milano, 1952, pág. 277 n. 39, y KASER: *Das römische Privatrecht*, I (München, 1955), 373 n. 33.

fuera de ese otro mundo del deber ser jurídico, y donde la huella del hombre es tan sólo indirecta y queda a merced de los simples elementos biológicos de la naturaleza.

Nuestra pequeña discrepancia en este punto al autor de esta obra no pretende restar la importancia que tiene este estudio sobre las servidumbres de paso, profundo y documentado, sino tan sólo salir al paso de una objeción que se nos hace y dar los fundamentos en que nos basamos para mantenerla, al objeto de proyectar luz sobre esta materia.

JOSÉ BONET CORREA

Investigador Científico del C. S. I. C.

MARTY, Gabriel y RAYNAUD, P.: «Droit civil. II-1 Les obligations». París, 1962. Editorial Sirey. Un volumen de 927 págs.

Este segundo volumen sobre las instituciones del Derecho civil, de los profesores aMarty y Reynaud, se dedica a la parte correspondiente a las obligaciones. Se trata de una obra magistral que tiene una doble condición: su amplitud de visión en alcance y su brevedad y concisión en la exposición de las materias. En menos espacio no se puede reunir un tratamiento tan completo y exhaustivo de los temas, tanto en lo que se refiere a su problemática como a su instrumentación.

Este tomo dedicado por completo al estudio del Derecho de obligaciones plantea y resuelve una serie de cuestiones de la vida de relación jurídica que en la hora actual nos impone con un marcado predominio de la Administración, de la Economía, así como de un sentido casuístico de los negocios jurídicos. De gran interés es este volumen correspondiente a las obligaciones, una de las partes más evolucionadas de la problemática del Derecho civil contemporáneo.

La documentación que esta obra contiene tiene un interés evidente para el civilista actual; se reúne una trabada síntesis jurisprudencial, que de la base real de las construcciones jurídicas de esta obra, así como las contribuciones teóricas más importantes producidas en la doctrina francesa, que revelan el grado de conocimiento y elaboración alcanzado en esta materia.

Por su tratamiento esmerado destacan las puntualizaciones dedicadas al contrato, al acto unilateral y colectivo, así como el tema (siempre de preferencia francesa) de la responsabilidad; también destacan las cuestiones referentes al pago y las influencias que el mundo económico aporta a la doctrina tradicional, como el control de cambios y sus repercusiones en el ámbito nacional e internacional.

En definitiva, una obra de Derecho civil fundamental que sigue la línea de los grandes tratados de la civilística francesa e imprescindible hoy para un exacto conocimiento de la actual vida jurídica de la nación gala. De la finura jurídica y gran autoridad de estos dos maestros, no es necesario hablar, dado su conocido y universal magisterio.

JOSÉ BONET CORREA.

MULLER-FREIENFELS, W.: «Ehe und Recht». Tübingen, 1962. Editorial J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Un volumen de XVI + 326 págs.

Para el profesor Müller-Freienfels pocas cuestiones son tan diversamente tratadas en el correr de los tiempos como lo es el problema del tratamiento jurídico del matrimonio. Y es que para este autor, el matrimonio, en su pleno sentido de la palabra, debe tener en sus relaciones un reconocimiento completo por el Derecho. Tanto la concepción individual del matrimonio, como la colectiva, la liberal o la social reconocen para su desenvolvimiento la necesidad de un ordenamiento jurídico; es más, para este autor, sin tal reconocimiento normativo no existe ningún matrimonio.

Si el matrimonio fuese tan sólo una ligazón íntima, su ley sería el amor como fin propio; por eso cree que el matrimonio es mucho más. Al matrimonio pertenece una concepción ético-social que contiene un reconocimiento jurídico; de aquí que el matrimonio, frente a las demás relaciones «irregulares» de hombre y mujer, adquiera una posición especial, que el Derecho mundial distingue y protege. Para Müller-Freienfels existe una diferencia esencial entre el matrimonio y las libres relaciones carnales en base a la protección del poder estatal que da el Derecho, pues el matrimonio es otra cosa que la unidad biológica social de la familia.

La obra se compone de una introducción y de dos partes fundamentales. En la primera se estudian los tipos históricos del matrimonio, como el de la Roma clásica, el canónico de la Edad Media y el de la ilustración o estado policía. Otro capítulo se dedica a los tipos actuales en el Derecho matrimonial de la realidad y ética sociales, especialmente con una amplia referencia a la concepción matrimonial en cuanto institución; un capítulo más se refiere al matrimonio en la práctica y en la teoría soviética.

La segunda parte de esta obra la dedica el autor al Derecho matrimonial positivo, donde se tratan las cuestiones sobre amonestaciones, el matrimonio nulo y el anulable, el derecho de decisión del marido, el Derecho penal usual del matrimonio, impedimentos matrimoniales, el matrimonio civil, el divorcio según la voluntad de las partes, principios de culpabilidad y fundamentos del divorcio, las consecuencias del divorcio y la separación, el proceso matrimonial, posibilidades y necesidades de la legislación matrimonial, normas sobre el divorcio, diagnóstico y curación del matrimonio defectuoso y enfermo, el juez de familia, los consejos matrimoniales y el factor tiempo como ayuda al Derecho matrimonial.

JOSÉ BONET CORREA.

ROTONDI, Mario: «Istituzioni di Diritto privato». Séptima edición. Milano, 1962. Librería Aurelio Parainfo. Un volumen de XIV + 730 págs.

El ilustre jurisconsulto italiano ofrece ahora su séptima edición de las «Instituciones del Derecho privado» italiano; una obra que tuvo su origen en el curso 1925-26. Como puede comprenderse, se trata de un estudio de

larga experiencia y de esmerada elaboración; sin embargo, no es una obra de grandes dimensiones; nacida para la Universidad, destinada a sus alumnos, se mantiene con ese carácter de obra de iniciación y pedagogía. Sin embargo, no por ello puede decirse que estemos a un manual simple o elementalísimo; muy por el contrario, se trata de una obra de síntesis, de exposición institucional clara y de altura. La brevedad, en aras de la sencillez y claridad en la exposición de los temas, logra que el alumno sepa distinguir lo que es fundamental, esencial, especialmente de las instituciones en su sentido normativo, de lo que es accesorio o meramente informativo, como ocurre con la gama de interpretaciones doctrinales de excesivo sabor personal, que pueden distraer al alumno de un recto sentido de la misma.

El autor piensa que en un ciclo breve, como es el de la explicación de cincuenta lecciones, hay que llevar al alumno un instrumento conciso, aunque suficientemente completo, que le proporcione una visión certera del campo de estudio.

Se ha dicho de este autor que hay que encuadrarlo entre aquellos que cultivan la escuela conceptual o *Begriffsjurisprudenz*. El mismo sale al paso de esta crítica al decirnos que, si bien da importancia fundamental a ciertos conceptos sistemáticos, no por eso abandona la jurisprudencia de intereses; si bien cree necesarios los conceptos también hay que resolver los conflictos de intereses —previstos o no en las normas—, por lo que sin desatender las normas positivas y su sistema dogmático, limite a la libertad del intérprete, debe estarse a la solución de aquellos intereses.

La obra de Rontondi comprende el clásico conjunto de materias del Derecho civil según la división pandectista: parte general, derechos reales, obligaciones y contratos, el derecho de familia y el de sucesiones. Al unificarse en Italia el Código mercantil con el civil en 1942 se integran aquellas materias que antes aparecían separadas. Resulta, pues, una obra de conjunto del Derecho privado italiano, escrita por un maestro veterano en las lides de la enseñanza universitaria, de cuya lozanía habla bien claro esta séptima edición.

JOSÉ BONET CORREA

SECCION DE DERECHO AERONAUTICO DEL INSTITUTO «FRANCISCO DE VITORIA». «Comentarios a la Ley española de navegación aérea de 21 de julio de 1960». Madrid, s. a., Ministerio del Aire y Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Un volumen de XXIV + 235 págs.

Con el impulso y entusiasmo de nuestro mejor especialista del Derecho aéreo, el jefe de la Sección de Derecho aeronáutico del «Instituto Francisco de Vitoria», Tapia Salinas, aparecen estos *Comentarios* a la Ley nueva sobre la navegación aérea española. El cuadro de colaboradores (Herrera Esteban, Gómez Jara, Rego Fernández, Vinlegra, Serrada, Lostau, Fernández-Trapa Salvador Monge, Rubio Tardio, Alvarez Romero, Fernández

Quintanilla, Fernández-Vegue, López Medel y Mopelli), aunan la labor realizada en estos magníficos comentarios, los primeros a esta importante Ley.

Ante todo queremos destacar la presentación de esta obra realizada por el jefe de la Sección, en donde se hace un estudio crítico-analítico de la Ley, donde se da una visión perfecta de su alcance y contenido. Después de referirse a mostrar cómo se trata de una regulación nueva, que cambia de criterio respecto al anterior proyecto y Ley de Bases, se califica esta Ley de sistemática y poseedora de un sentido general. Después, se expone una evolución de la legislación aeronáutica en España, en la que una etapa inicial viene determinada por el Convenio de París de 1919, cuya influencia se advierte en nuestro primer Real Decreto de 25 de noviembre de 1919, de carácter general en la materia. Se verá seguido del período oportunista y circunstancial de la legislación republicana para entrar en una etapa de madurez con la creación en 1940 de una Comisión de Codificación Aeronáutica. Sin embargo, el tiempo que transcurrió desde el establecimiento de la Ley de Bases de la Navegación Aérea, de 27 de diciembre de 1947, hasta la promulgación de la presente Ley de 1960, se explica por las dudas de criterio, cambio de orientaciones, situaciones internacionales especiales, la espera de las repercusiones del Convenio de Chicago de 1944, así como otras varias. En el interregno, se ha visto aparecer una legislación casuística y oportunista (sobre aeropuertos, aeroclubs, policía de tráfico, accidentes de aviación, servidumbres aeronáuticas, correo aéreo y otras) que fueron llenando las primeras necesidades hasta la promulgación de la vigente Ley.

En cuanto al aspecto formal de la Ley de 1960 sobre navegación aérea, dice Tapia Salinas que se trata de un texto de los llamados de tipo medio, con sus 159 artículos, sin llegar a ser del tipo casuístico como el Código de la Navegación italiano, ni breve como la Ley Federal suíza, de mera declaración de principios. Es de corte clásico al tratar, en primer lugar, los presupuestos de la navegación aérea y continuar con los problemas derivados de la misma; no obstante, se advierte una notable desigualdad en la distribución formal de sus capítulos.

En cuanto a su contenido, domina el principio intervencionista o de dirigismo estatal (régimen de concesiones, permisos de tráfico, requisas, incautaciones, establecimiento obligatorio de seguros, etc.), si bien la preside un criterio de igualdad jurídica en las relaciones entre ambas partes contratantes y empresas y usuarios, sin que pueda pensarse en situaciones de privilegio. Incorpora los principios del Derecho aeronáutico más avanzados, como son la admisión de la responsabilidad objetiva en los accidentes de aviación (art. 120) e impone el seguro aéreo obligatorio (capítulo XIV). Sin embargo, se advierte una excesiva remisión a los reglamentos que han de dictarse para resolver las cuestiones que quedan pendientes, lo cual, dice este autor, tiene el peligro del retraso de su publicación o del olvido, con el inconveniente de dejarse incompleto el ordenamiento y la aparición de lagunas. En cambio, es de alabar el sistema de rigurosa especialidad, pues no se ven mezcladas otras materias que no sean exclusivamente aeronáuticas; pero, como muy bien señala Tapia

Salinas, hubiera sido necesario que la Ley contuviese un sistema de prelación u ordenación de fuentes supletorias, pues incita a confusiones y siembra dudas al remitirse a la legislación común. Su doble regulación, con predominio de la nacional podía haberse deslindado con más exactitud para que el ámbito internacional quedase mejor precisado.

En fin, estamos ante una obra de gran utilidad para todos los que cultivan, en especial, la materia del Derecho aéreo.

JOSÉ BONET CORREA.

REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER
y Carlos MELON INFANTE

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

BARBERO, Domenico: *Legge e costume nella disciplina dell'uso della strada*. RDDC, año VII, núm. 4, julio-agosto 1961, Parte 2.ª; págs. 429-440.

Ponencia leída al I Congreso Nacional (italiano) sobre automovilismo, en Milán, en mayo de 1960. Aspectos de la circulación en Italia, con ejemplos de disposiciones que parecen invitar a su no observancia. Necesidad de que la costumbre, en el ámbito de la circulación, sea una garantía del respeto a la ley.

FERRI, Luigi: *Antonio Cicu*. RDC, año LX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 1.ª; págs. 154-155.

Ha muerto Cicu en Bolonia en 8 de marzo de 1962. Aspectos esenciales de su personalidad humana y científica, con indicación de sus más significativas publicaciones en el campo del Derecho civil; en especial en materia de familia y sucesiones.

IRRI, Natalino: *I nuovi orizzonti del Diritto agrario francese*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 479-501.

En la creciente autonomía del Derecho agrario francés, en sus aspectos jurisprudenciales, doctrinales y aun legislativos, se observa que la nueva rama jurídica no nace de la crisis de la concepción tradicional de la propiedad, sino de la afloración histórica del concepto de empresa. Del Derecho civil como Derecho de la propiedad de la tierra se pasa al Derecho agrario como Derecho de la empresa rústica. Datos económicos, sociológicos, laborales y comerciales. Aspectos legislativos y contribuciones doctrinales.

ROTONDI, Mario: *Lodovico Barassi*. RDC, año LIX, núm. 3-4, marzo-abril 1961, Parte 1.ª; págs. 154-157.

Ha fallecido Barassi el 6 de febrero de 1961. Se ofrecen unas sentidas palabras sobre su significación y personalidad en el campo del Derecho privado y en el del Derecho del trabajo, a cuya autonomía científica tanto contribuyó, especialmente con su libro sobre «El contrato de trabajo en el Derecho positivo italiano», publicado en Milán en 1902. Otra nota necrológica en RDDC. Año VII. Núm. 3, 1961, 267-268, debida a Trabucchi.

TORRENTE, Andrea: *Panorama di Giurisprudenza della Cassazione*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 2.ª; págs. 472-489.

En los diversos órdenes (persona y familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones, empresa, trabajo, sociedades y proceso) se ofrece una reseña sistemática de la jurisprudencia de la casación italiana, relativa al primer cuatrimestre de 1961. La correspondiente al tercero, en RDDC, Número 2, 1962. Parte 2.ª, págs. 123-138.

2. Derecho de la persona

BRANCA, Giorgio: *Modificazioni statutarie nell' associazione non riconosciuta*. RDDC, año VIII, núm. 1, enero-febrero 1962, Parte 2.ª; páginas 89-96.

Haciendo aplicación del principio de que la asociación no reconocida viene en su vida regulada por los acuerdos de los asociados, entiende la sentencia de casación italiana de 4 de agosto de 1960 que en dicha asociación la voluntad totalitaria y unánime de los asociados puede disponer del bien común aun en contra de los estatutos. Semejante deliberación supone revocación de los mismos que entra en el poder dispositivo de la asamblea de asociados, así como la facultad de disponer la disolución de la asociación o de provocarla cediendo a u. tercero los medios indispensables para la consecución del fin común. Comentario.

CARIOTA FERRARA, Luigi: *Sulla definizione del negozio giuridico come esercizio di un diritto soggettivo o di una facoltà o di un potere*. RDDC, año VII, núm. 4, julio-agosto 1961, Parte 1.ª; págs. 321-331.

La tesis tradicional que concibe el negocio jurídico como manifestación de voluntad destinada a la producción de un resultado jurídico ha sido objeto de duros ataques en cuanto que no se preocupa de la ligazón de los actos con las relaciones; porque no se destaca exactamente la función de la voluntad y la de la ley; y porque no encuadra la voluntad negocial en la autonomía privada. Estas afirmaciones, no obstante su utilidad, no pueden, a juicio del autor, destruir la concepción tradicional. Fíjase la atención en primer lugar en la relación entre situación y acto; después se examina la concepción del negocio entendido como ejercicio de un derecho subjetivo (o de una facultad o de un poder), y por último se ve si y cómo se puede configurar la concurrencia de un poder y de un deber en la función del negocio.

PERSICO, Giovanni: *Sui poteri degli organi delle associazioni non riconosciute*. RDDC, año VIII, núm. 1, enero-febrero 1962, Parte 2.ª; páginas 84-89.

Comentario contrario a la sentencia de casación de 26 de abril de 1960, en la que se afirma que las asociaciones no reconocidas no constituyen sujetos autónomos de Derecho y, por tanto, ni la titularidad de las relaciones ni

el patrimonio corresponden a la asociación en cuanto tal, sino *uti singuli* a los asociados. La legitimación negocial de los administradores se encuadra en el esquema de la representación, más que en el de la representación orgánica. La extensión de sus poderes se determina en función de las normas generales sobre el mandato.

RESCIGNO, Pietro: *Immunità e privilegio*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 415-445.

Considerados en su originaria significación la inmunidad y el privilegio como excepciones del individuo al Derecho común que vale para todos los ciudadanos en razón de la clase social, o de la función, de la condición, del estado o de la cualidad de la persona, se ofrecen aspectos concretos de dicha inmunidad en el ámbito del Derecho privado. Inmunidad de los sindicatos, igualdad formal ante la ley y desigualdad de hecho, inmunidad y autonomía, contenido del concepto de inmunidad, aplicaciones concretas en los diversos órdenes del Derecho privado. Inmunidad y *status*, inmunidad de la Corona y del soberano, inmunidad judicial, inmunidad parlamentaria, inmunidad del clero y de los religiosos. Tratamiento distinto en orden a la confesión religiosa. Inmunidad de los militares, hospitales y propietarios. Inmunidad entre cónyuges y de los padres. Inmunidad en el orden económico.

3. Derecho de cosas

BARBERO, Domenico: *Il sistema degli articoli 1051 e 1052 C. c. nella determinazione del passaggio coattivo*. RDDC, año VIII, núm. 2, marzo-abril 1962, Parte 1.ª; págs. 103-110.

Posible desarmonía entre el artículo 1051 y el 1052 del Código civil italiano de 1942 en supuestos diversos de la servidumbre forzosa de paso. Mayor latitud del primero frente al segundo en los presupuestos y finalidad concreta del gravamen. Las normas no responden exactamente a lo dicho en la «Relazione» y eran, en cierto modo, más perfectas en la formulación del Código de 1865.

BIONDI, Biondo: *Servitù ed obbligazione*. RDC, año LX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 2.ª; págs. 106-111.

Tomando como motivo una sentencia del Tribunal de Nápoles de 31 de enero de 1961, que atribuye carácter real de servidumbre y no meramente personal a ciertos vínculos edilicios en las ventas de parcelas edificables, entendiendo el autor que, en el Derecho moderno, pudiendo el contrato dar lugar a servidumbre o a mera obligación, el criterio decisivo de distinción radica, en el supuesto concreto, en la voluntad de las partes. Es preciso investigar, a través de la interpretación, si se ha querido configurar la situación concreta como servidumbre o como mera relación obligatoria sin carácter real.

BRUNORI, Ernesto: *Costituzione di servitù da parte di un condomino*. RDDC, año VII, núm. 4, julio-agosto 1961, Parte 2.ª; págs. 404-413.

Comentario crítico a la sentencia italiana de casación de 3 de julio de 1959, en la que se declara que cuando un condómينو concede una servidumbre sobre el fundo común sin el consentimiento de los otros condómínos, la servidumbre no se constituye, sino que el adquirente se convierte en titular de un derecho real sui generis. Esta, como la de la obligación *propter rem*, es una cómoda vía que elude la interpretación verdadera del artículo 1.059 del Código civil: el concedente queda obligado a no poner impedimento al ejercicio del derecho concedido. La concesión de un condueño representa, pues, un simple impedimento material al ejercicio de la servidumbre misma, en tanto, con la concesión de los demás, no quede completada la hipótesis de hecho.

MANGINI, Vito: *Riproduzione fotomeccaniche e loro uso personale*. RDDC, año VII, núm. 4, julio-agosto 1961, Parte 1.ª; págs. 385-395.

Problemas jurídicos derivados de la fotocopia en relación con el derecho de autor. La legislación italiana (art. 68 de la Ley sobre el derecho de autor) permite la obtención de fotocopias de obras existentes en bibliotecas cuando sea para el servicio de éstas o para *uso personal* de quien la obtiene. Sentido e interpretación del uso personal. Concepción relativa o elástica del mismo.

4. Obligaciones y contratos

ANDREOLI, Giuseppe: *In tema di pagamento effettuato dal debitore principale non informato del pagamento già effettuato del fidejussore*. RDC, año LIX, núm. 9-10, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 362-370.

En el artículo 1.952 del Código civil italiano se determina que el fiador que paga sin notificarlo al deudor principal no tiene contra éste acción de regreso en supuesto de que dicho deudor también pague. Conserva acción de repetición contra el acreedor. Construcciones doctrinales en torno al precepto. El autor entiende que el mecanismo jurídico que ha venido a sustituir al de la cesión obligatoria, relativamente al derecho que surge para el deudor principal en relación al deudor accipiente, es un derecho potestativo de adquisición. Con su ejercicio el fiador consigue, *recta via*, prescindiendo de la colaboración del deudor principal, lo que, según las fuentes romanas era sólo conseguible con la realización del acto de transferencia *in obligatione* del deudor principal al fiador.

ASCOLI, Vito Jr.: *Sul rapporto tra giudicato penale di assoluzione e azione civile di danno*. RDDC, año VIII, núm. 2, marzo-abril 1962, Parte 2.ª; páginas 206-212.

La absolución del conductor de un vehículo sin permiso de conducir de la imputación de homicidio culposo por insuficiencia de pruebas sobre el nexo de causalidad psicológico equivale a absolución por insuficiencia de

pruebas sobre la culpa y no precluye, por tanto, la acción civil de resarcimiento del daño producido por la circulación del vehículo. Sentencia de casación de 9 de septiembre de 1961, favorablemente comentada, en relación con la cuestión en torno al nexo entre sentencia penal y acción civil.

ASQUINI, Alberto: *Contrattazione collettive e retribuzione sufficiente*. RDC, año LIX, núm. 5-6, mayo-junio 1961, Parte 2.ª; págs. 211-214.

Como línea de principio, entiende la Corte de Casación italiana (en sentencia de 22 de marzo de 1961), la inobservancia del artículo 36 de la Constitución puede dar lugar a denuncia de inconstitucionalidad incluso tratándose de convenios colectivos. Como consecuencia, los contratos individuales serán nulos en la parte que esté de acuerdo con el pacto colectivo inconstitucional. Entonces señalará el juez el salario que corresponda, en conformidad con el artículo 2.099 del Código civil. Problemas derivados de la tesis jurisprudencial.

CARNELUTTI, Francesco: *Errore o inadempimento?* RDDC, año VII, núm. 3, mayo-junio 1961, Parte 1.ª; págs. 259-260.

Aspectos varios del delicado problema de venta de obras de arte que, después de entregadas, no resultan ser del autor a que se atribuyen. Supuestos diversos. Incidencia de la circunstancia en la conclusión o en la ejecución del contrato; nulidad y resolución del contrato. Supuestos de error o de incumplimiento.

CARNELUTTI, Francesco: *Contratto di lavoro subordinato altrui*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 503-504.

Ley complementaria al artículo 1.655 del Código civil italiano, prohibiendo, en términos nada claros y muy confusos, la prestación de trabajo subordinado ajeno. Dificultades derivadas de la defectuosa expresión de la ley de 23 de octubre de 1960. No se quiere que un empresario pague a sus trabajadores 100, por ejemplo, y ceda el trabajo de los mismos a otro empresario por 120.

DE CUPIS, Adriano: *Usura e approfittamento dello stato di bisogno*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 504-509.

Sostuvo el autor que en la disciplina civil de la usura no es requisito el aprovecharse del estado de necesidad (art. 1.815, 2.º, C. c. italiano) a diferencia de lo que ocurre con la disciplina penal (art. 644 C. p. italiano) y con la civil de la lesión (art. 1.448 C. c.). Se fija ahora en las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales posteriores a su tesis.

DI SABATO, Franco: *Fideiussione e negozi di assunzione del debito altrui: criteri d'interpretazione*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 2.ª; págs. 490-502.

Asumción por una sociedad de responsabilidad limitada, a título gratuito, de una deuda personal de su administrador, con la obligación de

reembolso a cargo de éste. Es asunción y no fianza. Tribunal de Bari. Sentencia de 12 de diciembre de 1959. Criterios distintivos. Habiendo contra- prestación parece existir un indicio favorable a la asunción. Si no, será preciso averiguar a su vez si se da o no finalidad de garantía; en caso afirmativo el intérprete deberá orientarse por la fianza; en caso negativo por la asunción.

FENCHI, Francesco: *Sulla sussidiarietà dell' azione generale di arricchimento senza causa*. RDC, año LX, núm. 5-6, mayo-junio 1962, Parte 2.ª; páginas 121-125.

El carácter subsidiario de la acción general de enriquecimiento sin causa, expresamente señalado por el artículo 2.042 del Código civil italiano, es cuestión largamente debatida y objeto de dispares interpretaciones en la doctrina italiana. Se comenta elogiosamente la tesis de la sentencia de casación de 6 de junio de 1960, en la que se afirma que el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento da lugar a que no pueda ser ejercitada no sólo cuando haya otra acción proponible por el dañado contra el enriquecido, sino también cuando la acción sea ejercitable contra personas diversas que estén contractualmente obligadas. La tesis es consecuencia de aceptar la orientación de que la subsidiaridad despliega su eficacia por la mera existencia en abstracto de otra acción, siendo irrelevante su concreta posibilidad de ejercicio.

FUNAIOLI, Carlo Alberto: *Natura giuridica delle lotterie*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 446-467.

La lotería, autorizada, produce acción en juicio según el artículo 1.935 del Código civil italiano. Se encuadra a juicio del autor, al menos en esquema típico, en el cuadro conceptual de la apuesta, entendida ésta como cualquier postura de un bien o de una prestación con valor económico en base a un éxito esencialmente incierto. Son elementos de la lotería: a), convención autónoma de contenido patrimonial; b), determinación de ganadores y perdedores; c), pago anticipado de las posturas; d), relación abierta al público; e), autorización. Delimitación y significado de la figura.

GIRINO, Franco: *Su un caso di donazione e appunti in tema di presupposizione*. RDDC, año VIII, núm. 2, marzo-abril 1962, Parte 2.ª; páginas 179-190.

Constituye un caso de contrato atípico la dádiva de una suma en favor de una escuela de constructores (provista de personalidad), efectuada por una organización sindical que reclama, al deliberar la dádiva, la necesidad de que la escuela adecúe sus ordenanzas a las disposiciones de un contrato colectivo y a los esquemas que la propia organización sindical pondrá. Sentencia de 15 de julio de 1960 (Corte Ap. Milán). Comentario en torno al supuesto y en torno a la afirmación de que la presuposición de un estado de hecho o de derecho difiere de la causa del contrato.

GRISOLI, Angelo: *Alcune considerazioni sulla responsabilità aquiliana delle Comunità Economiche Europee*. RDC, año LIX, núm. 3-4, marzo-abril 1961, Parte 1.ª; págs. 105-136.

Responsabilidad de las Comunidades Europeas a la luz de las normas que regulan la responsabilidad de las organizaciones internacionales. Determinación preliminar del contenido normativo de las disposiciones de los tratados relativas a la responsabilidad de las Comunidades. Responsabilidad de la CECA. Responsabilidad de la Administración en los Ordenamientos de los Estados miembros (valoración del elemento subjetivo). Prevalencia de un sistema de principios propios sobre los Ordenamientos estatales en cuanto a la responsabilidad de las Comunidades. CEE y Euratom. Determinación de la responsabilidad de acuerdo con los «principios generales comunes» a los Derechos de los Estados miembros.

GYÖRGY, Ernest: *Cambiamenti nella regolamentazione giuridica dei contratti nei regimi di democrazia popolare*. RDC, año LIX, núm. 3-4, marzo-abril 1961, Parte 1.ª; págs. 97-103.

Aspectos fundamentales del actual Derecho de contratos en Hungría, indicando la evolución desde 1945. Relación entre los diversos tipos de contratos y las circunstancias sociales y económicas: que han conducido al Código civil promulgado en 1959 en vigor desde 1.º de mayo de 1960. La transformación del Derecho contractual se operó, sobre todo, entre 1945 y 1957. Posición de la Constitución de 1949 y nuevos tipos de contratos en orden a la planificación, al suministro de productos y a la utilización de materias primas. Nacionalización de sectores antes privados. En los tipos contractuales se da nuevo contenido a las figuras tradicionales y a su lado surgen otros nuevos. Significación del contrato de suministro (abastecimiento), en el plano de la economía nacional. Aspecto básico del sistema socialista es el deber de cooperación de las partes en la relación contractual: especial posición del acreedor.

MARCHETTI, Aldo: *Sulla responsabilità per fatto altrui*. RDC, año LIX, núm. 3-4, marzo-abril 1961, Parte 1.ª; págs. 137-153.

El afán de reconducir todo el campo de la responsabilidad al terreno de la culpa y a la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva, ha hecho olvidar la básica diferenciación entre responsabilidad directa e indirecta, fundamental en la explicación y configuración de muchos de los problemas de la responsabilidad por hecho ajeno. Delimitado el concepto de hecho propio y de hecho ajeno, se ofrece el examen de algunos aspectos de la llamada responsabilidad indirecta en relación con el problema de la responsabilidad por hecho ajeno. El hecho (ajeno) causado por el hecho propio no puede en modo alguno, como se ha venido haciendo por la doctrina, estimarse como hecho propio del responsable.

OHANOWICZ, Alfred: *L'azione d'indebito arricchimento nel Diritto civile polaco*. RDC, año LIX, núm. 9-10, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; páginas 325-349.

En Polonia no se ha dictado una disposición que derogue toda la Legislación anterior. Rige, pues, aún el Código de las obligaciones de 1933. En él, el enriquecimiento injusto se reglamenta con una decidida y acusada inspiración en las soluciones de los Derechos alemán y suizo. Dos capítulos se destinan al enriquecimiento: enriquecimiento indebido en general (arts. 123-127) y pago de lo indebido (arts. 127-133). Estudio sistemático del problema, con referencias comparativas. Modificaciones previstas, en materia de enriquecimiento, en el Proyecto de Código civil de 1960, sometido ahora a discusión pública.

POSSI, Adriano: *La natura giuridica della licenza d' importazione*. RDC, año LIX, núm. 9-10, septiembre-octubre 1961, Parte 2.ª; págs. 360-367.

Entiende la sentencia italiana de casación de 26 de abril de 1961 que la licencia de importación es un acto administrativo de autorización emanado de un poder discrecional y, por tanto, revocable cuando desaparezcan las circunstancias que motivaron su concesión. El beneficiario de la licencia no tiene en este caso derecho a indemnización patrimonial alguna. Examen de los dos principios jurisprudenciales indicados

VISALLI, Nicolo: *Nuovi profili giuridici del contratto estimatorio*. RDDC, año VIII, núm. 2, marzo-abril 1962, Parte 2.ª; págs. 190-205.

Significado esencial del término establecido en el artículo 1.556 del Código civil italiano, para que, dentro de él, el *accipiens* en el contrato estimatorio pague el precio o restituya la cosa. Dice la Corte de Apelación de Turín, en sentencia de 25 de noviembre de 1959, que no hay contrato estimatorio cuando no se ha establecido el término en cuestión. Comentario: Naturaleza del contrato estimatorio y función del término. No se comparte la tesis de la sentencia. Se ve en el contrato un negocio fiduciario y además distinto de la *causa fiduciae*.

VISINTINI, Giovane: *Obbligazioni naturali*. RDDC, año VIII, núm. 1, enero-febrero 1962, Parte 2.ª; págs. 45-83.

Reseña de jurisprudencia italiana en torno a la configuración y significado de las obligaciones naturales. Sistematiza la autora las sentencias que toma en consideración en este simple esquema: A) Conceptos generales. B) Casos concretos de obligaciones naturales. C) Efectos de las mismas. Consideración del artículo 2.034 del Código civil italiano. Posiciones doctrinales en los comentarios de jurisprudencia.

5. Derecho de familia

CARNELUTTI, Francesco: *Fedeltà coniugale e unità della famiglia*. RDDC, año VIII, núm. 1, enero-febrero 1962, Parte 1.ª: págs. 1-3.

El artículo 29 de la Constitución italiana determina la ordenación del matrimonio sobre la igualdad moral y jurídica de los cónyuges. El distinto trato que, tanto en el ámbito penal como civil, reciben hombres y mujeres en el supuesto de infidelidad conyugal por adulterio, no es sino una consecuencia de la orientación constitucional que no sólo consiente sino que impone derogaciones de la igualdad indicada cuando pueda perjudicar la garantía de la unidad de la familia.

D'ANTONIO, Adriana: *Filiazione Naturale*. RDDC, año VII, núm. 4, julio-agosto 1961, Parte 2.ª: págs. 361-403.

Correspondiendo al período de 1950 a 1960 se ofrece una reseña de jurisprudencia (y elaboración doctrinal) italiana en torno a la cuestión de la filiación natural. Con numerosas subdivisiones sistemáticas se hace referencia, por una parte a la filiación natural reconocida, y por otra a la no reconocible o no reconocida.

TRABUCCHI, Alberto: *Patria potestà e interventi del giudice*. RDDC, año 7, núm. 3, mayo-junio 1961, Parte 1.ª: págs. 223-231.

El cabeza de familia goza de una situación de soberanía que debe, no obstante, quedar en todo caso sometida a un cierto control de la autoridad judicial. Dejando fuera el poder de representación que compete al padre como órgano integrador o sustitutivo para la incapacidad de obrar de los hijos menores, se refiere el autor a los poderes de los padres sobre los hijos y a los supuestos de intervención del juez. Necesidad de no extender esta intervención fuera de los límites connaturales a la misma. Hipótesis concretas de intervención, que normalmente se desenvuelve siempre en el marco de la jurisdicción voluntaria. Intervención solicitada, pérdida de la patria potestad, violación de obligaciones, reintegración de la patria potestad.

6. Derecho de sucesiones

BRUNORI, Ernesto: *Sulla integrazione della volontà testamentaria*. RDDC, año VII, núm. 3, mayo-junio 1961, Parte 1.ª: págs. 232-244.

Examen de un supuesto, claro en apariencia solamente, en torno a la validez o no de un legado, en cuya eficacia era decisiva, y expresamente recogida por el testador, la voluntad de los herederos. Se defiende la nulidad de toda la disposición testamentaria. El caso es éste: En un testamen-

to se divide la herencia por igual entre dos hijas. En codicilo se hace un legado a un hijo de una (nieto de la testadora), indicando que si la otra no lo admite no valga, «que el Señor la recompensará». No se está ante una *vera conditio*.

BRUNORI, Ernesto: *Appunti sulle disposizioni testamentarie modali e sul legato*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; páginas 468-478.

No es pacífica ni clara la distinción entre disposición testamentaria modal y legado, ni en el ámbito de la jurisprudencia ni en el de la doctrina. Criterios de distinción, todos combatidos y carentes de valor definitivo. Somera indicación de los mismos, abteniéndose el autor de formular su criterio y limitándose a ofrecer la crítica de los hasta ahora propuestos: criterio de la accesoriedad, la *delibatio hereditatis*, la inmediatez del legado, limitación o no del objeto de la disposición, contenido de uno y otro.

SCARDACCIONE, Aurelio: *Diritto di prelazione, retratto successorio e vendita coatta di quota di beni creditari*. RDDC, año VII, núm. 3, mayo-junio 1961, Parte 1.ª; págs. 264-266.

Coordinación del artículo 732 del Código civil italiano, referente al derecho de prelación de los coherederos en caso de venta de la cuota de otro y al retracto sucesorio, con el artículo 599 del Código de procedimiento civil (embargo de cuotas indivisas) La prelación y consiguiente retracto no deben entrar en juego en caso de venta forzosa de la cuota del coheredero. Es la interpretación que parece debe seguirse: literal del artículo 732 y de acuerdo con su espíritu.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general

BENEDICENTI, Mario: *La novità dell' invenzione e l' anteriore deposito in uno stato unionista di una domanda di brevetto*. RDC, año LX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 2.ª; págs. 41-59.

En virtud del sistema de la novedad absoluta, y sujeta Italia al Convenio de París de 1883 en materia de patentes, la petición en Francia de una patente de invención impide patentar en Italia el mismo invento, no demostrando el solicitante la cualidad de cesionario del primer titular. Comentario conjunto a tres sentencias, en torno al problema de la novedad del invento y su patentabilidad.

COLTRO CAMPI, Cesare: *La disciplina federale americana delle procure assembleari per le società quotate in borsa*. RDC, año LIX, núm. 9-10, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 375-384.

Descripción, a grandes rasgos, de las disposiciones de la *Securities Exchange Act* americana de 1934, en relación con el mercado de títulos emi-

tidos por sociedades cotizadas en bolsa. Prohibición de pedir o permitir el uso del propio nombre a fin de obtener procuras o autorizaciones para intervenir o votar en asambleas. Prohibiciones a los miembros de la bolsa y a los intermediarios profesionales de conceder procuras relativamente a títulos cotizados en bolsa y tenidos por cuenta de clientes.

ISELE, Helmut Georg: *Heinrich Hoeniger*. RDC, año LIX, núm. 9-10, Parte 1.ª: páginas 385-387.

Ha fallecido el profesor Hoeniger en abril de 1961. Significado de su obra y aportaciones al campo del Derecho civil y mercantil.

MARIANI, Fausto: *Sulla tutela della insegna*. RDC, año LIX, núm. 1-2, enero-febrero 1961, Parte 2.ª; págs. 71-80.

Tribunal de Venecia: sentencia de 28 de junio de 1960. Se niega valor individualizador a la expresión «gram» antepuesta al nombre de un Hotel. En el rótulo «Gran Hotel San Marcos» sólo individualiza la expresión «San Marcos», siendo las otras nuevas adiciones secundarias, indicadores de la actividad que se desarrolla bajo el rótulo «San Marcos». Lugar de ejercicio de la empresa (zona de natural expansión) y posibilidad de concurrencia desleal por la mera posibilidad de confusión (entre un hotel y un restaurante, ambos «San Marcos»), habida cuenta de la normal diligencia del público medio.

MINERVINI, Gustavo: *La Comunità Economica Europea per la tutela della libertà di concorrenza*. RDDC, año VIII, núm. 1, enero-febrero 1962, Parte 1.ª; págs. 63-71.

El Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea contiene algunas reglas de concurrencia, que conciernen a todas las empresas privadas o públicas constituidas en los Estados miembros del Mercado Común. Se tienden a evitar las prácticas y acuerdos contrarios a la libre concurrencia. Un proyecto de Reglamento desarrolla las disposiciones del Tratado (arts. 85 y 86). Aspectos esenciales de dicho Proyecto, en su consideración crítica y su significado económico.

ROTONDI, Mario: *Contratto di agenzia, ausiliari dipendenti dell'impresa e mediazione*. RDC, año LIX, núm. 7-8, julio-agosto 1961, Parte 1.ª, páginas 241-270.

Significado técnico actual del contrato de agencia y de la figura del agente, en el que la nota de la autonomía representa su característica peculiar. Tanto en la agencia como en la mediación se da esta nota de la autonomía y la diferencia entre ambas la encontramos en el terreno legal (Código civil italiano, 1.742 y 1.754), punto en el que culmina la elaboración doctrinal. Estabilidad del agente en relación a una de las partes; no ligamen del mediador frente a ninguna. Exégesis, consecuencias y aspectos concretos de la distinción.

ROTONDI, Mario: *Una proposta rivoluzionaria in materia di brevetti*. RDC, año LX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 1.ª; págs. 150-153.

En materia de patentes de invención la diversidad entre los sistemas de la novedad absoluta y de la novedad relativa, como presupuesto de la concesión de la patente, y teniendo en cuenta la Convención de París, puede dar lugar a diferencias, según se trate de relaciones de Italia con países unionistas o no unionistas. Se pretende en Italia la vuelta al sistema de la novedad absoluta como requisito de concesión del «brevetto industriale».

SANTINI, Gerardo: *Il piccolo imprenditore e la sua concreta identificazione*. RDDC, año VIII, núm. 1, enero-febrero 1962, Parte 1.ª; págs. 4-27.

El artículo 2.083 del Código civil italiano, referente al pequeño empresario, ha suscitado profundos contrastes en la doctrina y en la jurisprudencia, que el autor someramente examina, mostrando después cómo el propio legislador en una norma fiscal, generalmente ignorada, suministra importantes argumentos para coordinar entre ellos los criterios de identificación del pequeño empresario comercial. Coordinación del artículo 2.083 del Código civil con el artículo 1.º último párrafo de la Ley de Quiebras.

RESCIGNO, Pietro: *Alessandro Graziani*. RDC, año LX, núm. 5-6, mayo-junio 1962, Parte 1.ª; págs. 234-235.

Significado de la obra del mercantilista Graziani, fallecido en enero de 1962: con indicación de sus escritos más importantes y de más acusada influencia en materia de obligaciones, Derecho de la empresa, Derecho de sociedades y Derecho marítimo. Otra nota de MINERVINI, en RDDC, Año VIII, núm. 2, 1962. Parte 1.ª, 209-211.

VANZETTI, Adriano: *Funzione e natura giuridica del marchio*. RDC, año LIX, núm. 1-2, enero-febrero 1961, Parte 1.ª; págs. 16-88.

Se entiende en el estudio por función de la marca no la función económica que de hecho desempeña en los mercados, sino más bien la función económico-social típica que le es atribuida por las normas de un ordenamiento dado; es decir: su «función jurídicamente protegida». Ello explica la íntima conexión entre las dos nociones de función y de naturaleza jurídica de la marca. La definición de la segunda ha de corresponderse con la primera. Aspectos diversos de la función jurídicamente protegida de la marca. El principio de la conexión de la marca a las fuentes del producto. La naturaleza jurídica de la marca: progresiva evolución doctrinal. La circunstancia de la autonomía de la marca, como común a los varios conceptos en torno a ella. El núcleo productivo como objeto del derecho a la marca.

VANZETTI, Adriano: *Volgarizzazione del marchio e uso di marchio altrui in funzione descrittiva*. RDC, año LIX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 1.ª; páginas 20-140.

Considera el autor «generalización» de la marca el hecho de que ésta, originariamente nueva, llegue a ser considerada, por los consumidores de un producto o por otros círculos de interesados, como denominación genérica de un producto. Cuando, en virtud de este fenómeno, la ley asocia a él la extinción del derecho del titular se está ante la «vulgarización» de la marca. La jurisprudencia y la doctrina sólo admitieron en principio esta «caída de la marca en el dominio público» en casos verdaderamente excepcionales, en cuanto a la extinción del derecho del titular. Evolución posterior del problema, con amplísimas referencias doctrinales y jurisprudenciales comparativas. Consideración de la tesis objetiva, subjetiva e intermedia en torno al fenómeno de la vulgarización. Valoración diversa de la conducta del titular en relación con la extinción de su derecho como consecuencia de la «generalización».

VASSEUR, Michel: *Aspetti giuridici dell' integrazione e della collaborazione industriale*. RDC, año LIX, núm. 1-2, enero-febrero 1961, Parte 1.ª, enero-febrero 1961; págs. 1-15.

Los males de la industria francesa radican, ante todo, en que la mayoría de las empresas son, a la vez que demasiado pequeñas, demasiado numerosas. Ello conduce a una insuficiente especialización en la producción. Por otra parte, se observa una grave disparidad entre las ramas diversas de la economía; una falta de adecuación con las normas jurídicas. La integración y la colaboración profesional son los remedios a que se viene acudiendo por las empresas. Para las grandes industrias con producción excesiva el remedio se busca en la «colaboración mediante eutanasia» (reducciones y cierres). Para las pequeñas se pretende una integración basada en formas asociativas.

2. Comerciantes y sociedades.

ASQUINI, Alberto: *Ancora sui limiti di validità delle clausole di gradimento*. RDC, año LIX, núm. 7-8, julio-agosto 1961, Parte 2.ª; págs. 302-313.

Aspectos varios de la «cláusula de agrado» (aprobación por la sociedad de ciertos actos, tales como transferencia de acciones, etc.); compatibilidad con la estructura de la sociedad, eficacia de la cláusula, prestación del «agrado» por los órganos pertinentes, cláusula y cotización en Bolsa. Cláusulas introducidas en el acto modificativo, oponibilidad a terceros. Problemas afrontados por la sentencia del Tribunal de Milán de 2 de enero de 1961, y comentados, generalmente en tono elogioso, por el autor.

BENEDEUCE, Alberto: *Per una disciplina europea delle società per azioni: il bilancio*. RDC, año LX, núm. 5-6, mayo-junio 1962, Parte 1.ª; páginas 186-231.

La aproximación de las legislaciones, que persigue, entre otras cosas, la constitución de la CEE, se manifiesta, sobre todo, en materia de sociedades. La expresión más completa de conseguir una disciplina uniforme de la sociedad por acciones tuvo lugar en París en 1960. Es pronto para conseguir esta uniformidad. Sería más factible en puntos concretos. Se examina el relativo al balance, considerando las legislaciones no sólo de los «seis», sino también de otros países que tal vez entren o vayan asociándose a la CEE.

BRACCO, Roberto: *La esclusione del diritto di opzione nelle società in accomandita per azioni*. RDC, año LX, núm. 5-6, mayo-junio 1962, Parte 2.ª; páginas 158-196.

El derecho de opción a la suscripción de nuevas acciones, correspondiente a los socios, puede ser excluido o limitado en la deliberación de aumento de capital, aprobada por los socios que representen al menos la mitad del capital social (art. 2.441 C. c. italiano). La exclusión de la opción debe ser anulada cuando no sea exigida por el interés de la sociedad. En general, la concesión a los administradores de la opción no puede asociarse al interés social para justificar el sacrificio de los socios. El interés de la sociedad es cuestión de hecho a valorarse por el Tribunal. Amplio comentario a la sentencia del Tribunal de Milán, de 16 de febrero de 1961. Concesión de la opción a los comanditarios con exclusión de los demás.

CARNELUCCI, Francesco: *Criteri di valutazione della parte attiva del bilancio di una società per azioni*. RDDC, año VII, núm. 4, julio-agosto 1961, Parte 1.ª; págs. 384-385.

El artículo 2.425 del Código civil italiano, en su último párrafo, permite prescindir de los criterios de valoración que para el balance de las sociedades por acciones se establecen, cuando razones especiales lo exigen. Conversión de fincas rústicas en urbanas y posibilidad de considerar el supuesto como constitutivo de las razones especiales de que en el precepto se habla.

DE FERRA, Giampaolo: *Pegno di quota di società a responsabilità limitata e diritto di voto*. RDC, año LIX, núm. 7-8, julio-agosto 1961, Parte 2.ª; páginas 287-295.

Examen del mismo problema indicado en RIVOLTA (vid. en esta sección). Inaplicabilidad del artículo 2.352 a la sociedad de responsabilidad limitada. La relevancia de la persona del socio impide conferir el voto

al acreedor prendario de cuota de la sociedad. Ejercicio del derecho de voto por socio deudor y posible responsabilidad frente al acreedor titular de la prenda sobre la cuota social.

FRANCESCHELLI, Remo: *Momenti e profili giuridici dell'azionariato popolare*. RDC, año LX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 1.^a; págs. 1-19.

No está ciertamente en Italia muy extendido el accionariado, y menos, por carencia de base legislativa, el llamado «accionariado popular». Los ejemplos de la práctica italiana (acciones de los dependientes, acciones de los que usan los servicios de la sociedad) no son verdaderos supuestos de accionariado popular. Los ejemplos alemanes (la *Preussag* y la *Volkswagen*). Significado y delimitación del accionariado popular. Accionariado popular y accionariado de los trabajadores. Mecanismo del sistema de acciones populares, que afecta incluso a la estructura misma del Derecho de sociedades.

FRÉ, Giancarlo: *La legittimazione dell' azionista per l' impugnazione di deliberazioni assembleari*. RDC, año LIX, núm. 9-10, septiembre-octubre 1961, Parte 2.^a; págs. 368-391.

Depósito y anotación de la acción como requisito para que el accionista pueda impugnar las deliberaciones de una asamblea en la sociedad por acciones. El adquirente de la acción nominativa no anotada en el libro de socios no está legitimado para la impugnación (art. 2.378). Para interponer nulidad, en el sentido del artículo 1.379, ha de probar su interés. Se trataba de un supuesto de aumento de capital y fraccionamiento de acciones. Sentencia comentada de 29 de junio de 1961 (Corte de Casación).

MIGNOLI, Ariberto: *Il capitale versato ed esistente come limite all' emissione di obbligazione*. RDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 2.^a; págs. 503-518.

Como límite cuantitativo a la emisión de obligaciones señala la legislación italiana el capital entregado y realmente existente, manteniéndose así fiel a la tradición adoptada por las leyes anteriores. No queda, pues, la emisión vinculada al balance de cierre del último ejercicio, sino a la efectiva existencia de capital constatado en balance extraordinario contemporáneo a la deliberación de emisión de las obligaciones. Sentencia de 3 de noviembre de 1961 (Corte de Apelación de Milán). Comentario, en torno a la relación del artículo 2.410, núm. 1.º, con el 2.413, número 2.º, del Código civil. Capital entregado y existente, último balance aprobado, momento de la emisión, valor nominal o precio de emisión de las obligaciones. Cuestiones todas que el autor examina.

NOBILI, Raffaele: *Sui poteri dell' assemblea dopo la nomina dell' amministratore giudiziario*. RDC, año LIX, núm. 1-2, enero-febrero 1961, Parte 2.ª; páginas 13-29.

Comentario conjunto a dos sentencias de la Corte de Casación italiana (14 de noviembre de 1959 y 26 de febrero de 1960) en torno a la posición de la asamblea de una sociedad después de nombrado un administrador judicial en base al artículo 2.409 del C. c. y después de nombrado el comisario gubernativo en las sociedades cooperativas. El comisario, en estas últimas, ha de intervenir en la deliberación en torno a una disolución anticipada de la sociedad; sin él, en este caso, la deliberación adolece de nulidad radical y no puede producir efectos hacia nadie (1). El nombramiento de administrador judicial en las sociedades no determina un estado de paralización de la asamblea y, por tanto, debe estimarse válida la deliberación destinada a autorizar la cesión de cuotas sociales (S. de 1959). Sentido de la doctrina. Primera consideración por la jurisprudencia.

PAGLIARO, Vittorio: *Ancora sulla convocazione all' estero dell' assemblea della Società per azioni*. RDC, año LIX, núm. 1-2, enero-febrero 1961, Parte 2.ª; págs. 47-52.

La deliberación con la que se concede a los administradores de una sociedad por acciones la facultad de convocar la asamblea en el extranjero debe reputarse nula. Doctrina de la Corte de Apelación de Milán en sentencia de 7 de agosto de 1959. Comentario, discusiones doctrinales y aspectos de la jurisprudencia. Predominaba doctrinalmente la tesis opuesta a la de la Sentencia comentada en orden a la naturaleza privativa de la disciplina de la sociedad.

PETTITI, Domenico: *Ancora sul procedimento dell' art. 2409 cod. civ.* RDC, año LIX, núm. 1-2, enero-febrero 1961, Parte 2.ª; págs. 54-66.

El artículo 2.409 del Código civil italiano determina que cuando hay grave sospecha de irregularidad en el cumplimiento de los deberes de los administradores o de los síndicos, los socios que representen la décima parte del capital social pueden denunciar los hechos al tribunal. Aspectos de la norma en relación con la petición de administración controlada presentada por el único administrador de la sociedad. Retraso en la convocatoria de asamblea. Valoración de los supuestos en relación con la idea de grave irregularidad. Comentario a dos sentencias (Tribunal y Corte de Apelación de Roma, de 28 de enero de 1960 y 17 de junio de 1960). Calificaciones contradictorias.

(1) (S. de 1960.)

RAFFAELLI, Guido A.: *Rassegna di giurisprudenza onoraria sulla società per azioni*. RDC, año LIX, núm. 7-8, julio-agosto 1961, Parte 1.ª; páginas 271-316.

Reseña de jurisprudencia en materia de sociedades por acciones, correspondiente al período 1955-1960: Constitución y homologación, administración y administradores, asamblea, capital, resolución, transformación, liquidación.

RIVOLTA, Gian Carlo M.: *Pegno ed usufrutto di quote di società a responsabilità limitata e diritto di voto*. RDC, año LIX, núm. 5-6, mayo-junio 1961, Parte 1.ª; págs. 205-234.

En recientes decisiones jurisprudenciales no se ha estimado aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada la norma del artículo 2.352 del Código civil italiano que, en las sociedades por acciones, concede el voto al usufructuario o acreedor pignoraticio de la acción, como principio general y salvo pacto en contrario. En su planteamiento general y sus manifestaciones específicas se estudia el problema de la adscripción del voto en el supuesto de usufructo o prenda de las cuotas de sociedades de responsabilidad limitada. Los fallos jurisprudenciales indicados no son, a juicio del autor, completos ni satisfactorios en su motivación.

ROSSI, Adriano: *Perdita totale e reintegra del capitale sociale nelle società a responsabilità limitata*. RDC, año LIX, núm. 3-4, marzo-abril 1961, Parte 2.ª; págs. 97-111.

Lo mismo que para la sociedad por acciones, también para la de responsabilidad limitada, la asamblea de socios, que a continuación de pérdidas había acordado la reducción a cero del capital social, puede al mismo tiempo, y así mismo por mayoría, acordar la reintegración del capital. Tesis de la Corte de Casación italiana en Sentencia de 8 de marzo de 1960. Comentario en torno a los aspectos esenciales. Consideración de las discusiones doctrinales.

SIMONETTO, Ernesto: *Utili, dividendi e acconti dividendo*. RDDC, año VIII, número 1, enero-febrero 1962, Parte 1.ª, págs. 28-62; núm. 2, marzo-abril 1962, Parte 1.ª, págs. 111-167; núm. 3, mayo-junio 1962, Parte 1.ª; páginas 252-312.

Examen del problema de los dividendos a cuenta en la sociedad por acciones, con arreglo a este esquema: I) El dividendo a cuenta en los problemas generales respecto a las ganancias, a los dividendos y a las pérdidas. II) Sustancialidad de la ganancia e ilicitud de la depresión contable del activo de la sociedad. III) El dividendo a cuenta. Ilicitud o no de su pago, según la inexistencia o existencia de ganancias. La falta de balance y su significado. Consideración especial y preferente de la legislación positiva italiana

3. Cosas mercantiles.

COTTINO, Gastone: *Sulla donazione manuale di titoli nominativi*. RDC, año LIX, núm. 9-10, septiembre-octubre 1961, Parte 2.ª; págs. 396-400.

El artículo 783 del Código civil italiano determina que las donaciones de bienes muebles son válidas, aun sin escritura pública, cuando son de módico valor. La Corte de Apelación de Turín (S. 10-II-61) entiende que, en el sentido de la norma indicada, es válida la donación de títulos de crédito nominativos. En la nota de comentario se trata, sobre todo, de rebatir la opinión en contra de Torronte y de Biondi.

FOSCHINI, Marcello: *L'interporsizione fittizia di persona nel rapporto cambiario*. RDC, año LIX, núm. 7-8, julio-agosto 1961, Parte 2.ª; págs. 265-279.

Hipótesis de hecho: Cayo es acreedor extracambiario de Ticio y conviene con él que los títulos que éste emita lo sean a favor de Mevio como persona interpuesta. Mevio endosa en blanco al propio Cayo. En este caso la interposición no es obstáculo a una verdadera y propia relación cambiaria, en base al endoso, entre Ticio y Cayo. Tesis de la Sentencia de casación italiana de 18 de enero de 1960, que el autor estima correcta, tanto en relación con los principios en torno a la simulación relativa subjetiva como en relación a los postulados que regulan la creación y circulación del título.

GUGLIELMUCCI, Lino: *Circolazione della cambiale in bianco*. RDC, año LIX, número 3-4, marzo-abril 1961, Parte 2.ª; págs. 119-129.

El emitente de una letra en blanco, frente al que aparece como tomador como consecuencia de haberse rellenado la cambial, puede oponer las excepciones derivadas de la relación fundamental. Tesis de la Corte italiana de Casación en Sentencia de 10 de agosto de 1960. El problema se encuadra en el más amplio campo de los efectos de la transmisión de títulos en blanco. En principio se atribuye eficacia de una cesión civil.

MONTEL, Alberto: *In tema di coordinamento fra gli art. 1994 e 1153 cod. civ e di valore delle comunicazione o diffide relative ai titoli di credito rubati*. RDC, año LIX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 2.ª; págs. 96-105.

Adquisición a *non domino* de títulos de crédito robados. Coordinación del artículo 1.994 con el 1.153 del Código civil italiano. Supuesto de buena o mala fe del Banco adquirente y poseedor. Valor de las comunicaciones respecto a los títulos robados. Al comentar las Sentencias (Corte de Apelación de Milán: 26-I-62 y 7-VII-61) entiende el autor que el artículo 1.994 es una norma *à se stante* y no una mera llamada al sistema del artículo 1.153, disposición general en torno a la adquisición de muebles a *non domino*. Necesidad de mala fe o culpa grave para la reivindicación de títulos.

4. Obligaciones y contratos.

CASTELLANO, Gaetano: *Assicurazione in generale*. RDDC, año VII, núm. 3, mayo-junio 1961, Parte 2.ª; págs. 271-313.

Continuación de la reseña de jurisprudencia italiana en materia de seguros en general. En el presente número de RDDC se hace referencia a la relación entre las partes en los diversos aspectos de su contenido y a los problemas de acciones y su prescripción.

FANELLI, Giuseppe: *Il «caso Giuffré» ed il concetto di impresa bancaria di cui all' art. 2195, n. 4 cod. civ.* RDC, año LIX, núm. 5-6, mayo-junio 1961, Parte 2.ª; págs. 221-240.

Con motivo del «caso Giuffré» se hacen, con carácter completísimo, por el Tribunal de Bolonia unas consideraciones en torno a estos tres puntos: a) circunstancias generales de la empresa, en el sentido del artículo 2.082 del Código civil; b) comercialidad, en relación con el sistema del artículo 2.135 y 2.195 del Código civil; c) circunstancias específicas de la empresa bancaria en particular: en la actividad bancaria *latu sensu* encaja la intermediación en la circulación del dinero; el concepto de actividad bancaria del artículo 2.195, núm. 4, es más amplio que el que se deriva de la Ley de 4 de marzo de 1938, referente al ahorro y al crédito.

GENOVESE, Anteo: *Nuove note per le studio della circolazione del rapporto assicurativo*. RDC, año LIX, núm. 9-10, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 348-361.

Examen del artículo 1.418, último párrafo, del Código civil italiano: póliza de seguros a la orden o al portador y posibilidad entonces de transmisión del seguro sin notificación alguna al asegurador; prohibición para éste, y para el adquirente de las cosas aseguradas, de resolver el contrato de seguro. Continuidad legal de la relación de seguro. Sigue después, una segunda parte, donde se estudia el principio de la continuidad en los seguros marítimos. Artículo 1.918 C. c. y artículo 517 del Código de la Navegación.

MÖLLER, Hans: *Moderni orientamenti sul concetto giuridico di assicurazione*. RDC, año LX, núm. 5-6, mayo-junio 1962, Parte 1.ª; págs. 169-185.

Ponencia al I Congreso Internacional de Derecho de Seguros (Roma, abril 1962). Panorama doctrinal reciente en torno al concepto del seguro y a la naturaleza del contrato de seguro. Ambas cuestiones se relacionan con las ideas de empresa de seguros y ejercicio de los seguros. No obstante ciertas particularidades y cuestiones dudosas que subsisten, se aprecia, en materia de seguros, una acusada concordancia mundial de tesis y de soluciones. Las peculiaridades anglosajonas son más de forma que de fondo. Ejemplo claro: la gran latitud del concepto de «interés» en los seguros de personas.

RIPPA DI MEANA, Vittorio: *In tema di risoluzione di rapporto di agenzia*. RDC, año LIX, núm. 7-8, julio-agosto 1961, Parte 2.ª; págs. 280-286.

Indemnización debida al agente en el supuesto de resolución de la relación de agencia por circunstancias no imputables al agente. El problema se enfoca con un alcance práctico circunscrito especialmente a la legislación italiana. Sentencia de Casación de 13 de junio de 1961. Se pretende dar solución a cuestiones hace tiempo discutidas.

UNGERER, Martin: *Il cauto esordio delle borse tedesche*. RDC, año LX, número 1-4, enero-abril 1962, Parte 1.ª; págs. 141-149.

Hay un decidido movimiento europeo, presidido por París, en torno a una reforma del sistema bursátil de los países de la CEE. Dificultades y resistencia alemana para integrarse en el mismo. Consideración de los puntos en los que se centra la discusión: admisión de títulos extranjeros, publicación del movimiento de los negocios de bolsa, cotización uniforme, posición de los mediadores en las negociaciones.

5. Derecho marítimo y aeronáutico.

DOMINEDO, Francesco: *I mezzi di acquisto della proprietà nautica*. RDDC, año VII, núm. 3, mayo-junio 1961, Parte 1.ª; págs. 245-258.

Haciendo las necesarias aplicaciones de la teoría general en torno a los modos de adquisición de la propiedad, se intentan trazar las líneas generales de un sistema de los modos de adquisición de la propiedad náutica. Cuestión conexa, aunque muy distinta, de la relativa a la de la adquisición de la nacionalidad del bien. Dentro de la distinción entre modos originarios y derivativos se estudian los de Derecho común y los derivados del Derecho especial.

DOMINEDO, Francesco M.: *Appunti sull'impresa di costruzione nautica*. RDDC, año VIII, núm. 2, marzo-abril 1962, Parte 1.ª; págs. 174-184.

Desde el punto de vista de la investigación jurídica la construcción de la nave es susceptible de contemplarse a través de una doble consideración: a) el hecho de la construcción, o sea la empresa-tendente a crear la cosa nueva, a través de una especificación de la materia propia o ajena; b) la relación de construcción, es decir, la eventual obligación asumida hacia un comitente en el caso de especificación de cosa ajena. En el primer aspecto se deben considerar las normas públicas que rigen la empresa de construcción; en el segundo, las privadas que disciplinan el contrato. Controles preventivos y sucesivos de la empresa de construcción. Construcción sin contrato.

IANNUZZI, Mario: *In tema di clausola di trasbordo*. RDC, año LIX, núm. 5-6, mayo-junio 1961. Parte 2.ª; págs. 215-220.

Significado general de la cláusula de transbordo como elemento de un contrato de transporte con reexpedición o de un contrato de transporte puro y simple que comprende de forma unitaria el complejo de operaciones del transporte (servicio combinado). Concedida al porteador la facultad de transporte limitada al supuesto de que el puerto de descarga del buque no coincida con el de destino de las mercancías cargadas, la prueba de la falta de coincidencia indicada corre a cuenta del porteador. Corte de Apelación de Trieste (S. 28 de julio de 1961). Comentario en torno a aspectos concretos de la cláusula, en su encuadre sistemático general.

6. Derecho de quiebras.

FOSCHINI, Marcello: *Estinzione del mandato in rem propriam per sopravvenuto fallimento del mandante*. RDC, año LIX, núm. 3-4, marzo-abril 1961, Parte 2.ª; págs. 81-96.

En sentido contrario a lo que entiende la Corte de Apelación de Roma (S. 20 de abril de 1960) la Corte de Casación italiana (S. 5 de noviembre de 1959) estima que, no obstante disponer el artículo 78 de la Ley de Quiebras de 1942 que el mandato se extingue por quiebra de una de las partes, tratándose de mandato en interés del mandatario la extinción no tiene lugar. Ni el mandato *in rem propriam* ni el otorgado en interés de tercero se extinguen por quiebra del mandante. Relación con el artículo 1.723 del Código civil. El autor, en su comentario, no comparte el criterio indicado. Excepcionalidad del artículo 1.723 referente sólo al supuesto de revocabilidad o no del mandato *in rem suam*.

GRECHI, Giuseppe: *Fallimento di imprenditore individuale e società di fatto sottostante*. RDC, año LX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 2.ª; páginas 25-40.

La sentencia de casación italiana de 7 de octubre de 1961 insiste en la reciente tesis jurisprudencial de que, declarada la quiebra de un empresario individual, si con posterioridad se constata que existe una sociedad de hecho entre el quebrado y otras personas, los efectos de la sentencia que extiende el estado de quiebra a dicha sociedad corren desde su fecha y no *ex tunc* (desde la primera declaración de quiebra). (Tesis no muy extendida, pero que, a juicio del autor, merece incondicionada aceptación.

GUGLIELMUCCI, Lino: *Nuova dichiarazione di fallimento in pendenza di fallimento precedente*. RDC, año LIX, núm. 5-6, mayo-junio 1961, Parte 1.ª; págs. 165-204.

En la doctrina italiana ha sido desde siempre debatido el problema de la «quiebra del quebrado», es decir, la nueva declaración de quiebra con relación al quebrado mientras está todavía en curso de desenvolvimiento

el procedimiento de quiebra abierto con anterioridad. La jurisprudencia tiende ahora a negar la posibilidad indicada, con lo cual la doctrina vuelve a replantearse con nuevas orientaciones la cuestión de la doble quiebra, que el autor estima admisible y estudia en sus presupuestos y eficacia.

MARIANI, Fausto: *Socio receduto e fallimento*. RDC, año LX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 2.ª; págs. 60-71.

La sentencia de la Corte de Casación italiana de 31 de octubre de 1961 supone un cambio en la orientación de la jurisprudencia al entender no extensiva la quiebra de una sociedad al socio ilimitadamente responsable, separado antes de la declaración de la quiebra social, aunque a la separación no se le haya dado la publicidad requerida por la ley. La eficacia de la separación se estima, pues, independiente de su publicación. El problema era ya de antiguo ardientemente debatido.

MARIANI, Fausto: *Risoluzione del concordato preventivo e incapacienza dei creditori*. RDC, año LX, núm. 5-6, mayo-junio 1962, Parte 2.ª; páginas 138-147.

La sentencia que resuelve el concordato preventivo y declara la quiebra está sujeta a la oposición que contra estas sentencias declarativas de la quiebra establece el artículo 18 de la Ley de Quiebras italiana. Siguiendo en cuanto a lo indicado la orientación general, la Corte de Apelación de Milán entiende, además, en Sentencia de 12 de mayo de 1961, que el concordato preventivo, actuado en forma de cesión de bienes, no puede ser resuelto cuando los acreedores quirografarios no percibirán porcentaje alguno de sus créditos. Novedad de este criterio jurisprudencial. Posición de los acreedores quirografarios y de los privilegiados.

PAJARDI, Piero: *Ancore sulla cancellazione delle società commerciali e la loro dichiarazione di fallimento*. RDC, año LX, núm. 5-6, mayo-junio 1962; págs. 197-200.

Comentario crítico contrario a la tesis sostenida por el Tribunal de Milán (en S. de 24 de junio de 1961) de que también las sociedades comerciales liquidadas y canceladas en el registro de empresas pueden ser declaradas en quiebra, siempre que el tribunal constate que la cancelación era ilegítima al no haber tenido lugar la cancelación efectiva. Subsistía en el caso concreto un juicio pendiente contra la sociedad en torno a la constatación de un crédito.

PERLINGIERI, Pietro: *Cessione anticipata di contributi governativi e fallimento del cedente*. RDDC, año VIII, núm. 1, enero-febrero 1962, Parte 2.ª; págs. 97-107.

Cesión anticipada de contribuciones (ayudas) gubernativas correspondientes a los productores de cine. La cesión es válida como cesión de derecho futuro y, por lo tanto, el derecho del cesionario a la contribución:

misma no puede ser afectado ni eliminado por la sucesiva declaración de quiebra del cedente. Sentencia italiana de casación de 25 de mayo de 1960. El Tribunal y la Corte de Apelación habían resuelto el supuesto en sentido distinto: afección a la masa de las contribuciones debidas al cedente.

RAVAZZONI, Alberto: *Applicabilità del art. 1957 in caso di fallimento del debitore principale*. RDC, año LIX, núm. 3-4, marzo-abril 1961. Parte 2.^a; págs. 112-118.

El artículo 1.957 del Código civil italiano sanciona la permanencia de la obligación del fiador, una vez vencida la obligación principal, siempre que el acreedor proceda contra el deudor principal dentro de ciertos plazos. En sentencia de casación, que es elogiosamente comentada, la Corte italiana estima que esa obligación del acreedor queda cumplida con la nueva insinuación de su crédito, en el supuesto de quiebra del deudor principal.

ROMANO, Mario: *Mercato di voto e rinuncia all' opposizione e concordato fallimentare*. RDDC, año VIII, núm. 2, marzo-abril 1962, Parte 1.^a; páginas 168-173.

El artículo 233 de la Ley de Quiebras italiana sanciona el «mercado de voto», es decir, la estipulación con el quebrado o con otros en interés del mismo de ventajas en interés propio para su voto en el concordato o en las juntas de acreedores. Es discutible si encaja en la norma la hipótesis en la que el acreedor, manifestado parecer contrario en la aprobación del *concordato fallimentare* y propuesta la ritual oposición, de acuerdo con el artículo 129, es inducido a renunciar a la oposición, después de la prestación de una especial ventaja.

IV. DERECHO NOTARIAL

D'ORAZI FLAVOLINI, Mario: *La responsabilità e le responsabilità del notaio*. RDDC, año VII, núm. 4, julio-agosto 1961, Parte 1.^a; págs. 332-362.

Arrancando del concepto de Betti, en torno a la responsabilidad en general, se estudia la cuestión de las responsabilidades del notario en la legislación italiana, prestando atención a las últimas elaboraciones de la jurisprudencia, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad civil. Responsabilidad disciplinaria. Nexos con la civil. Aspectos concretos de la misma.

V. DERECHO PROCESAL

2. Parte general.

FALQUI-MASSIDA, Carlo: *Le domande riconvenzionali*. RDDC, año VIII, número 2, marzo-abril 1962, Parte 2.^a, págs. 139-178; núm. 3, mayo-junio 1962, Parte 2.^a; págs. 255-305.

Reseña de jurisprudencia en torno a la demanda-reconvencción, sistematizada con arreglo a este esquema: A) Conceptos generales. B) Sujetos de la reconvencción. C) Reconvencción, jurisdicción y competencia. D) Pre-

supuestos procesales y condiciones de la acción de reconvencción. Formas del procedimiento ordinario. Reconvencción y prescripción. E) La reconvencción en los procedimientos especiales.

FIGLIOLI, Vito: *Autorizzazione e approvazione tutoria tardiva nei giudizi nei quali sia parte un ente pubblico*. RDDC, año VII, núm. 3, mayo-junio 1961, Parte 2.ª; págs. 333-349.

Sentencia de la Corte de Casación italiana de 26 de febrero de 1960, comentada por el autor, en la que se afirma: que la autorización para promover un juicio, regularmente concedida a un ente público por los órganos competentes, referente a la *legitimatio ad processum*, puede ser exhibida en cualquier estado y grado del proceso, con eficacia convalidante de la actividad procesal desenvuelta con anterioridad, quedando precluido el ejercicio de tal facultad desde el momento en que cesa para las partes la posibilidad de exhibir ulteriores documentos.

GRASSO, Eduardo: *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*. RDDC, año VII, núm. 3, mayo-junio 1961, Parte 2.ª; págs. 314-333.

No estando inscrito el procurador en los registros del distrito en el que ejerce el juez su jurisdicción, los actos por él realizados son jurídicamente inexistentes. Consecuencias, en cuanto al representado, según fuera demandado o actor. Posible consecuencias indirectas y atípicas de la actividad del procurador: responsabilidad a su cargo, según el artículo 2.043 del Código civil italiano; responsabilidad en el actor, de acuerdo con el artículo 1.388. Costas del demandado. Comentario a la sentencia de casación de 4 de mayo de 1960.

LANZA, Arnalcare: *Società di avvocati*. RDDC, año VII, núm. 4, julio-agosto 1961, Parte 1.ª; págs. 363-383.

Ponencia, reelaborada, al Congreso de la Unión Internacional de Abogados, celebrado en Berna y Basilea en septiembre de 1960. La complicación creciente del Derecho y el cada vez mayor número de disposiciones positivas constituyen una de las razones de que, para la abogacía, se vaya imponiendo el trabajo en equipo. Las sociedades de abogados podrían ser la solución al estado actual del ejercicio de la profesión. Obstáculos en la legislación italiana. Siguen como apéndice la ponencia y conclusiones de Heinecke.

RAFFAELLI, Guido A.: *Disservizio giudiziario: qualche rimedio*. RDC, año LIX, núm. 9-10, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 371-378.

Defectos y remedios de la organización jurisdiccional italiana. Se ha aumentado considerablemente el personal, pero era preferible una mejor

distribución de funciones, sobre todo buscando una mayor celeridad en la administración de justicia. Indicación de ciertos extremos absurdos de la organización judicial en el sistema italiano.

3. Procesos especiales.

COLESANTI, Vittorio: *Sull' opponibilità al creditore pignorante della transazione priva di data certa*. RDDC, año VII, núm. 4, julio-agosto 1961; Parte 2.^a; págs. 413-425.

La transacción concluida entre el deudor y el tercero *debitor debitoris*, aunque resulte de una escritura que no tenga fecha cierta, es oponible al acreedor que actúa, en base al artículo 548 del Código italiano de procedimiento civil, para la constatación de la obligación del tercero. Irrelevancia de la falta de fecha, siempre que el acreedor no haya discutido la anterioridad de la escritura al embargo. Sentencia de casación de 8 de octubre de 1960. Comentario sobre el problema, en términos generales

DAL VERME, Carlo: *Sulla impugnabilità del provvedimento che respinge la nomina di un curatore speciale*. RDC, año LX, núm. 1-4, enero-abril 1962, Parte 2.^a; págs. 72-85.

No se considera impugnabile ante el presidente de la Corte de Apelación la resolución del Tribunal que provee de acuerdo con el artículo 80 del Código de Procedimiento Civil, acerca de la petición de un curador especial a una sociedad en el supuesto de conflicto de intereses con su representante legal. Negativa de nombramiento. Corte de Apelación de Milán. Sentencias de 28-XII-60 y 29-I-62.

LAPORTA, Sergio: *Sulla impugnabilità per cassazione dei decreti del Tribunale emessi nel corso della procedura di fallimento*. RDC, año LIX, núm. 9-10, Parte 2.^a; págs. 342-350.

Es debatida hondamente la cuestión de la naturaleza del procedimiento de *fallimento* (quiebra) en el Derecho italiano. En relación con ello, y abierta hoy la casación a todo fallo que contenga *decisión* (interpretación dominante del artículo 111 de la Constitución), no debe extrañar que, según su contenido positivo o negativo, la Corte de Casación entienda o no susceptibles de recurso (de casación) los *decretos* (= providencias, autos) que va dictando el Tribunal en un procedimiento de quiebra. Comentario a tres sentencias.

MANDRIOLI, Crisanto: *La caducazione dei cosiddetti accertamenti anticipati per effetto della pronuncia della sentenza di primo grado ancorché non esecutiva*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 2.^a; páginas 518-533.

Influencia de la sentencia de primer grado en las constataciones anticipadas, aunque no tenga eficacia ejecutiva. Eficacia material y procesal.

Proceso de separación de los cónyuges. Procedimiento monitorio. Comentario a dos sentencias.

SCARDACCIONE, Aurelio: *Il decreto di ammortamento dei titoli di credito como titolo esecutivo*. RDDC, año VII, núm. 5, septiembre-octubre 1961, Parte 1.ª; págs. 509-511.

Se defiende la tesis negatoria del pretendido carácter ejecutivo del decreto de amortización de los títulos valores, en el Derecho italiano.

CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

- ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).
 AD = Anuario de Derecho (Panamá).
 AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.
 AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).
 AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).
 AUM = Anales de la Universidad de Murcia.
 BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
 BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).
 BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).
 BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spammolo in Roma.
 BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).
 BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.
 BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
 CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
 CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
 CLJ = The Cambridge Law Journal.
 CLQ = Cornell Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquia).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
 F = El Foro (Méjico).
 FG = Foro Gallego (La Coruña).
 FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
 IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
 IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
 IJ = Información Jurídica (Madrid).
 IM = Ius (Milán).
 IR = Iustitia (Roma).
 JF = Jornal do Foro (Lisboa).
 L = La Ley (Buenos Aires).
 LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
 LRN = La Revue du Notariat (Québec).
 MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburg).
 MLR = The Modern Law Review (Londres).
 NC = The North Carolina Law Review.
 NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Munich-Berlin).
 NR = Nuestra Revista (Madrid).

- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
- RDCC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLA = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REFP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (Paris).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'Histoire de Droit (Bruxelas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue Internationale de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bologna).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme (Berlín).

- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
RS = Rivista delle Società (Milán).
RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commercial (París).
RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Milán).
RUM = Revista de la Universidad de Madrid.
SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).
SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).
T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).
UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).
ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de ANTONIO DE LJEYVA Y ANIDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

1. TRANSCURRIDO EL PLAZO SEÑALADO PARA LA RECONSTITUCIÓN DE UN REGISTRO DE LA PROPIEDAD DESTRUIDO, NO PUEDE REINSCRIBIRSE AL AMPARO DEL ARTICULO 13 DE LAS LEYES DE 15 DE AGOSTO DE 1873 Y 5 DE JULIO DE 1938, UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA DE UNA FINCA QUE APARECE INSCRITA A FAVOR DE LA HIJA Y HEREDERA DEL TRASMITENTE: *La finca adquirida en 19 de noviembre de 1935 fue inscrita en el Registro de la Propiedad destruido en la guerra de liberación sin que durante el período de reconstitución de dicha oficina, procurase la compradora la reinscripción a su favor del título de compra. Ello permitió a los herederos del vendedor reinscribir el mismo inmueble a nombre del causante y hacer constar después la transmisión «mortis causa» a favor de su hija y heredera, creando un obstáculo que impide el acceso al Registro del derecho de la propietaria, mientras los Tribunales no acuerden su rectificación o cancelación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria.* (Resolución de 19 de noviembre de 1962; B. O. de 3 de diciembre.)

2. EL TITULAR DEL DOMINIO DE UNOS INMUEBLES ADQUIRIDOS DE PERSONAS QUE NO APARECEN COMO PROPIETARIOS DE LAS FINCAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD POR NO HABER TENIDO ACCESO ALCUNA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS INTERMEDIAS PODRÁ RECTIFICAR EL REGISTRO Y OBTENER LA INSCRIPCIÓN A SU FAVOR MEDIANTE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE ASI LO ORDENE, A QUE SE REFIERE EL NÚMERO 3 DEL APARTADO a) DEL ARTICULO 40 DE LA LEY HIPOTECARIA, SIN QUE TENGA QUE ACUDIR CON ANTERIORIDAD A LOS PROCEDIMIENTOS QUE EL ARTICULO 200 DE LA MISMA LEY ESTABLECE PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.

A) Según el artículo 39 de la Ley, por inexactitud registral se entiende todo desacuerdo que en orden a los derechos inscritos exista entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral, y en el artículo siguiente se comprenden los diferentes procedimientos que según su naturaleza u origen pueden ser utilizados por los interesados para lograr la concordancia y señala para el caso debatido los tres siguientes:

- a) La toma de razón del título correspondiente si hubiere lugar a ello.
- b) La reanudación del tracto sucesivo con arreglo a lo dispuesto en el título sexto de la Ley, y
- c) Por resolución judicial que ordene la rectificación.

B) De los preceptos contenidos en las disposiciones hipotecarias no aparece que haya de acudirse con preferencia al expediente de dominio o acta de notoriedad para lograr la concordancia entre el Registro y la realidad, y la propia exposición de motivos de la Ley de Reforma, indica que la determinación de los procedimientos establecidos en el apartado a) del artículo 40 obedece al propósito del legislador de dar coordinación y unidad a los distintos preceptos hipotecarios, y de ahí que el interesado pueda elegir indistinta y libremente el que crea más adecuado, sin tener que atenerse al orden establecido en dicho artículo, que por ser simplemente enunciativo comienza por el más sencillo —la simple presentación de los títulos— y termina por el juicio declarativo por el que se trata de obtener una sentencia favorable que declare adquirido el dominio y la cancelación del asiento anterior contradictorio.

C) Los medios que indica el artículo 200 de la Ley, precepto que ratifica y desenvuelve el número segundo del apartado A) del segundo párrafo del artículo 40 de la misma disposición legal, no impide la utilización de los demás modos de rectificación que ofrece, ni produce la excepción de cosa juzgada, conforme al artículo 284 del Reglamento Hipotecario, ya que cabe la incoación posterior del juicio contradictorio por quien se crea perjudicado, si bien por una razón de economía procesal autoriza a que se pueda acudir directamente a tal procedimiento, cuya solemnidad y garantía son iguales, cualquiera que sea la jurisdicción y competencia a que corresponda, conforme a la cuantía de la cuestión debatida. (Res. de 24 de enero; B. O. de 13 de febrero.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Régimen jurídico de arrendamiento atípico.—Arrendamientos «ad meliorandum» y similares

(Sentencia de 13 de junio de 1961)

ANTECEDENTES: Ante uno de los Juzgados de 1.^a Instancia de Barcelona se promovió juicio declarativo de mayor cuantía, impugnado la revisión de renta arrendaticia realizada por una Junta de Estimación, por entender sustraído el arriendo al ámbito de la LAU; el Juzgado, aceptando la tesis del demandado arrendador, desestimó la demanda, por entender procedente la renta fijada por la Junta y regulado por la LAU el arriendo de autos; la Audiencia Territorial confirmó la sentencia, e interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo, ha dado al mismo, en sentencia a la que corresponden los dos siguientes fundamentos de derecho:

CONSIDERANDO: Que el contrato de 13 de enero de 1942, objeto de estos autos, contiene, entre otros, los siguientes pactos: que los locales se arriendan a la Sociedad hoy recurrente para instalar en ellos la industria de cinematógrafo, y cuantas obras hayan de realizarse al efecto serán de cuenta de la entidad arrendataria y bajo su exclusiva responsabilidad; que la duración del contrato será de veinticinco años, prorrogables a voluntad de cualquiera de las partes, empezándose a contar desde el 1 de enero de 1941; que el seguro de incendios será de cuenta de la sociedad arrendataria y por lo que se refiere al valor del inmueble, no será inferior a 500.000 pesetas y que, para el caso de disolución de la sociedad arrendataria, antes de transcurrir los veinticinco años, el propietario vendrá obligado a indemnizar a la misma Sociedad por las obras y mejoras realizadas en la finca, el valor de las cuales se estima en unas 300.000 pesetas, mediante la cantidad que corresponda a los años que falten del referido plazo, prorrateando, al efecto, las expresadas 300.000 pesetas entre los veinticinco años; resultando del dictamen pericial que la finca vale actualmente 15 ó 20 veces más que antes de las construcciones realizadas y que la única parte subsistente de las primitivas edificaciones es la casita portera que representa, frente al total de la finca, un tres y tercio por ciento aproximadamente, resultancia y pactos que, en lo principal, se reconocen en la sentencia recurrida, aunque nada se afirme respecto a la restitución de lo edificado, admitida por las partes, ni respecto al valor de las obras, en

relación al cual, sin negarlo, se entiende que carece de influencia para la calificación del contrato.

CONSIDERANDO: Que ante el conjunto y términos de las estipulaciones convenidas, y la importancia de las obras realizadas, constitutivas de la finalidad principal del contrato, es obligado considerarlos, prescindiendo de las calificaciones de las partes al celebrarlo, como de naturaleza atípica y compleja, con arreglo a la doctrina establecida en las sentencias de este Tribunal de 3 de julio de 1941, 17 abril 1948, 21 abril 1951, 4 mayo 1957 y 17 mayo 1958, que en recurso se invocan, y, por tanto, excluido del régimen especial de las leyes arrendaticias, debiendo recordarse que en la exposición de motivos de la ley de Bases de 22 diciembre 1955, se reconoce que en ella se elimina de su órbita el uso de viviendas y locales cuando el título para su ocupación es distinto del puramente locativo; por lo que se impone dar lugar al motivo segundo del recurso sin necesidad de examinar los dos restantes.

C O M E N T A R I O

I. *Planteamiento.*—La sentencia a que se refiere el presente comentario ofrece, en cuanto al tema litigioso planteado, una circunstancia nada común entre los innumerables litigios entre arrendadores y arrendatarios de fincas urbanas: un arrendatario postulando la exclusión del arriendo del campo normativo de la LAU y un arrendador afirmando la inclusión de la relación locativa en la referida Ley (1). Pero la trascendencia de la cuestión suscitada no radica en esa original particularidad, sino en la importancia económica y jurídica que reviste la determinación del régimen jurídico aplicable a los arriendos que, como el de autos, ofrecen matices atípicos que determinan su encuadre en el llamado arrendamiento *ad meliorandam* o en zonas contiguas al mismo.

El hecho de que la sentencia del Tribunal Supremo —en discrepancia con las de instancia— haya seguido la ruta trazada por varias resoluciones anteriores (2) no debe constituir obstáculo a una revisión crítica de la tesis de la misma, tanto más, cuanto que en ella se omite la consideración de un precepto de la LAU, generalmente inadvertido o subestimado, que abona la doctrina opuesta.

(1) La explicación de la anomalía radica en la circunstancia de que, de estimarse regulado el arrendamiento por la LAU, podía producirse un incremento de renta con base en lo dispuesto en el artículo 104 de la LAU; en cambio, si el arrendamiento quedaba al margen de la LAU, el arrendatario veía estabilizada su renta hasta la expiración del contrato. Entre el mantenimiento de la renta y un beneficio de prórroga forzosa que dada las vacilaciones jurisprudenciales sobre la materia resultaba un tanto problemático, el arrendatario optó por lo primero, impugnando la decisión de la Junta de Estimación.

(2) Véanse las citadas en el segundo «considerando»; nótese, sin embargo, que la de 17 de abril de 1948 se refería a un salto de agua en el que la habitabilidad inicial del objeto del arriendo no resultaba nada claro, y que, en supuestos similares a los que se contemplaron en las indicadas sentencias, el Tribunal Supremo ha considerado incluido el contrato en el campo normativo de la LAU; *vid infra*, 10.

II. *Naturaleza jurídica del arrendamiento en que el arrendatario tiene la facultad, o la obligación, de mejorar la cosa arrendada.*—Es relativamente frecuente el arrendamiento de locales de negocio en los que se impone, o simplemente se faculta, al arrendatario, a modificar, mejorándola, la cosa objeto del contrato, a través de la realización, en la misma, de las obras y edificaciones necesarias o convenientes para el ejercicio de la actividad industrial o mercantil que se proponga desarrollar el arrendatario; sólo en el caso de que se imponga, a este último, la realización de las construcciones previstas, puede hablarse propiamente de un arrendamiento *ad meliorandum* o *ad edificandum* (3) pero, en la práctica, se utiliza dicha rúbrica, de modo indiscriminado, para designar a ambos supuestos.

La contrapartida de la obligación o facultad de construcción, correspondiente al arrendatario —particularmente en el primer caso— suele ser, aparte la fijación de un largo plazo contractual, la reducción de la renta a una cifra inferior de la que resultaría del simple arriendo de local, ya que las obras realizadas quedan, por lo general, por virtud del pacto, en beneficio del arrendador. En el supuesto de simple facultad de construir, el arrendamiento apenas si ofrece complejidad alguna ya que, en definitiva, ninguna prestación específica se impone al arrendatario (aparte de la normal del pago de la renta) y la facultad de edificar no tiene, en el plano jurídico, más relieve que la de subarrendar, alterar el destino etc., que nunca se ha considerado que desnaturalizasen la esencia del arriendo ni determinasen la eliminación del mismo del ámbito de la LAU. Cuando, por el contrario, la construcción venga impuesta al arrendatario, la relación reviste alguna mayor complejidad, en razón de que a la prestación primaria del arrendatario, se agrega otra de diversa naturaleza, la de realización de una obra determinada en beneficio del arrendador; en este caso cabe hablar de un verdadero contrato mixto de tipo combinado en el que, como en todo contrato mixto, no se borran las características y efectos normales propios de los elementos componentes, ni las notas básicas que determinan el régimen de cada uno de ellos. En el arrendamiento *ad meliorandum*, el componente arrendaticio conserva su virtualidad y determina la aplicación, en lo fundamental, al contrato, del régimen propio de la modalidad arrendaticia de cosa que entra en la combinación como componente fundamental.

III. *La dicotomía arrendaticio urbana.*—A partir de 1920, en que se pone término al periodo de casi un siglo de liberalismo jurídico-arrendaticio y se reinstaura el criterio estabilizador del arriendo mantenido anteriormente, al menos en cierta área geográfica, se produce una marcada dicotomía del arrendamiento urbano; de un lado, los contratos regidos por los Decretos de alquileres primero y por la LAU después; de otro, los encuadra-

(3) Véase sobre la materia; PORCIOLES, *Arrendamientos complejos*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», II, pág. 925; FUENMAYOR, *La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos*, en este ANUARIO, 1950, pág. 1211 y sigs. y SOTO NIETO, *Supuestos de inclusión y exclusión en la nueva LAU*, Alcoy, 1956, pág. 265 y sigs. que sostienen —el primero con algunas restricciones— la tesis de la complejidad, y exclusión de la LAU, del arriendo *ad edificandum*.

dos íntegramente dentro del campo del Código civil. La legislación que regula los primeros suele llamarse «especial» (4), en tanto que los segundos se consideran «arriendos de derecho común»; esta terminología ya un tanto forzada en la época del Decreto de alquileres de 1931, que regía la inmensa mayoría de los contratos de arrendamientos urbanos, resulta tanto más forzada, incorrecta y equívoca tras la publicación de una Ley cuya propia rúbrica «Ley de arrendamientos urbanos», pone de manifiesto que es la fuente normal y básica del arrendamiento urbano y cuyo amplio contenido acredita que caen bajo su imperio la inmensa mayoría de los arrendamientos de fundos urbanos.

Lo incorrecto de la terminología vulgarmente utilizada en resoluciones judiciales y comentarios a la LAU ha arrastrado —junto con la reacción del Derecho privado contra todas las innovaciones, especialmente las que vulneran el principio de la supuesta autonomía de la voluntad— a la formulación de un principio absolutamente erróneo: el de la primacía del arrendamiento arrendaticio común sobre el «especial» en todo problema de delimitación entre ambos campos. La idea de la existencia de un doble orden arrendaticio, común y especial, ha hecho olvidar que no se trata propiamente del choque de una ley especial con una ley común, de una institución de tipo genérico de la que se ha desgajado, con relación de subordinación o dependencia, otra de carácter específico sino, de la existencia de dos tipos de contratos y relaciones jurídicas situados en un mismo plano, referentes a diversos objetos y con características perfectamente independientes y diferenciadas, resultantes de una nueva etapa en la dislocación del arrendamiento tradicional; del mismo modo que el arrendamiento de cosa se disocia en un arriendo de inmuebles y otro de tipo mobiliario, y el primero se escinde en dos ramas, el rústico y el urbano, así éste, por un nuevo proceso de segmentación se divide en dos grandes categorías, comprensiva una de los arriendos de inmuebles habitables —o cuando menos de la mayor parte de los mismos— y otra de los restantes. Y de la misma manera que sería absurdo afirmar que el arrendamiento urbano tiene carácter especial, respecto al rústico o viceversa, y que, en caso de duda, el ordenamiento de uno u otro, tiene carácter atractivo y

(4) En muchos casos se va mucho más allá y se habla de legislación especial y de «emergencia», bárbara e inexacta «expresión hija de la falsa idea de que la estabilización de la relación arrendaticia a través del mecanismo de la prórroga forzosa es algo meramente accidental y transitorio; no se alcanza a vislumbrar que la estabilización de la sede del hogar y de la empresa —comercial, industrial y aun agrícola— constituye una exigencia de la moderna conciencia social y una conquista del moderno Derecho. El hecho de que la LAU sea una ley de transición y de que en ella se contengan normas que responden sólo a coyunturas de tipo transitorio, y otras que son simple expresión de los titubeos y vacilaciones del legislador en busca de un marco legal adecuado para encuadrar un régimen definitivo de ocupación de viviendas y locales de negocio que coordine la doble exigencia de estabilidad del arrendatario y rentabilidad adecuada, no permite suponer que, en sus líneas generales, sea la LAU un cuerpo de vigencia precaria destinada a ser arrumbada por un retroceso a la general vigencia del Código civil en materia arrendaticia.

preferente, carece igualmente de fundamento afirmar la prioridad del Código civil sobre la LAU o viceversa, a efecto de hallar un criterio de delimitación de ambos campos; en todo caso, por razón de la extensión de los respectivos campos normativos, por el principio estabilizador que cada vez gana más terreno en la conciencia social y por el mismo carácter de la LAU como fuente básica y normal del arrendamiento de fundos urbanos. más bien habría que atribuir a esta última, la fuerza atractiva que se pretende conceder al Código civil (5).

En rigor, la delimitación entre los dos órdenes arrendaticios urbanos puede y debe realizarse acudiendo, simplemente, a las normas del capítulo I de la LAU utilizadas, ya directamente, ya por vía de aplicación analógica. En dicho capítulo se contiene, conjuntamente con un criterio bastante genérico de inclusión —el basado en el destino de vivienda, industria o mercantil de la cosa arrendada y en la habitabilidad de ésta— un cierto número de reglas encaminadas, unas, a la inclusión de ciertos tipos arrendaticios en la órbita de la LAU y otras, a la exclusión de otras modalidades contractuales; parece claro que deberá considerarse comprendido en el campo regido por la LAU, todo arrendamiento que, directamente, o por analogía, caiga bajo las normas de inclusión y excluido todo

(5) En la fase inicial de aplicación de la LAU se advirtió cierta corriente favorable a atribuir prioridad a dicha Ley y aun en 1953 se lee en una sentencia del Tribunal Supremo que «tratándose de arrendamientos urbanos hay que estar, en primer término, a las disposiciones de esta Ley y sólo en su defecto a las del C. c.» (S. de 23 de marzo) afirmación que, aun refiriéndose al juego cumulativo de normas de ambos cuerpos legales en cuanto a obligaciones de las partes, no deja de suponer, en su tenor literal, una importante concesión a la posición inicial; sin embargo, muy pronto se inició una corriente jurisprudencial —véase singularmente una S. de 29 de mayo 1950— y doctrinal que tiende a restringir el campo de aplicación de la LAU y ya dentro de la misma a reducir el juego de su principio fundamental estabilizador a virtud de una aplicación extensiva de las causas de denegación de prórroga y de resolución en general. La repulsa suscitada por el excesivamente riguroso bloqueo de las rentas antiguas y la hábil campaña desarrollada por los sectores interesados, que han atribuido a la LAU las dificultades actuales en materia de vivienda —cuando es indudable que la política arrendaticia ha tenido una mínima repercusión en el problema actual— viene sosteniendo las corrientes dominantes en la jurisprudencia y en la doctrina en favor de la visión de la LAU como ordenamiento de excepción cuya proyección debe realizarse en forma restrictiva. Véase sobre las relaciones entre la política arrendaticia y el problema de la vivienda el notable trabajo de A. COTORRUELO, *La política Económica de la Vivienda en España*, Madrid 1960, con copiosa información sobre la situación de la vivienda en España bajo la vigilancia del régimen de libertad contractual y en la que se demuestra que en tal período histórico el problema de la vivienda no existía... ¡para quienes disponían de ingresos bastantes para pagar la renta de una vivienda adecuada!, los que no constituían ciertamente la totalidad de la población, pues a principio de siglo más de la tercera parte de Madrid habitaba en forma totalmente inadecuada y se contaban más de 6.000 barracas en Barcelona y de 1.700 en Sevilla. Véase también el valiente alegato de BREMON y LLANOS, *Aspectos jurídico, social y económico de la relación arrendaticia urbana*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1961, julio-agosto, página 101, en contra de las tendencias regresivas en materia de estabilización arrendaticia.

arriendo exceptuado, expresamente o por analogía. Las reglas del capítulo I de la LAU, aplicadas a la luz de una hermenéutica teleológica, suministrarán criterios decisivos de delimitación sin acudir al erróneo criterio de la prioridad del llamado ordenamiento común, sobre el llamado ordenamiento especial.

IV. *Fundamentos genéricos e institucionales del encuadre en la LAU del arrendamiento ad meliorandum y categorías afines.*—Del capítulo I de la LAU se infiere que las notas que determinan la adscripción de un arrendamiento al régimen de la misma son tres: que se trate de un verdadero arrendamiento, que recaiga sobre local habitable, y que tenga como finalidad proveer de sede a actividades humanas lícitas (6), tales como son las de tipo industrial mercantil, docente, las propias del hogar familiar etcétera. Ninguna de tales características deja de concurrir en el arrendamiento de un local industrial por el hecho de que el arrendatario pueda o deba edificar por su cuenta y en beneficio propio —en cuanto a la utilización de lo edificado— y del arrendador —en cuanto a la construcción acrecienta el capital del mismo—. Por otra parte, ninguno de supuestos de exclusión configurados en el capítulo I, afectan al arriendo *ad meliorandum* ni se basan en circunstancias que tengan la menor analogía con las que se ofrecen en el contrato mixto objeto de examen; no existe en éste temporalidad en el uso, ni vinculación del arrendatario a una actividad laboral, ni finalidad rústica, ni falta de utilidad social, ni la menor analogía con el arrendamiento de industria (7).

Las exigencias de estabilidad de la sede de la actividad industrial que han determinado la concesión de prórroga forzosa al arrendatario de local de negocio concurren, íntegramente, en el arrendamiento *ad meliorandum* y en los tipos afines; sería, por otra parte, absurdo, que se atribuyera el beneficio de prórroga forzosa al arrendatario que se limita a pagar la merced arrendaticia, sin realizar aportación alguna de capital, ni beneficiar o mejorar el inmueble y que se negara tal beneficio a quien contribuye, con su patrimonio, a la adecuada habilitación de la sede de su futura empresa, además de pagar la correspondiente merced arrendaticia. La fuerza del argumento es tal, que por sí solo basta, a la luz de una interpretación finalista, para desvirtuar el fantasma conceptual del arrendamiento complejo que tan lamentables consecuencias viene teniendo al socavar el baluarte proteccionista de la LAU y abrir una posible brecha a toda clase

(6) Nótese que sólo se excluyen los casinos y círculos de recreo, los que, si bien se destinan al ejercicio de actividades lícitas, se han estimado indignos de tutela, por creer que, como lugares dedicados al ocio, no responden a función ninguna de interés social digna de protección.

(7) La exclusión del arrendamiento de industria o de empresa es, hasta cierto punto, explicable, pues en él, el componente arrendaticio inmobiliario aparece totalmente desdibujado y pierde, desde luego, el carácter de factor primario que tiene en el arrendamiento de local de negocio y aun en los arrendamientos atípicos del apartado 2 del art. 3.º; en estos últimos, lo arrendado es, en definitiva, un local, un inmueble, en tanto que el de la industria lo que se arrienda es una empresa, con independencia —como ha reconocido la S. de 20 de octubre de 1960— de que la misma radique en local propiedad del arrendador o del que éste sea arrendatario.

de abusos (8); frente a él, no cabe invocar el argumento basado en la consideración de lo injusto que puede resultar la perpetuación de una renta reducida cual la que en general se pacta en el arrendamiento *ad meliorandum* (9), tanto más, si se tiene en cuenta que el artículo 3.º de la LAU en relación con el artículo 104 de la misma, desvanece totalmente el riesgo de un injusto envilecimiento de la renta.

V. *El artículo 3. de la LAU y los arrendamientos ad meliorandum.*— Entre el arrendamiento puro y simple de local de negocio y el arriendo de industria, existe una amplia gama de modalidades arrendaticias caracterizadas por la circunstancia de que el arriendo inmobiliario de local aparece complementado o matizado por un régimen de prestaciones especiales que, sin llegar a borrar la característica fundamental del arriendo de local ni mucho menos, a identificarlo con el arriendo de empresa, le dan cierta configuración especial y justifican que el régimen legal aplicable a tales relaciones, aun siendo, en lo fundamental, el propio de los arrendamientos de locales de negocio ofrezca ciertas peculiaridades adaptadas a su especial textura. A esta finalidad ha subvenido, con feliz fórmula, la LAU, en su artículo 3.º, apartado 2.º, en la que se ha insertado una norma que sólo de modo fragmentario ha sido comprendida y aplicada.

El apartado 2.º del artículo 3.º, prevé dos supuestos a los que se aplica el régimen de arriendo de local de negocio con las particularidades, en cuanto a renta, derivadas del artículo 104: el del arriendo en el que con el local se ceda por el arrendador viviendas, almacenes, terrenos, saltos de agua, fuerza motriz, maquinaria, instalaciones y, en general, cualquier otra cosa destinada a ser utilizada en la explotación del arrendatario y el del arriendo singularizado por la existencia de estipulaciones especiales por muy *importantes, esenciales o diversas* que sean tales estipulaciones. Es evidente que el pacto sobre edificación, impuesta o permitida al arrendatario, no puede por menos de incluirse entre las estipulaciones a que alude la norma citada; en primer término, porque el supuesto cae integra-

(8) De admitirse y generalizarse la tesis de la sentencia anotada será en extremo fácil vulnerar el ordenamiento estabilizador de la LAU; bastará que el arrendador obligue al arrendatario a aceptar un pacto por el que el segundo se comprometa a construir determinadas edificaciones o a realizar alguna prestación diversa de la del pago de renta, para burlar el dispositivo proteccionista de la LAU.

(9) Los argumentos en que se ha basado la pretendida exclusión del arrendamiento *ad meliorandum* de la órbita de la LAU han sido: la imposibilidad de aplicar la prórroga, con todas sus consecuencias, a un contrato en el que una de las prestaciones, la realización de las mejoras, no es susceptible de reiterarse sucesivamente —argumento sofístico que asombra pueda tomarse en consideración— y el gravamen, para el arrendador, de la permanencia de una renta fijada en contemplación de una determinada duración del arriendo y de la inversión realizada por el arrendatario y que resultaría notoriamente insuficiente de subsistir una vez expirado el plazo previsto. Aparte de que, cuando menos, quienes conciertan arriendos *ad meliorandum* con posterioridad a 1920 deben prever la aplicabilidad del régimen de prórroga forzosa, el art. 104 de la LAU de 1955, ha descartado la virtualidad de un argumento que, de *lege ferenda*, pudo tener algún peso bajo la legislación anterior.

mente dentro del tenor literal del precepto y en segundo lugar, porque de no admitir esta tesis resultaría inaplicable e inexplicable la norma en cuestión, ya que, evidentemente las estipulaciones especiales a que se refiere el artículo 3.º, han de ser de gran relieve —cualquier estipulación propia de un contrato combinado— para que puedan determinar la entrada en juego del régimen especial de revisión de renta del arriendo de local de negocio con estipulaciones especiales o cesión de elementos complementarios de la explotación.

Si, de *lege data*, la conclusión anterior ofrece toda la solidez que deriva de una explícita norma legal, frente a la que no puede prevalecer la jurisprudencia, por reiterada y uniforme que sea —circunstancia, la última, que no se da en este caso (10)— de *lege ferenda*, la solución arbitrada en la LAU, resulta absolutamente satisfactoria, ya que acierta a conciliar, en relación a un arrendamiento atípico como es el objeto de examen, la doble exigencia de estabilidad del arrendamiento y rentabilidad adecuada; en efecto, el riesgo apuntado como base de la exclusión de la LAU, relativo al envejecimiento de la renta y la inadecuación del mantenimiento de una renta calculada específicamente para un determinado período de años, una vez transcurrido el plazo contractual, son inexistentes si se tiene en cuenta el flexible régimen de rentas previsto, para estos arriendos, en el artículo 104 de la LAU. El hecho de que cada cinco años la renta pueda ser revisada por una Junta de Estimación —contra cuyas decisiones cabe recurso en juicio ordinario— para adaptarla a toda una serie de factores de carácter general —índices de costo de vida y sueldos y jornales— con otros de carácter particular— características del local y, en general, cuantos factores puedan conducir a la determinación de la renta justa— permitirá adaptar la renta, cada quinquenio, a la coyuntura económica general.

(10) No cabe hablar de doctrina uniforme cuando diversas sentencias, la mayor parte de reciente fecha, resolviendo supuestos muy similares a los contemplados en las sentencias citadas en el segundo considerando de la resolución anotada han mantenido el criterio de inclusión en la LAU de los respectivos arriendos. Véanse las sentencias de 26 de octubre de 1956, en las que tras recordar que la de 5 de febrero de 1953 afirmó que la mera concesión al arrendatario del permiso para edificar en el solar arrendado, es insuficiente para estimar constituido un derecho real de superficie, se dice que no desnaturaliza el carácter de arrendamiento puro y simple el hecho de que, cedido el uso de un terreno y cine se pudiera construir y se construyera, por el arrendatario, aunque los construido cediera en beneficio de la propiedad al terminar el contrato; 23 de enero de 1957, que sujeta a las normas de la LAU el arrendamiento de un trozo de terreno complementario de una vivienda y que, según el destino previsto en el contrato, se transformó en local de negocio cinematográfico; de 24 de octubre de 1959, que incluye en la LAU el arrendamiento en que se autoriza al arrendatario a realizar las reformas que estime convenientes y, finalmente, la de 4 de noviembre de 1960, según la cual no suponen complejidad bastante para excluir el arriendo de la LAU, ni la autorización de realización de obras concedida al arrendatario con la cláusula de que las efectuadas queden en beneficio de los propietarios, ni el pacto de indemnización para el caso de rescisión del arriendo antes de su término por causa no imputable al arrendatario, supuesto que, como se advierte, es virtualmente idéntico al enjuiciado — y resuelto en sentido contrario— por la sentencia anotada. Véase también 5 de 6-IV-1961 (Social).

en relación con las especiales características del arriendo, a efecto de alcanzar, no ya sólo una renta legal, sino una renta justa.

A la vista de las anteriores consideraciones y de las características del contrato de autos, según se deducen de los propios fundamentos de derecho transcritos y de las alegaciones de propio actor (11), no cabe sino adherirse al criterio del Juzgado y Audiencia de Barcelona que entendieron aplicable la LAU, al citado contrato y esperar que, en ulteriores planteamientos del problema ante el Tribunal Supremo, se abandone por este la tesis de la complejidad excluyente y se vuelva al criterio de inclusión en la LAU, mantenido en alguna sentencia anterior que pareció augurar un cambio de rumbo en favor de una más amplia proyección del campo de aplicación de la LAU.

JOSÉ PERÉ RALUY.

(11) Nótese que en la alegación de hecho realizada por el actor en su demanda —pretendiendo la exclusión del contrato del campo de la LAU— tras decir que el contrato de arriendo se refería a «los locales y casas, sitas en, en la forma en que actualmente se encuentran» y que en el pacto segundo se hacía constar que los locales se arrendaban para instalar en ellos la industria de cinematógrafo y que «cuantas obras hubieran de realizarse al efecto serán de cuenta de la entidad arrendataria y bajo su exclusiva responsabilidad» se afirma que, siendo los inmuebles objeto del arrendamiento inadecuados para los fines pretendidos, se previno que la sociedad arrendataria «podría efectuar las obras precisas a tal fin». Es indudable, pues, que el arrendatario estaba meramente *facultado* y no *obligado* a alterar la cosa arrendada y, por lo tanto, que el arrendamiento de autos no podía considerarse como un propio arrendamiento *ad meliorandum*.

II. SENTENCIAS

A cargo de Alberto BERCOVITZ, Gabriel GARCIA CANTERO, Justo J. GOMEZ YSABEL, Antonio del HOYO, José L. MORO SERRANO, José M.^a PEÑA, Luis PASTOR RIDRUEJO, José PERÉ RALUY, Antonio PEREZ VEGA y Ricardo RUIZ SERRAMALERA, con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. CAPACIDAD DE LAS COMUNIDADES RELIGIOSAS: NECESIDAD DE LICENCIA DE LA SANTA SEDE APOSTÓLICA EN DETERMINADOS CASOS: *La capacidad de la Iglesia católica en materia de contratación se rige por el artículo 38, párrafo II, del Código civil, que remite a lo concordado, y según el Concordato de 27 de agosto de 1953, artículo 35, todo lo perteneciente a personas o cosas eclesíásticas será dirigido y administrado conforme a la disciplina de la Iglesia, que erige en los cánones 1.531, 1.532, 1.533 y 1.534 del «Corpus iuris canonici», bajo pena de invalidez, la licencia de la Santa Sede Apostólica cuando se trate de enajenar bienes o celebrar contratos y su cuantía exceda de 30.000 liras o francos oro (elevado a 200.000 pesetas por Decreto Consistorial de 13 julio 1951).*

CAPACIDAD DE LAS COMUNIDADES RELIGIOSAS: NULIDAD SI FALTA LA LICENCIA DE LA SANTA SEDE: *En los casos en que sea necesaria, su falta produce nulidad.*

VALOR DEL JUICIO DE CAPACIDAD DEL NOTARIO: *La calificación del notario, sobre la capacidad de los otorgantes, es siempre provisional y no tiene autoridad para resolver cuestiones reservadas al poder judicial. [S. 22 noviembre de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: Se trata de un afianzamiento otorgado por el Rector de un colegio sin licencia de la Santa Sede, a pesar de ser necesaria según el Derecho Canónico. El T. S. estima bien declarada la nulidad.

(J. M. P.)

2. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: ACTOS ANTERIORES DE LOS CONTRATANTES: *Interpretar un contrato es, en términos generales, determinar sus efectos y la misión del intérprete consiste en indagar la verdadera intención de los contratantes, porque esta es la regla de las reglas para la interpretación de los actos jurídicos, y aunque el artículo 1.282 del Código civil dice que para juzgar la intención, ha de atenderse a los actos coetáneos y posteriores al contrato, no deben desdeñarse los anteriores, porque prescindir de los antecedentes equivale a suprimir la historia del contrato y por ello deben ser tenidos en cuenta.*

PROCESO: CONCEPTO: *El proceso es una operación compleja, progresiva y metódica al servicio de una idea que es la de producir en el Juez un estado de conocimiento de los hechos que le permitan cumplir su función juzgadora.*

DOCUMENTO PRIVADO RECONOCIDO LEGALMENTE: *Procede estimar el único motivo de revisión... por error de hecho en la apreciación de la prueba, por ser evidente el cometido por la Sala sentenciadora al valorar el documento... cuya fuerza decisoria es evidente, pues los documentos privados reconocidos legalmente, hacen prueba contra el que lo suscribe. [S. 24 de noviembre de 1962; Sala de lo Social.]*

3. SUSPENSIÓN DE JUICIOS DE DESAHUCIO: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN: *A la prescripción de la acción no afecta la suspensión de la tramitación de todo juicio de desahucio, ordenada por Decreto-ley de 24 de enero de 1944, pues la suspensión de la actividad de la función pública judicial es inequivalente a la actividad privada del titular de la acción, como lo son la instancia o promoción de un proceso y su ulterior tramitación. [S. 3 de mayo de 1961; desestimatoria.]*

NOTA: La doctrina transcrita no constituye *ratio decidendi*. El T. S. la expone a mayor abundamiento y marginalmente, ya que desestima la resolución del contrato (pedida por subarriendo inconstituido), basándose en lo expresamente establecido en la Disposición transitoria 2.^a de la LAU, derogada (4.^a de la vigente), ante lo cual —afirma— es innecesario y carente de interés el análisis de la cuestión planteada sobre el cómputo del plazo requerido para la prescripción de la acción de resolución, del que el recurrente estimaba que había de descontarse el tiempo que media entre el 1 de febrero de 1944 (publicación del Decreto-ley de 24 de enero de 1944) y el 3 de abril de 1947 (fecha de vigencia de la LAU, derogada) (J. G. Y.)

II. Derechos reales.

1. PATENTES: MEMORIAS DESCRIPTIVAS: *«Es reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala que las memorias descriptivas que se acompañan a las solicitudes de registro de marcas, patentes y modelos, no constituyen documentos auténticos que acrediten la equivocación del Juzgador cuando la apreciación de este no coincide con lo que aquéllos refieren.»*

PATENTES: INVENCIÓN DE COMBINACIÓN: *«Las operaciones mecánicas que constituyen el procedimiento amparado por la patente de invención no son una mera yuxtaposición de elementos de dominio público, puesto que en dicha patente tales operaciones se hallan combinadas en forma coordinada y sucesiva con vista al logro de un resultado industrial, y por la manera de realizarse esa coordinación, si se prescindiera de alguno de los elementos mecánicos integrantes del conjunto, desaparecería dicho resultado industrial. [S. 10 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

2. MODELOS DE UTILIDAD: NULIDAD: *Los Tribunales civiles sólo podrán declarar la nulidad del modelo de utilidad, conforme al artículo 180 del*

Estatuto de la Propiedad Industrial, cuando se justifique no ser cierta la manifestación de novedad hecha por el interesado en su solicitud. [S. 13 de octubre de 1962; no ha lugar.]

En el segundo motivo de casación se alegaba la infracción del artículo 171 del Estatuto de la Propiedad Industrial, puesto que el modelo de utilidad impugnado tenía por objeto un procedimiento, y es claro que un procedimiento al carecer de forma materialmente determinada no puede registrarse como modelo con arreglo a dicho precepto. El T. S. al establecer la doctrina señalada deja planteado un grave problema; según ella, una vez concedido un modelo de utilidad no podrán los Tribunales civiles declarar su nulidad por ninguna otra causa que no sea la falta de novedad, aun cuando sea evidente que la concesión de dicho modelo fué contraria a la ley. Esto es especialmente grave si consideramos que supone la indefensión de los terceros, a los cuales podrá impedir que realicen una explotación determinada el titular de un modelo de utilidad inscrito en abierta contradicción con lo dispuesto en la ley.

3. COMPETENCIA: PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO: *Es competente para la acción que tiende a que los muebles pignorados se reintegren al lugar que para el depósito fijó la escritura, el Juez correspondiente a este lugar. [S. 24 noviembre 1961].*

Los muebles se habían trasladado sin consentimiento del acreedor a partido judicial distinto al del lugar del depósito. El Tribunal Supremo decide así la cuestión, teniendo en cuenta la prohibición que de tales traslados hace el artículo 60 de la Ley de 16 de diciembre de 1954.

III. Derecho de obligaciones.

1. VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES: *Aun cuando el artículo 1.089 del C. c. no enumera las declaraciones unilaterales de voluntad entre las fuentes de las obligaciones, tampoco contiene norma explícita que las prohíba terminantemente, y de su comparación con otros preceptos, como 1.158, 1.330 y 1.087 del mismo cuerpo legal, y 587 y 789, entre otros, del C. de c. se llega a la conclusión de que en determinados supuestos pueden dar origen al nacimiento de un título que las legitime y obligue al deudor a su cumplimiento.*

VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES: *Emitida la declaración de voluntad con ánimo de obligarse una persona a otra a título de disposición, se genera un derecho de crédito a favor de la designada por reflejar la voluntad del promitente y su consciente intención de asumir el deber de cumplir lo ofrecido: doctrina ésta sentada por las Sentencias de 31 de octubre de 1924, 17 octubre de 1932 y 10 de enero de 1946, y que no es posible dejar de tener en cuenta cuando el acto unilateral del oferente va seguido de la aceptación del otro interesado, porque entonces aparece con claridad la concordancia de voluntades exigida por el artículo 1.261 (así en la Sentencia).*

DONACIÓN: ACEPTACIÓN POR MEDIO DE PAPELETA DE ACTO DE CONCILIACIÓN: *Aunque la demandante no intervino en el documento privado de donación manifestó expresamente y en forma escrita su aceptación al hacerla constar en la papeleta a que se refiere el artículo 465 L. e. c., cuya aceptación llegó a conocimiento de la donante que hubo de recibirla cuando se dió cumplimiento al artículo 467 L. e. c., resultando intrascendente a estos efectos que no compareciera al acto de conciliación. [S. 13 noviembre de 1962; ha lugar.]*

NOTA: Se trataba de una donación de 25.000 pesetas en documento privado, sin intervención de la donataria. Se acepta en la papeleta del acto de conciliación, conociendo la aceptación la donante al entregársele la papeleta.

La doctrina que sienta en materia de voluntad unilateral como fuente de las obligaciones, no tiene gran valor porque en el caso presente fué seguida de aceptación. De una manera tímida, en la doctrina reseñada, habla de que pueda ser fuente la voluntad unilateral de ciertos casos. (J. M. P.)

2. OBLIGACIÓN DE DAR: ARTÍCULO 1.095 C. c.: *El derecho del acreedor a los frutos de la cosa debida, con arreglo al artículo 1.095, no está condicionado al dolo, negligencia o morosidad del deudor. [S. 17 de abril de 1962; Sala de lo Social.]*

3. CUMPLIMIENTO DE CONTRATO: PLAZO CONVENIDO: *Habiéndose establecido un plazo para el cumplimiento voluntario del contrato, carece el comprador del derecho a exigirlo coercitivamente, mientras aquel plazo no se agotara, y, por lo tanto, en ningún sentido puede encontrarse la menor relación con la caducidad, que afecta al ejercicio de un derecho ya nacido. [S. 14 de claridad para que produzca efecto.]*

4. LIQUIDACIÓN DE CUENTAS: ERROR DE CÁLCULO: *El mero error de cálculo, no sustancial, sólo puede generar su corrección, no la nulidad relativa del contrato.*

SUBROGACIÓN DERECHOS ACREEDOR: *La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en el Código civil, y en los demás es preciso establecerla con claridad para que produzca efecto.*

INCONGRUENCIA: *La incongruencia del fallo exige la ineludible cita del artículo 359 L. e. c. [S. 30 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

5. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: APARCERÍA: NATURALEZA: *La aparcería es un contrato «sui generis» que participa de la naturaleza de la sociedad y del arrendamiento.*

NOVACIÓN: *Frente a la concepción estrecha y formalista del Derecho romano, el Derecho español admite un concepto amplio de la novación, que engloba dentro de la institución no sólo la figura tradicional de la novación extintiva, sino también la impropia o modificativa como se deduce de la frase*

inicial del artículo 1.203 del Código civil, y «a sensu contrario» del texto del artículo 1.207 del mismo, admitiendo las dos antiguas formas de la novación modificativa cuales son la «expromisión», reconocida en el artículo 1.205, y la «delegación» aludida en el artículo 1.206.

La diferencia entre la novación y los demás modos de extinguir las obligaciones a que se refiere el artículo 1.203 del Código civil (sic) es la de que estos producen en general una extinción absoluta, mientras que la operada por aquella es sólo relativa. [S. 21 de noviembre de 1962; Sala de lo Social.]

COMENTARIO: En cuanto a la novación también sigue nuestro T. S. el criterio moderno y progresivo iniciado por la Sentencia de 29 de abril de 1947 y continuado por otras más recientes que considera que la novación no implica necesariamente la extinción de la obligación, sino que puede ser simple modificación de la misma. Se recoge, pues, el criterio jurisprudencial anterior, pero de un modo más preciso y más técnico. Así, se dice claramente que los tres casos del artículo 1.203 del C. c. pueden ser de simple modificación de la obligación, y dentro de la novación por cambio de la persona del deudor simplemente modificativa, se reconocen las dos formas que tradicionalmente se señalaban para la extintiva, dándole, además, sus nombres técnicos de «delegación» y de «expromisión».

En cambio lo que acaso no parece demasiado exacto es el criterio de distinción que señala respecto de los demás modos de extinguir las obligaciones, porque no parece que la distinción radique en que la novación suponga una extinción relativa de la obligación, y los demás medios, extinción absoluta. Más exacto parece considerar que la diferencia consiste, como dice Castán (1) en que la novación es «un acto jurídico de doble función que a la vez que extingue hace nacer en lugar de ella otra obligación nueva». Claro que podía decirse que extinguir una obligación y crear simultáneamente otra, es sólo extinguirla relativamente; pero es muy dudoso este aserto, al menos, desde un punto de vista propiamente jurídico. Todo esto, naturalmente, cuando se trata de la novación propia o extintiva; cuando es simplemente modificativa la diferencia consistirá en que no extingue la obligación, sino que sólo la modifica. Claro que si a modificar una obligación quiere llamársele extinguirla relativamente, no habría ningún reparo para esta doctrina jurisprudencial que comentamos. (A. P. V.)

6. COMPRAVENTA DE COSA MUEBLE: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: *Declarado probado que el motor suministrado por el vendedor no reunía las condiciones pactadas por no tener la fuerza convenida, ni arrancaba en frío, ni elevaba el agua desde la profundidad y en la cuantía prevista, ni se entregó con la documentación oportuna, existe un incumplimiento contractual que da lugar a la resolución al amparo del artículo 1.124 del C. c.*

FALTA DE PERSONALIDAD: *Supone un vicio formal «in procedendo» que sólo puede ser tratado en casación por la vía del quebrantamiento de forma, y no*

(1) Derecho civil español, común y foral. Tomo III. Octava edición. Página 306.

por el cauce de infracción de normas sustantivas, ya se alegue como dilatoria o como perentoria.

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Es causa de inadmisión, que se convierte en causa de desestimación, la omisión del párrafo del art. 1.692 en que el recurso se apoya. [S. 8 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

7. ARRENDAMIENTO URBANO: SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: ARRENDAMIENTO DE OBRA: *En el arrendamiento de obra se requiere que quien la ejecute, ponga al menos su trabajo o industria, aunque pueda suministrar también material, pero si lo que aporta es sólo una cosa física, existirá un arrendamiento de cosa, y si ésta se encontrase en posesión de quien la aporta por título locativo y se transfiere su uso mediante precio, dinero o en especie, se dará la figura jurídica del subarriendo.*

CONFESIÓN; INDIVISIBILIDAD: *La confesión puede dividirse contra su autor cuando una parte de la misma esté probada por otros medios.*

PRESUNCIONES: *No hay prueba de presunciones cuando el Tribunal extrae directamente los hechos que fija del resultado probatorio que la litis ofrece. [S. 21 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

8. TERCERO RESPECTO A CONTRATO PRIVADO: *Lo es el que no ha intervenido en el mismo.*

PACTOS SECRETOS EN SOCIEDAD: *El que el contrato de sociedad sea privado no presupone que los pactos se mantengan secretos.*

PACTOS SECRETOS EN SOCIEDAD: ART. 1.669 C. c.: *La declaración del segundo párrafo del art. 1.669 del C. c. es una consecuencia obligada del anterior, establecida en favor de terceros que no puede ser invocada por los socios para impedir el cumplimiento de obligaciones contraídas. [S. 14 de junio de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: Existe una sociedad, en documento privado, entre el señor J. y la Sociedad M. El señor J. contrae determinadas obligaciones firmando facturas en su propio nombre, por cuenta de la sociedad. El señor J. en el recurso de casación pretende que el contrato de sociedad celebrado por él con la Sociedad M. no tiene eficacia frente a terceros, y que es esta Sociedad M. —a la que en concurso se adjudicó el servicio de restaurante de un casino— la responsable. El T. S. sienta la doctrina resumida anteriormente.

El señor J. no es tercero, sino parte, en el contrato de sociedad por él celebrado con la Sociedad M. No puede ampararse en el 1.669 para entender que no produce ese contrato efecto frente al demandante, pues es éste el que podía alegar su condición de tercero, si le conviniese, pero no aquél que no lo es.

IV. Arrendamiento de cosas.

1. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO DE ARRIENDO: DETERMINACIÓN DEL VERDADERO ARRENDATARIO: *El contrato de arriendo en una de cuyas cláusulas se dice*

que el arrendatario —persona individual— tiene el propósito de constituir una sociedad, consintiendo el arrendador, desde aquel instante, que el contrato se entienda concertado para la referida sociedad, y en otra se conviene que, no obstante la anterior, queda obligado el arrendatario —a cuyo nombre se han extendido y satisfecho los recibos de renta—, al pago de ésta, sin que la sociedad constituida haya tenido relación con el arrendador, debe entenderse concertado en favor de arrendatario individual. La cláusula que da lugar a la discrepancia hay que entenderla como simple autorización dada para la ocupación del local por la futura sociedad. [S. 31 de octubre de 1962; no ha lugar.]

2. ARRENDAMIENTO: CASINOS O CÍRCULOS DE RECREO: CASA PROVINCIAL: Es acertada la valoración de la prueba hecha por el Juzgador, al calificar de arrendamiento excluido de la legislación excepcional urbana al concluido por las partes, no obstante el hecho de que la recurrente realice, en las dependencias objeto del contrato, ciertos auxilios y finalidades benéficas o de índole altruista, en provecho de los hijos de la provincia a la que el Centro representa, compatibles con el destino principal de servir de lugar de esparcimiento o recrea en la capital del Estado, como casi todos los centros regionales.

COMPETENCIA: CONTRADICCIÓN DEL RECURRENTE: Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en ella de los litigios que, por razón de la materia, no estén atribuidos a la competencia de los Municipales o Comarcales, y no lo está la acción entablada por la parte recurrida, en cuanto que no se funda en la falta de pago de la merced arrendaticia; sin olvidar, por otro lado, que el demandado, aquí recurrente, alegó ante el Juzgado Municipal la excepción de incompetencia por razón de la materia, medio defensivo que entonces prosperó, y ahora cambia de criterio al invocar también la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia, con evidente y palmaria contradicción. [S. 3 de marzo de 1962; no ha lugar.]

3. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: El hecho de que el demandado tuviera que adquirir mucho menaje y utensilios, no implica necesariamente como pretende el recurrente, que lo arrendado no fue una industria con vida propia, sino un local de negocio.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: PRUEBA: PRESUNCIONES: Si en el contrato se expresa que el arrendatario toma a su cargo el pago de cualquier descubierto que exista en el negocio, no cabe duda de que la interpretación que dio la Sala, calificando el arrendamiento como de industria y no de local de negocio, fue la correcta, porque no es normal que se asuma el pago de las deudas de un negocio, cuando solamente se adquiere el derecho del arrendamiento del local.

CASACIÓN: INCONGRUENCIA NEGATIVA: Nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, en su art. 359, en vez de limitarse a disponer que las sentencias deben ser congruentes con las demandas, agrega que también lo han de ser con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, con lo cual quiere dar

a entender que, además de las pretensiones del demandante, deben ser resueltas las del demandado, siempre que unas y otras hubieren sido oportunamente alegadas. La obligación de resolver todas las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito no significa, sin embargo, que el órgano jurisdiccional haya de resolver, en el fallo y de manera expresa, sobre cada una de las excepciones esgrimidas por el demandado, cuando la estimación de alguna de las pretensiones del actor las excluya de manera tácita. [S. 13 de marzo de 1962; desestimatoria.]

4. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: Aunque el actor no sea la persona que, en concepto de arrendador, suscribió el contrato de arriendo, no puede negársele legitimación para instar la resolución del arriendo, si el demandado le reconoció la condición de propietario con ocasión del requerimiento previo a la denegación de prórroga por necesidad, condición acreditada, más tarde, en el período de prueba con la copia del testamento y partición de los bienes dejados por el padre, arrendador primitivo.

ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: Procede la calificación del arriendo como de local de negocio si se acredita la existencia en él de una industria de peluquería a nombre de la esposa del arrendatario.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: Obedeciendo la petición resolutoria a la necesidad real de habitación sentida por el dueño no cabe apreciar el abuso de derecho por no haber intención de lesionar derechos.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: La profesión u oficio de los hijos del arrendatario es intrascendente a efectos de la selección. El servicio de costurera en un hospital militar, en el que la que lo presta figura entre el personal de servicios generales, sometida a la reglamentación laboral, no le atribuye la condición de funcionario público.

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ALEGACIÓN DE INCOMPETENCIA: La alegación de incompetencia no puede realizarse al amparo de la causa 3.^a —infracción de Ley—. [S. 14 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

5. LOCAL CON VIVIENDA: El contrato de arrendamiento de local de negocio no pierde su carácter porque en el complejo arrendado haya una pequeña parte dedicada a vivienda [S. 8 de junio de 1962; no ha lugar.]

6. CALIFICACIÓN DE ARRENDAMIENTOS: ARRENDAMIENTO MIXTO: ARRENDAMIENTOS COMPLEJOS: VIVIENDA Y LOCAL DE NEGOCIO: Concertado en época anterior a la LAU un arrendamiento en el que se prevé el destino a vivienda de los pisos altos y a comercio (las bajas), dicho contrato supone, no un arrendamiento complejo, sino un arrendamiento mixto de vivienda y local de negocio, en el que la finalidad primordial es el ejercicio del comercio con fin lucrativo, que debe prevalecer sobre el de vivienda, por tenerlo así determinado la jurisprudencia; debe aplicarse a tal contrato el régimen del arriendo de local de negocio.

TRANSMISIÓN «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO ARRENDATICIO DE LOCAL DE NEGOCIO: DOCTRINA SOBRE UNICIDAD DE TRANSMISIONES: *Tanto con arreglo a la LAU de 1956, como a la vigente, el arrendatario de local de negocio que lo sea por subrogación «mortis causa» no puede a su vez transmitir «mortis causa» su derecho arrendaticio, ya que sólo se da una transmisión.*

PROCEDIMIENTO APLICABLE EN MATERIA ARRENDATICIA: *Si bien cuando se trata de los requisitos indispensables para la eficacia de un contrato o de la existencia o inexistencia del mismo la acción debe ventilarse según las leyes procesales comunes cuando, por el contrario, se trate de un contrato de arriendo, válido y perfectamente delimitado, y se postule la resolución del mismo por subarriendo y por cesión, el proceso debe regirse por las normas de la LAU.*

EL TRIBUNAL SUPREMO EN FUNCIONES DE ÓRGANO DE INSTANCIA: *Si los dos órganos de instancia declararon indebidamente la propia incompetencia de jurisdicción, el órgano de casación, al dar lugar al recurso, debe colocarse en funciones de instancia, para entrar a conocer del fondo del asunto y determinar si procede o no la admisión de la demanda. [S. 3 de noviembre de 1962; ha lugar.]*

NOTA: Respecto a la infundada doctrina sobre unicidad de transmisiones *mortis causa* del derecho arrendaticio de local de negocio doy por reproducidas las anteriores observaciones críticas a dicha doctrina, publicadas en este ANUARIO —1960, págs. 658, 1074 y 1075—. Merece, en cambio, el más favorable comentario, la decisión del Tribunal de abordar el fondo del asunto controvertido y asumir las funciones propias de la instancia cuando no lo hicieron el Juzgado y la Audiencia por estimarse incompetentes; con esta decisión el Tribunal Supremo sigue la línea marcada por anteriores decisiones —23 de mayo de 1960 y 17 de junio de 1961— confirmando una práctica que, puede suscitar los reparos de quienes entienden que debe mantenerse a ultranza el principio de especialización de funciones y de limitación del Tribunal Supremo a su cometido estricto de índole casacional, pero que debe ser mantenida en aras del superior principio de economía procesal. Nótese también la reafirmación de lo que ya viene a constituir doctrina jurisprudencial: el predominio del componente, local de negocio, sobre el de vivienda. (J. P. R.)

7. VENTA DE PISO POR PRECIO SUPERIOR AL DE CAPITALIZACIÓN: DERECHO DEL ARRENDATARIO: *El art. 53 de la LAU no autoriza ni regula, en su apartado tercero, ninguna acción de nulidad, sino sólo una acción impugnadora, de efectos limitados a impedir la denegación de prórroga por necesidad. [S. 28 de septiembre de 1962; no ha lugar.]*

8. ARRENDAMIENTO URBANO: CUESTIONES NO COMPLEJAS: *En el contrato de arrendamiento no supone complejidad alguna el convenio que, sobre derechos de opción y tanteo, se incluyó a favor del arrendatario «durante el plazo de vigencia del contrato», cuando la contienda ha versado únicamente sobre si esa vigencia ha de terminar o no, por lo que el procedimiento adecuado es el ordenado por la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

PRÓRROGA LEGAL: CARÁCTER IMPERATIVO: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: MOMENTO DE EJERCICIO: *Frente a la prórroga legal forzosa e irrenunciable, impuesta por disposición imperativa de la Ley, carece de eficacia la voluntad de las partes contratantes, siendo evidente que la acción de denegación de la prórroga se ha de ejercitar antes de terminar ésta y comenzar la siguiente, pues, de otra forma, una vez iniciada la ulterior prórroga, nos encontraríamos también en la imposibilidad de negarla.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR DEMOLICIÓN: NOTIFICACIÓN: FECHA DE COMIENZO DE LAS OBRAS: *Se cumple con lo exigido en la Ley de Arrendamientos cuando en la notificación preventiva hecha al arrendatario se fijó, como plazo de comienzo de las obras, el de los dos meses siguientes al desalojo de la finca por el arrendatario, con la precisión posible, si se tiene en cuenta que el comienzo de las obras no depende sólo de la voluntad del arrendador, sino también del arrendatario, como lo demuestra el pleito actual, cuya tramitación dura ya más de tres años, sin que se diga en el recurso, por otra parte, por qué la notificación hecha al arrendatario con todos los requisitos legales ha perdido su efecto de dar a conocer a aquél la autorización para demoler el edificio arrendado, ni se cita el precepto o razón legal por virtud de los cuales haya sobrevenido la nulidad de esa notificación válidamente hecha.*

COSTAS: TEMERIDAD: *Interponer y sostener el recurso de apelación contra sentencia tan razonada y fundada como la de la primera instancia, arguye temeridad, determinante, en la segunda instancia, de la condena al pago de las costas; pero, aun admitiendo la infracción alegada en el motivo cuarto del recurso, por falta de expresión de la temeridad, no podría dar lugar al recurso, porque, dejando sin efecto el pronunciamiento correspondiente de la Audiencia, sería obligado hacer el mismo por este Tribunal al decidir sobre las costas en función de segunda instancia, sin modificar, en conclusión, la parte dispositiva de la sentencia recurrida, única contra la que se da el recurso. [S. 23 de marzo de 1962; desestimatoria.]*

En el tercer motivo del recurso, el recurrente argumentaba pretendiendo que el arrendador había incumplido el requisito de fijar la fecha del comienzo de las obras, ya que «la Ley ordena —dice el recurrente— con carácter de indispensable la expresión de la fecha en que han de ser iniciadas las obras», entendiendo el recurrente que tal requisito no se cumple con la «desvaída e imprecisa manifestación» de que se iniciará «dentro del plazo de dos meses, contados desde que la finca sea totalmente desalojada por el requerido». Pretendía, además, el recurrente que, en realidad, no había existido notificación, porque la que existió —además de contener el defecto señalado de falta de fijación del comienzo de las obras—, había quedado sin efecto, ya que fue hecha el 19 de noviembre de 1957 y cuatro meses después —sin esperar, por tanto, al transcurso del año prevenido por la Ley—, se presentó la demanda de desahucio, por lo que ésta fue desestimada. Entiende, por consiguiente, el recurrente que la desestimación de la demanda invalida la notificación practicada, puesto que el juzgador resolvió la cuestión de fondo, sin que pueda aplicarse, a juicio del recurrente, lo establecido en la sentencia

de 8 de junio de 1953 --es decir, que no es precisa una nueva notificación de preaviso para volver a ejercitar la acción-- porque, en esta última ocasión el Juzgado se declaró incompetente y no entró en el fondo del asunto, mientras que en el caso actual el preaviso se invalidó por el ejercicio extemporáneo de la acción, entrando el Juzgador en el fondo del asunto y desestimando la demanda. Entiende el T. S. que la notificación es válida (al menos, que no se ha alegado nada que justifique la invalidez sobrevenida) y, por otra parte, que se cumple con la obligación de fijar el plazo de comienzo de las obras cuando se establece para los dos meses siguientes al desalojo de la finca.

(J. G. Y.)

9. EDIFICACIÓN PROVISIONAL: *Para la calificación como provisional o definitiva de una edificación se ha de tener en cuenta de modo relevante sus características propias y el lugar de su emplazamiento, porque a los intereses particulares en juego se añade el interés social de la comunidad.* [S. 29 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

La sentencia resulta interesante más que por la importancia del asunto, por la apelación que se hace a los intereses comunitarios para la calificación de provisional o definitiva de una edificación. Ello le lleva a considerar como elemento decisivo, junto a las propias características de la construcción en sí, el lugar donde haya sido levantada. La construcción a la que hace mención la sentencia estaba destinada a fines comerciales desde el año 1910, y se le habían unido elementos accesorios con carácter definitivo, pero no resultaba adecuada para una zona declarada de «urbanización intensiva». Esta doctrina jurisprudencial encuentra precedentes en las sentencias 13 de julio de 1948 y 25 de mayo de 1951. (L. P. R.)

10. EDIFICACIONES PROVISIONALES: CONCEPTO: *La Ley no define exhaustivamente lo que ha de entenderse por edificaciones provisionales, sino que defiere al prudente arbitrio de los Tribunales la delimitación de tal concepto en virtud de un juicio de valor o sobre valores fácticos, a tenor de un criterio histórico o de experiencia. La conclusión del Tribunal ha de admitirse, mientras no se demuestre que se ha desviado claramente de las normas de la lógica, siendo, por ello, inverosímil o absurda.*

EDIFICACIONES PROVISIONALES: SENTIDOS DEL CONCEPTO: *La calificación de provisionalidad, en el art. 91 de la LAU, no es absoluta, sino relativa, es decir, en función del inmueble natural, o solar, y no es unívoca, sino que cambia de sentido, según se aplique a la edificación como obra del arte de la construcción, o como objeto de un vínculo comunitario de uso, respecto del cual es obvio que no debe reputarse como definitivo el de las edificaciones erigidas sobre parte de un solar de mayor valor, para sostener solamente una cubierta y que obstan a la utilización, según el destino natural urbano, de la totalidad de aquél, aunque por los materiales empleados y la solidez de la construcción sea esta perdurable arquitectónicamente.*

EDIFICACIONES PROVISIONALES: CALIFICACIÓN ANALÓGICA: *Al concepto de barracón o caseta, casita o casa pequeña de una sola planta, de clara calidad*

accesoria, cabe asimilar holgadamente y sin violencia, por analogía, unos pabellones que, contruidos en parte de un solar, proclaman su accesoriidad y, consecuentemente, su provisionalidad o temporalidad, pues son incompatibles con el carácter de construcciones definitivas y limitadoras indefinidamente del derecho de propiedad íntegro y sobre la totalidad del resto del solar, de superior valor a lo construido, cuya completa utilización quedaría subordinada a la subsistencia de aquéllos, en contra de su libertad, salvaguardada por el art. 91 de la LAU. [S. 14 de abril de 1961; desestimatoria.]

Nota: Del carácter no exhaustivo que tiene la enumeración contenida en el art. 91, párrafo 2.º, y del criterio que establece para fijar, *iuris tantum*, la provisionalidad, surgen las dificultades para precisar ésta. La doctrina y la jurisprudencia han ido tomando en consideración otros elementos distintos de los puramente materiales (V., CASTÁN y CALVILLO, *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, parte especial. Madrid, 1957; págs. 328 y sigs.). La Sentencia anotada sigue la línea establecida, especialmente, por las SS. de 11 de diciembre de 1947, que califica de provisional a una edificación atendiendo al destino y naturaleza del lugar urbano en que se hace, y 25 de mayo de 1951, que establece que es provisional la edificación que, ni por su fin ni por su rudimentaria construcción, ni por la intención de su constructor es adecuada, de acuerdo con el fin social de la LAU, al sitio que ocupa.

La Sentencia actual contribuye eficazmente a la determinación del concepto jurídico de provisionalidad, distinguiendo lo que podríamos llamar *provisionalidad arquitectónica* (o desde el punto de vista arquitectónico) y *provisionalidad jurídico-económica*. Con arreglo a este último criterio, las construcciones son calificadas de provisionales, ya que por las características de *parcialidad* que en ellas concurren (en cuanto que recaen sólo sobre parte de un solar de mayor valor y en cuanto que sólo obtienen de éste una utilización accesoria o accidental) impiden el aprovechamiento total del solar, de acuerdo con su destino natural urbano, por lo que la relación jurídica surgida en torno a tales construcciones no puede limitar definitivamente el derecho de propiedad existente sobre la totalidad del solar. A la vez, en esta sentencia, el criterio material o arquitectónico pasa resultantemente a un segundo plano. (J. G. Y.)

11. CIERRE DEL LOCAL POR OBRAS: FALTA DE LICENCIA MUNICIPAL: *La realización de obras pone de relieve la actividad del arrendatario dirigida a procurar la apertura del local al público y no significan el cierre material, ni aun suspensión de la actividad comercial, que no puede reputarse abandonada cualquiera que sea la duración de las obras, mientras no se pruebe suficientemente la terminación o la mera suspensión de ellas por deliberada voluntad de quien las realiza. No puede sostenerse que la omisión del trámite administrativo de obtención previa de la licencia municipal, convertida en acto ilícito su ejecución; otra cosa sería la paralización de las obras decretadas por la falta de aquella licencia, si el ocupante no removía los obstáculos legales que imponían esa paralización y ello duraba más de seis meses.*

CLÁUSULAS DEL CONTRATO Y PRÓRROGA LEGAL: *La autorización para realizar obras, concedida al arrendatario en el contrato, continúa subsistente aún después de la expiración del plazo que convencionalmente se fijó, siendo de destacar que el T. S en Sentencia de 8 de marzo de 1961, declaró que «al ser prorrogado el contrato, obligatoriamente para el arrendador, tenía que serlo con todas las condiciones y cláusulas vigentes, aunque la ley no diga nada*

sobre el particular». Carece de importancia el tema relativo a si las obras afectaban a la solidez del edificio o alteraban su configuración, porque en cualquiera de esos supuestos estaban incluidas dentro de la autorización concedida, y para la realización de las que no tuvieran esa trascendencia, no hacía falta autorización o, por lo menos, no podrían dar lugar a la resolución del contrato. [S. 21 de noviembre de 1962; no ha lugar]

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE DE LOCAL: PRUEBA: Los documentos acreditativos del consumo de «algún fluido» en el local y del pago de exacciones municipales y teléfono, no son bastantes para desvirtuar la prueba documental, notarial y gráfica, obrante en autos, abundantemente expresiva del cierre.

FORMALISMO DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: Es defectuosa la acumulación, en un solo motivo, de dos causas distintas, como son la infracción de ley y el error de hecho en la apreciación de la prueba. [S. 5 de noviembre de 1962; no ha lugar]

13. NUMERUS CLAUSUS DE CAUSAS RESOLUTORIAS EN LOS ARRIENDOS DE LA LAU: La vigente LAU, al regular las causas de resolución, ha implantado el sistema del «numerus clausus» haciendo, en su artículo 114, un catálogo exhaustivo, de tal forma, que no pueden invocarse más causas de resolución que las en él incluidas.

CAMBIO DE CLASE DE NEGOCIO: El cambio de negocio establecido en los locales de esta clase no constituye causa de resolución, ni aun en el caso de que se cambie el negocio de bar por el de hospedería.

HOSPEDAJE: SUBARRIENDO: El hospedaje se caracteriza por la prestación habitual de los servicios inherentes al alojamiento y asistencia a las personas mediante retribución, sin que haya asignación necesaria de un local determinado que se disfrute con autonomía por el huésped, que es lo que diferencia el hospedaje del subarriendo o de la cesión.

RECURSOS DE APELACIÓN E INJUSTICIA NOTORIA: CONSENTIMIENTO DE SENTENCIA RELATIVAMENTE GRAVOSA: Si el actor no apela —ni se adhiere a la apelación de la parte adversa— de la sentencia de 1.ª Instancia que, tras rechazar una de las dos causas resolutorias invocadas, da lugar a la demanda con base en la otra, el tema relativo a la primera causa queda eliminado del ámbito del proceso y, por tanto, de los recursos de apelación e injusticia notoria.

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: En el recurso de injusticia notoria se han desglosado los dos motivos, señalando la causa 4.ª como vía para la impugnación de los errores de hecho en la apreciación de la prueba, y la tercera para la de las valoraciones jurídicas de la prueba. [S. 29 de octubre de 1962; no ha lugar.]

14. SUBARRIENDO NO AUTORIZADO: EXCEPCIÓN A LA PROHIBICIÓN: CARGA DE LA PRUEBA: El subarriendo sin la autorización del arrendador es causa de resolu-

ción del contrato; y si el subarriendo, por su fecha o por otra circunstancia, estuviese exceptuado de la regla general, es el demandado el que puede y debe alegar y probar la excepción correspondiente. [S. 13 de junio de 1962; no ha lugar.]

15. SUBARRIENDO CONSENTIDO POR ADMINISTRADOR: *No hubo subarriendo in-consentido, ya que existió autorización expresa y por escrito del administrador general del propietario del inmueble, que intervino en el contrato ostentando una doble representación: la de consejero delegado de la entidad subarrendadora y la de administrador general del dueño de la casa. [S. 9 de octubre de 1962; desestimatoria.]*

16. SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: *La LAU no reconoce virtualidad suficiente al consentimiento del arrendador para el efecto de dar validez al subarriendo, más que a través de la forma expresa y escrita; a ello no puede oponerse la existencia de una cláusula contractual, exigiendo sólo, para la validez del subarriendo, el permiso del dueño, sin especificar la forma en que debería prestarse. [S. 4 de abril de 1961; no ha lugar.]*

17. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR SUPUESTO TRASPASO: ERROR DE HECHO: ELEMENTOS DE PRUEBA: *Los hechos que se invocan para demostrar el traspaso —que los asientos de las libretas de contabilidad del negocio se hallan extendidas en parte por el yerno del arrendatario, que es el yerno el que se hace cargo, en su mayoría, de las mercancías que llegan al comercio y que él mismo carece de bienes de clase alguna para atender a las necesidades de su hogar familiar— carecen de valor al efecto si se tiene en cuenta que el arrendatario aporta documentos acreditativos del pago, por el mismo, de contribuciones y arbitrios, de tener contratados a su nombre los servicios de agua, electricidad, teléfono y póliza de seguros, de ser quien mantiene la correspondencia con sus proveedores y de tener concedido, en diversos establecimientos bancarios, cuenta de crédito personal para atender a las obligaciones de su negocio. [S. 5 de diciembre de 1962; ha lugar.]*

18. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR TRASPASO IRREGULAR: *El incumplimiento de los requisitos legales del traspaso no es causa de resolución si la transmisión se realiza con el consentimiento del arrendador.*

PRINCIPIO DE RESPETO A LOS ACTOS PROPIOS: *No es lícito ir contra los propios actos.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: *El tema de la interpretación de un contrato no debe encauzarse por la causa de error de hecho en la apreciación de prueba. [S. 3 de octubre de 1962; no ha lugar.]*

19. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: CAMBIO DE SOCIEDAD ARRENDATARIA: TRASPASO ANTERIOR A LA LAU: *La disolución de la sociedad arrendataria, con adjudicación del local arrendado a uno de los socios y la formación de nueva socie-*

dad por este último con otras personas, siendo la nueva sociedad usuaria del local, constituye un traspaso no autorizado por la legislación vigente al tiempo de producirse tales hechos (año 1944).

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE DOCUMENTOS: FORMALISMO: INFRACCIÓN PROCESAL: *El error interpretativo de documentos es una cuestión de índole jurídica que ha de plantearse al amparo de la causa 3.^a — infracción de Ley—. La contravención de procedimiento ha de fundamentarse en la causa 2.^a —quebrantamiento de formalidades—. La invocación errónea de una causa es bastante para la desestimación del recurso. [S. 13 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

20. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS: ALMACENAMIENTO DE PETRÓLEO: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *Si el propietario de un inmueble amplía el riesgo cubierto por la póliza de seguro del inmueble al riesgo de la venta de petróleo en el local arrendado, ello supone la autorización, por el mismo, de tal actividad, siendo irrelevante que la ampliación alcanzará al depósito de 2.000 litros de petróleo y el expendedor tuviera mayor cantidad.*

DERECHO INTERTEMPORAL: *Los actos realizados bajo el imperio de una legislación se rigen por ésta, no obstante la promulgación de nuevas normas a menos que la nueva ley disponga su propia retroactividad. [S. 22 de octubre de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: Aunque no se afirme así expresamente, de la anterior sentencia parece deducirse que el incumplimiento de requisitos administrativos de precaución en el ejercicio de una industria peligrosa, no produce otros efectos que los de tipo administrativo. (J. P. R.)

21. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: ACCESO A LA PROPIEDAD: REQUISITOS: *El derecho de acceso a la propiedad, por ser una limitación a los derechos dominicales de los propietarios arrendadores, no deben interpretarse con criterio amplio y extensivo a otros casos que los manifiestamente comprendidos en las reglas de excepción que lo regulan. [S. 6 de julio de 1962; Sala de lo Social.]*

V. Derecho de sucesiones

1. TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN: *Es función del Tribunal «a quo» fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo prevalecer la interpretación del Tribunal de instancia en tanto no se patentice de un modo claro y manifiesto que es equivocada, siendo el error combatible, bien por la vía del núm. 1.º 1.692 L. e. c., bien por la del núm. 7.º del mismo artículo, según los casos.*

TESTAMENTO: ACCIÓN DE NULIDAD: *No puede ejercitar acción de nulidad de un testamento los que, expresa o tácitamente hayan reconocido su validez.*

DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS DE RESIDUO: NATURALEZA: *Como con reiteración tiene declarado el T. S. las disposiciones testamentarias de residuo no encajan propiamente en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias, pues la naturaleza condicional que es propia de aquéllas tiene como colorario que se trata de una situación distinta de la que prevé el art. 781 en relación con el 784 del C. c.*

EL LLAMADO FIDEICOMISO DE RESIDUO: MODALIDADES: *Puede adoptar dos modalidades: Primera, aquella en que se faculta al fiduciario para disponer de los bienes en vida y sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste, si es que, en efecto, algo quedare de la herencia (si aliquid supererit); y segunda, cuando el causante restringe los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deben recibir un mínimo del caudal hereditario que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél (de eo quod supererit).*

FIDEICOMISO DE RESIDUO: MOMENTO EN QUE SE PRODUCE LA ADQUISICIÓN POR EL FIDEICOMISARIO: *Los fideicomisarios de residuo no adquieren, en principio, derecho alguno, hasta que muerto el fiduciario, pueda saberse si hay o no residuo. [S. 20 de octubre de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: Insiste una vez más el T. S. —a nuestro entender erróneamente— en la naturaleza condicional de las disposiciones testamentarias de residuo y en no incluirles dentro de las sustituciones fideicomisarias y como una modalidad de estas.

Además, y copiando la S. de 7 de enero de 1959, distingue las dos modalidades dichas, respecto de un caso planteado en Derecho común. La Compilación de Cataluña se refiere al fideicomiso de «eo quod supererit» en el artículo 212. Es el normal. Pero en el último inciso de este artículo permite al fideicomitente «dispensar de esta reserva» (la de la cuarta parte que establece antes) con lo que se produce la otra modalidad de fideicomiso de «si aliquid supererit».

En el Derecho común estaremos ante uno u otro tipo según el testador conceda libertad plena de disponer o restringida, exigiendo que quede algo. Normalmente y a diferencia del D. Catalán, estaremos ante el tipo «si aliquid supererit» (J. M. P.)

2. TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: *Demostrada la inexistencia del inminente peligro de muerte, el testamento es nulo [S. 3 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

3. TESTAMENTO ABIERTO: FORMALIDADES: ARTÍCULO 687 C. c.: *El artículo 687 del C. c. obliga, de un lado, a la exigencia del cumplimiento de cuantos requisitos formales establece la ley con toda escrupulosidad; y, de otro, a interpretar sus normas (las que exigen determinadas formalidades para el testamento abierto) de manera restrictiva, sin que quepa ampliarlas o aplicarlas analógicamente a fórmulas no expresamente previstas en el texto legal.*

TESTAMENTO ABIERTO: NO NECESIDAD DE DAR FE ESPECÍFICAMENTE DE QUE EL NOTARIO CONOCE A LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES NO VECINOS: *El artículo 681 del Código civil y el 180 del Rto. Notarial exigen, cuando los testigos instrumenta-*

les no sean vecinos del lugar del otorgamiento, que conozcan al testador y que el Notario conozca a éste y a aquéllos, pero no que sea preciso que el Notario de fe especialmente de ello, a diferencia de lo que ocurre con los testigos de conocimiento del testador para los que el art. 699 C. c. exige la constancia de tal fe; por lo que basta, respecto a los instrumentales, con que dé fe de haberse cumplido las solemnidades legales. [S. 5 de octubre de 1962; no ha lugar.]

4. DERECHO DE ACRECER: INTERPRETACIÓN: *El derecho de acrecer constituye una derogación del orden normal de suceder y, en tal sentido, tiene que ser interpretado restrictivamente.*

DERECHO DE ACRECER: FUNDAMENTO: INTERPRETACIÓN: *Tiene su fundamento en la voluntad presunta del testador, por lo que, en cada caso concreto, hay que examinar los actos anteriores y coetáneos al momento en que se haya de producir para indagar cual pudo ser la voluntad del causante cuando hizo la institución, y si tal voluntad persistió desde entonces hasta su fallecimiento.*

DERECHO DE ACRECER: LLAMAMIENTO CONJUNTO: ARTÍCULO 983 C. c.: *El párrafo segundo del artículo 983 C. c. emplea como equivalentes dos frases que tienen un sentido completamente distinto; ya que una cosa es fijar numéricamente la parte o partes alicuotas de una herencia para atribuir las a determinados herederos, y otra muy diferente hacer la designación «por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separados»; con la primera frase no se excluye el derecho de acrecer, como claramente lo indica el 983 al comienzo de su párrafo segundo, aunque otra cosa parezca fuera indicar, mientras que con el empleo de la segunda frase si queda excluido.*

DERECHO DE ACRECER: LLAMAMIENTO CONJUNTO: ART. 983, II: *Este párrafo debe entenderse así: la frase «por mitad» o «por partes iguales», u otras que, aunque designen parte alicuota, no fijan ésta por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separados, no excluyen el derecho de acrecer. [S. 6 de noviembre de 1962; no ha lugar.]*

NOTA: Interesa resaltar en esta sentencia dos cuestiones:

1.^a) *La doctrina que sienta en cuanto a interpretación.*—Admite que se pueda acudir, para interpretar el testamento, a circunstancias y actos exteriores al mismo, frente a la teoría de la prueba intrínseca que dominó en Francia en el siglo pasado y según la cual no pueden tomarse en consideración otros elementos que los proporcionados por el testamento.

2.^a) *La interpretación que da al 983 párrafo II.*—Entendiendo que aunque la parte alicuota se fije numéricamente, y a pesar de lo que parece decir el párrafo II del art. 983, se da el derecho de acrecer, siempre que dicha parte alicuota no se fije por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado. (J. M. P.)

DERECHO PROCESAL

1. COMPETENCIA: SERVICIO DE GARAJE: *En este contrato de naturaleza compleja, el lugar del establecimiento industrial en donde se depositó el automóvil debe reputarse que es el lugar de cumplimiento en cuanto a la prestación*

del servicio se refiere, y por ende el lugar en donde debe cumplirse la obligación de pago de las estancias. [S. 3 de octubre de 1962.]

2. RÉPLICA Y DUPLICA (CONVENIO SOBRE LIQUIDACIÓN DE CUENTAS): *Si en los escritos de réplica y dúplica no puede alterarse la esencia de lo interesado con anterioridad en los de demanda y contestación, si es permitido ampliar, adicionar o modificar las pretensiones y excepciones, con el obligado respeto a la substancia del debate o extremo cardinal controvertido.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: ERROR DE HECHO: *La infracción pretendida de los artículos 1.225 en relación con el 1.218 del Código civil, por representar principios sobre valoración de las pruebas documentales, sólo puede denunciarse por la vía del núm. 7.º del art. 1.692 de la L. e. c., como error de derecho en la apreciación de las pruebas.*

PRUEBA: DOCUMENTOS PRIVADOS RECONOCIDOS: *Los documentos privados, al ser reconocidos formalmente, tienen entre las partes idéntica eficacia que las escrituras públicas.* [S. 30 de marzo de 1962; desestimatoria.]

3. ARRENDAMIENTO URBANO: CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: *Se cumple la obligación de consignar al tiempo de interponer el recurso de apelación, tanto en el supuesto de que el recurrente acredite hallarse al corriente en el pago de la renta, como en el caso de que en tal momento consigne el total importe de las que estuviere debiendo.* [S. 25 de octubre de 1962; no ha lugar.]

4. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INFRACCIÓN DE LEY O DOCTRINA: *La causa tercera es la vía adecuada para corregir la infracción de precepto o doctrina legal de derecho sustantivo o material privado. Si la sentencia se abstiene de entrar en el fondo del asunto, por estimar ilegítimamente constituido el proceso, no puede violar las reglas de fondo.*

COSTAS: CRITERIOS PARA SU IMPOSICIÓN EN LAS SENTENCIAS QUE NO RESUELVEN SOBRE EL FONDO: *No procede la imposición de costas más que por mandato de la Ley o por decisión del Juzgador que aprecie —y así lo declare— temeridad en una de las partes. No procede imponer las costas cuando la sentencia se limita a acoger una excepción de falta de legitimación activa ad caussam.* [S. 9 de mayo de 1962; no ha lugar.]

NOTA: Se vuelve en esta sentencia, abandonando por el momento el mejor criterio de las de 22 de marzo de 1961 y 9 de abril de 1962 —que equipararon el vencimiento procesal al vencimiento en el fondo— a la doctrina de antiguas resoluciones que afirmaron que el criterio del vencimiento objetivo no impera en las sentencias que se abstienen de entrar en el fondo del asunto y que en tales sentencias ha de estarse al criterio general de temeridad. Parece apuntar en uno de los considerando la idea de que el fallo que impone las costas en los supuestos en que la imposición no es legalmente preceptiva puede considerarse que lleva implícita una declaración de temeridad; finalmente, la sen-

tencia del Tribunal Supremo, hace una declaración de temeridad del demandante que sirve de apoyo a su decisión de confirmar la imposición de costas al actor, realizada por el órgano de instancia. (J. P. R.)

5. ERROR DE HECHO EN EL RECURSO POR INJUSTICIA NOTORIA: *El error de hecho en la apreciación de la prueba ha de ser manifiesto, esto es, patente y claro, de suerte que sin necesidad de interpretar resulte evidente la contradicción entre lo afirmado o negado en la sentencia y lo afirmado o negado en la pericia invocada para justificar el error.* [S. 4 de diciembre de 1962; no ha lugar.]

6. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INCONGRUENCIA: *No constituye incongruencia el hecho de que, previamente a la sentencia, se hayan acordado pruebas para mejor proveer. No puede tacharse de incongruente una sentencia que estime totalmente la demanda.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ALEGACIÓN DE INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: *El vicio procesal de inadecuación de procedimiento no puede denunciarse al amparo de la causa 3.^a —infracción de Ley— ya que la procedente es la segunda —quebrantamiento de formalidades—.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *La alegación de la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para señalar el plazo de demolición y reconstrucción de un inmueble, cuya determinación, según el recurrente, corresponde al Gobernador civil, no puede realizarse al amparo de la causa 3.^a de injusticia notoria, ya que la adecuada es la primera —incompetencia de jurisdicción—.* [S. 1 de diciembre de 1962.]

7. RECURSO DE CASACIÓN: FORMALISMO: *Nuestro ordenamiento configura el recurso de casación de una manera rigurosamente técnica y formal, de tal modo que la deficiente formulación del recurso impone su desestimación.* [S. 25 de septiembre de 1962; no ha lugar.]

NOTA: La anterior sentencia en la que se rehusa abordar el tema de la posible infracción cometida en la instancia al denegarse el recibimiento a prueba en la segunda instancia, se basa en la invocación por el recurrente del número 5 del artículo 1.693 de la LEC —denegación de diligencia de prueba que produzca indefensión— en lugar de alegar el número 3 del propio artículo —denegación de recibimiento a prueba—. Ello confirma, una vez más, que el recurso supremo constituye en la práctica, además de una maratón, por lo dilatado del camino a recorrer, una carrera de obstáculos eliminatorios en la que cada artículo y aun cada número de los innumerables preceptos que la Ley procesal dedica a la materia, encierra un escollo en el que se halla abocado a naufragar el recurso. No es de extrañar la viva repulsa que entre los profesionales del derecho suscita el actual planteamiento del recurso y el clamor virtualmente unánime por la reforma del mismo en la futura ley procesal en vías de elaboración. (J. P. R.)

8. RECURSO DE CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO: *La calidad de documento auténtico para producir la casación sólo concurre en aquellos documentos que en sí mismos contienen la demostración del error y contradicen textual y claramente lo afirmado por la Sala de instancia.* [S. 10 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

III SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIJ

I. DERECHO CIVIL

1. RENTA: INTERPRETACIÓN DE ARTÍCULO 103 DE LA LAU: *El plazo de dos años que establece el artículo 103 de la LAU no supone prórroga del contrato, pues ello equivaldría a establecer una prórroga del contrato por una causa más de las autorizadas.* (Sentencia de 13 de junio de 1962; no ha lugar.)

2. RENTA: ACCIÓN REVISORA: COMIENZO DE CADUCIDAD: ARTÍCULOS 101 Y 106 DE LA LAU: *El plazo de caducidad de la acción revisora de renta comienza al notificarse la sentencia firme de desahucio y no en la fecha de efectuar el pago o consignación de las respectivas rentas para evitar el desahucio.* (Sentencia de 18 de junio de 1962; no ha lugar.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: POSIBILIDAD: *La anterior sentencia fue contra el anterior propietario, el cual indudablemente no tenía derecho a negar la prórroga forzosa, por haber prosperado la acción de impugnación de la transmisión entablada por el inquilino, pero enajenada la vivienda y no habiendo ejercitado contra esta transmisión ninguno de los derechos que la Ley concede al inquilino, es evidente, que el nuevo propietario no se encuentra ligado por la prohibición de la sentencia, en la que no fue parte, que tiene un marcado carácter penal y de la cual no tuvo medio de enterarse antes de hacer la compra, pues tal prohibición no se anota en ningún registro público a que tuviera acceso el adquirente.* (Sentencia de 7 de mayo de 1962; no ha lugar.)

4. DENEGACIÓN DE PRORROGA: SELECCIÓN DE VIVIENDA: *La previa selección ordenada por el artículo 64 de la LAU, sólo es aplicable a las casas en que existen varios pisos alquilados.* (Sentencia de 13 de abril de 1962; no ha lugar.)

NOTA —*En el caso de autos, el actor era propietario de varias viviendas, pero a la que se refiere esta sentencia era única e independiente y con unas características propias de superficie, habitaciones y disfrute de patio que las diferencia de las demás. El propietario era portero de otra finca, pero dejó de serlo y necesitaba una vivienda. En los seis meses anteriores había cedido en arrendamiento otra vivienda de su propiedad, pero de características distintas. Y antes del requerimiento, no hizo la selección, porque no había varios pisos alquilados, extremo éste al que se refiere el pronunciamiento de esta Sentencia, rechazando las invocaciones del recurrente.*

5. SUBROGACIÓN: CONVIVENCIA: *Convivencia habitual no es igual ni equiparable a permanencia ininterrumpida, ya que se convive en donde se tiene el domicilio a efectos legales y donde se está, siempre que por razón de trabajo o profesión no haya de ausentarse, toda vez que entonces tales ausencias son justificadas por el ejercicio del cargo o destino que se desempeña.*

SUBROGACIÓN: CONVIVENCIA: PERMANENCIA: *La convivencia requerida por la ley ha de tener cierta permanencia o continuidad, y si bien es admisible, que el hecho de pernoctar o ausentarse durante algún tiempo, accidentalmente fuera de la vivienda, no rompe o acaba con la referida convivencia, si en cambio la intensidad o frecuencia de esas ausencias o separaciones, con visos de permanencia o estabilidad, puede producir la exclusión o desaparición del citado vínculo de vida en comun, ya que para valorar la habitualidad se impone computar el espacio de tiempo que se haya o no observado tal convivencia y la frecuencia o repetición de las indicadas interrupciones.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: EXCEPCIÓN: CONTRAEXCEPCIÓN: JUSTA CAUSA: *Las excepciones a la denegación de prórroga del arrendamiento por no uso u ocupación, únicamente están justificadas en los casos muy especiales de que el ocupante se viese obligado a tener que abandonar la vivienda por motivos de imperiosa y extrema necesidad, pero no aquellas que sean exclusivamente de mera conveniencia o interés particular. (Sentencia de 2 de mayo de 1962; no ha lugar.)*

6. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CAUSA ACTUAL: *Como las obras se realizaron en una fecha en que aún no era arrendatario el actual inquilino, ello supone que no sea posible que una causa anterior al establecimiento de la relación contractual, pueda originar la resolución de ésta. (Sentencia de 5 de junio de 1962; no ha lugar.)*

II. DERECHO PROCESAL

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA: *En este procedimiento no puede ejercitarse un derecho de retracto, ya que los Jueces Municipales no tienen competencia para conocer de él en primera instancia. (Sentencia de 16 de abril de 1962; no ha lugar.)*

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FACULTADES DEL TRIBUNAL: *El Tribunal que conoce de la suplicación puede precisar los hechos, implícitamente recogidos por el juzgador, máxime si, al hacerlo, se limita a traer a los autos constancia textual de una diligencia practicada. (Sentencia de 14 de mayo de 1962; no ha lugar.)*

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

1. Derecho civil.

1. TÁCITA RECONDUCCIÓN Y ARRENDAMIENTOS URBANOS: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *No se aplica la tácita reconducción a los arriendos sometidos a la LAU. Pactada la duración indefinida de un contrato y estipulado en el mismo que las partes habrían de anunciar, con tres meses de antelación, su voluntad de poner término al mismo, son aplicables las presunciones que establecen la duración del contrato en función de la periodicidad del pago de la renta, y vencido el primer plazo así resultante, puede denegarse la prórroga en cualquier momento sin necesidad de que medie el preaviso con un trimestre de antelación (doctrina implícita en la sentencia).*

EXCEPCIONES: *No cabe examinar en el recurso excepciones opuestas por vez primera en la segunda instancia. (S. de 27 de noviembre 1962; no ha lugar.)*

NOTA: La doctrina de suplicación es virtualmente unánime en negar la compatibilidad de la prórroga forzosa y la tácita reconducción (SS. de 15 abril 1957 —Burgos—, 17 junio 1960 —Madrid— y 28 septiembre 1961 Barcelona). Respecto a la compatibilidad de la prórroga legal y la convencional expresa así como del efecto de las cláusulas contractuales del tipo de la examinada en la sentencia anotada, la doctrina es contradictoria, aun en la misma Audiencia; así, en tanto las sentencias de 15 mayo 1959 y 30 junio 1960 de la A. T. de Barcelona vienen a reconocer, acertadamente, la compatibilidad de la prórroga convencional y de la prórroga tácita con el natural efecto de que la prórroga legal no empiece a surtir sus efectos hasta que no se extingan las prórrogas convencionales, una S. de 13 de febrero de 1962 de la propia Audiencia vino a afirmar la nulidad de la prórroga convencional y la sentencia anotada se inspira en criterios análogos al negar eficacia a la cláusula que introdujo el requisito de denuncia para la extinción del período «contractual» de vigencia del arriendo.

2. CALIFICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: DESTINO DE HECHO: *La falta de expresión contractual del destino asignado a la cosa arrendada se suple con las actividades que en ella haya realizado el arrendatario a ciencia y paciencia del arrendador; la falta de cumplimiento, por el arrendatario, de las obligaciones fiscales o administrativas impuestas a comerciantes o industriales, no desvirtua la calificación jurídica en el aspecto civil. (S de 19 de febrero de 1962; no ha lugar.)*

3. CALIFICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: CRITERIOS: *Procede calificar el arriendo como de local de negocio, si hay instalado en el local un comercio de trapería que cuenta con carrito y caballería, con establecimiento abierto al público, siendo más importante la parte destinada a tal actividad, que la dedicada a vivienda, y habiéndose satisfecho la fianza y los incrementos de renta a los tipos previstos para el arriendo de local de negocio.*

COSTAS PROCESALES, INCOMPETENCIA: *Procede imponer las costas al actor en la sentencia que declara la incompetencia, pues tanto se rechazan los pedimentos del actor, en este caso, como en los demás.* (S. de 25 de enero 1962; no ha lugar.)

NOTA: Resulta satisfactorio advertir que la Audiencia de Barcelona se orienta decididamente a la parificación del vencimiento procesal al vencimiento en cuanto al fondo —en igual sentido una S. de la propia Audiencia de 17 octubre 1962— a la que tiende últimamente el Tribunal Supremo —SS. de 22 de marzo 1961 y 9 abril 1962— abandonando la inconsistente tesis mantenida en algunas resoluciones anteriores en las que se restringía la aplicación del criterio del vencimiento objetivo a los supuestos de decisiones que hubieran resuelto sobre el fondo del litigio.

4. SUBARRIENDOS TOLERADOS POR EL ART. 27 DE LA ANTIGUA LAU: EFECTOS DEL CAMBIO DE SUBARRENDATARIO NO NOTIFICADO AL ARRENDADOR; PRESUNCIONES: *El cambio de los subarrendatarios convivientes con el inquilino al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 de la LAU de 1946, por otros subarrendatarios, aun en número no superior a dos, es causa de resolución si se realiza sin notificarlo fehacientemente al arrendador —notificación del artículo 13 LAU—. La notificación no puede entenderse suplida por el hecho de que los nuevos subarrendatarios se hayan empadronado como residentes en la vivienda.* (S. de 29 de octubre de 1962; no ha lugar.)

5. PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO: INTRODUCCIÓN DE EXTRAÑOS EN LA VIVIENDA: *La introducción en la vivienda de persona no ligada con lazos de parentesco con el inquilino, permite presumir el subarriendo si tal presunción no se destruye por prueba en contrario.* (S. de 19 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

6. PRESUNCIÓN FAVORABLE AL SUBARRIENDO: *No cabe invocar relaciones parentales para desfigurar el subarriendo, cuando se da entrada en la vivienda a personas extrañas al vínculo arrendaticio, sean o no parientes del inquilino, pues de estos no se hace excepción alguna y la ley llama subarrendatario a cualquier persona que se instale a vivir con el inquilino. Pasados treinta días desde la fecha en que el extraño al contrato se instale en la vivienda, sin que el inquilino haya notificado al arrendador tal introducción, nace a favor de este último la acción resolutoria* (S. de 15 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

NOTA: Resulta sorprendente la afirmación de que la ley llama subarrendatario a cualquier persona que se instale a vivir con el inquilino; ni la ley dice tal cosa, ni podría decirlo sin desconocer la naturaleza del subarriendo y la realidad de las cosas. Podría decir la Ley — y ni aun ello dice — y puede sostenerse como criterio de interpretación racional, que la convivencia de extraños con el arrendatario hace presumir entre estos la relación onerosa constitutiva de hospedaje o subarriendo, pero de ahí no cabe pasar. Y aún cabe afirmar que cuando las personas convivientes son parientes de próximo grado la presunción debe invertirse y reputarse gratuita la convivencia, salvo prueba en contrario. Abundantes sentencias de instancia y no pocas de suplicación se orientan en este último sentido —concretamente una S. de 16 octubre de 1962 de la propia Audiencia de Barcelona.

7. ACCIÓN ENCAMINADA A PONER A SALVO AL ARENDATARIO, DE EVENTUALES ACCIONES DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: COMPETENCIA: *Es competente el Juez de 1.ª instancia para conocer del proceso en que el arrendatario pida quedar a salvo de ulteriores acciones de denegación de prórroga al amparo del artículo 53 de la LAU, aunque no se formule explícitamente la acción de dicho precepto.* (Implícitamente S. de 15 de febrero de 1962; no ha lugar.)

8. FALLECIMIENTO DEL ARRENDATARIO: OBLIGACIÓN DE PAGO DE RENTA POR LOS PARIENTES EVENTUALMENTE SUBROGABLES: *En nuestro derecho no hay precepto alguno que exonere del pago de la renta y de un nuevo aumento legal, a los parientes que, tras el fallecimiento del arrendatario sigan viviendo en el piso, durante el tiempo que medie entre la defunción y la notificación de la voluntad de subrogarse «mortis causa» tales parientes o el ejercicio por el arrendador de la acción resolutoria por defecto de notificación.* (S. de 2 de octubre de 1961; no ha lugar.)

NOTA: El efecto resolutorio de la falta de notificación de la voluntad subrogatoria pretende ser desvirtuado por los parientes que cometen tal infracción alegando el cobro, por arrendador, de rentas, con posterioridad a la defunción del inquilino y aun —como ocurría en el caso de autos— la exacción por el propietario de nuevos aumentos de renta. La anterior sentencia sale al paso de tales argumentos ya que el acto formal de «adición» del derecho arrendaticio exigido por el artículo 58 de la LAU no puede ser suplido por un acto equivoco como es la percepción que siga realizando el arrendador de las rentas, acto que posiblemente se realiza sin conocimiento del fallecimiento del inquilino ni de la identidad de la persona que realiza el pago y que en todo caso es lógico que se realice a resultas de lo que en definitiva resulte respecto a la transmisión del derecho arrendaticio, según sea la actitud de los eventuales sucesores, a los que la ley concede un a modo de «plazo para deliberar» de noventa días a partir del fallecimiento del causante.

9. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: CONVIVENCIA ACCIDENTAL: *Carece de derecho a la subrogación «mortis causa» en el arrendamiento de vivienda, el hijo que sólo ha convivido con su padre de modo ocasional o accidental.* (S. de 26 de octubre de 1962; no ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: *No actúa con abuso de derecho el que ejercita una acción resolutoria por causa de necesidad sin obedecer a finalidad inmoral o antisocial.* (S. de 6 de junio de 1962; no ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO MERAMENTE PROYECTADO: CAMBIO DE ARRENDATARIO ENTRE EL REQUERIMIENTO Y LA DEMANDA. *No es preciso, para la denegación de prórroga basada en matrimonio, que el enlace se haya contraído, siendo suficiente la realización de actos preparatorios, como el expediente matrimonial. Aunque el requerimiento de prórroga se hubiera dirigido al inquilino titular, fallecido éste y subrogada la viuda, la demanda debe dirigirse contra la subrogada a la que afecta el requerimiento.* (S. de 2 de diciembre de 1962; no ha lugar. Análogamente en cuanto al matrimonio meramente proyectado la S. de 27 de marzo de 1962; desestimatoria.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONCEPTO DE NECESIDAD: MATRIMONIO. *Necesidad supone verdadera precisión, no mero deseo, propósito, capricho o simple conveniencia. Probado que la actora, al contraer matrimonio, pasó a residir en la vivienda con que contaba ya su esposo, el mero hecho del matrimonio no puede fundamentar la denegación de prórroga por necesidad.* (S. de 15 de junio 1962; no ha lugar.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DERIVADA DE JUBILACIÓN: CONDICIONES TEMPORALES DE LA DENEGACIÓN: *Para pedir la resolución del arriendo por causa de necesidad basada en la jubilación, basta con que ésta haya de producirse legalmente dentro del año de preaviso, aunque la declaración de jubilación se haya retrasado algunos meses sin culpa del que ejercita la denegación de prórroga.* (S. de 30 de mayo de 1962; ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SITUACIÓN DE SUBARRENDATARIO: *Se halla en situación de necesidad el que vive como subarrendatario en piso ajeno.* (S. de 7 de febrero de 1962; no ha lugar.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PERSONA ALOJADA EN BARRACA: *Puede invocar la situación de necesidad quien se halla alojado en barraca perteneciente a tercero.* (S. de 4 de junio de 1962; no ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Puede ejercitar la denegación de prórroga por necesidad, el Maestro Nacional interino a quien causan perjuicio los frecuentes desplazamientos que le impone su función y que desea instalarse en población en que posee fincas rústicas para dedicarse a atender a las mismas, ya que tal situación traspasa los límites de la mera conveniencia para entrar en los de la necesidad.* (S. de 16 de octubre de 1962; no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Aunque en el piso del padre haya habitaciones suficientes para albergar al hijo no puede imponerse a éste la obligación de vivir con sus padres; tampoco obsta a la denegación de prórroga por necesidad, que el hijo ejercite la acción, tras convivir con sus padres durante bastante tiempo.* (S. de 25 de junio de 1962; no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: HOGAR INDEPENDIENTE: *Puede invocar la situación de necesidad la mujer casada, con cinco hijos, que desea constituir hogar independiente, aunque haga cinco años que vive en la morada de sus padres.* (S. de 27 de febrero de 1962; no ha lugar.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DESEO DE VIVIENDA INDEPENDIENTE: POSIBILIDAD DE FRAUDE: *El deseo de la actora de independizar su hogar respecto al de su hija y familia es bastante para justificar la denegación de prórroga por necesidad; no obsta a ello el que el Juez «a quo» vislumbre que la intención de la demandante al pedir la resolución pue-*

da ser otra, ya que si concurren las circunstancias externas determinantes de la necesidad hay que decretar la resolución, quedando a salvo los derechos del arrendatario mediante la facultad de retorno que le concede el artículo 68 de la LAU. (S. de 16 de junio de 1962; ha lugar.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DOMICILIACIÓN EN EL LUGAR DE SITUACIÓN DE LA FINCA: *No probado por el actor su domicilio, vecindad o residencia, con carácter permanente, en la población en que el piso reclamado radica, procede la desestimación de la demanda. (S. de 28 de mayo de 1962; no ha lugar.)*

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: AGLOMERACIÓN DE PERSONAS: *Puede invocar la situación de necesidad de vivienda quien convive con su marido, una hija casada, el yerno y dos nietos, en un piso con solo dos dormitorios, lo que obliga a una inadmisibile promiscuidad de padres e hijos.*

ACCIONES RESOLUTORIAS: LEGITIMACIÓN DEL COPROPIETARIO: *El copropietario se halla legitimado para el ejercicio de acciones resolutorias, aunque el mismo no fuera el otorgante del contrato de arriendo.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No es admisible el planteamiento de cuestiones nuevas en la fase de suplicación. (S. de 8 de mayo de 1962; no ha lugar.)*

NOTA: La situación de hecho que se refleja en la primera de las máximas transcritas justifica plenamente la denegación de prórroga, particularmente si concurre con una situación de mayor holgura por parte del arrendatario del piso cuya prórroga se deniega. Lo que no resulta lógico, en cambio, es que la ley tenga en cuenta sólo la necesidad del arrendador —que no siempre es tan real como la del caso de autos, sobre todo si se tiene en cuenta la doctrina jurisprudencial que afirma el derecho de los hijos de tener vivienda independiente de la de los padres, sea cual sea la capacidad de la vivienda paterna— sin tener en cuenta la del arrendatario a quien se deniega la prórroga; el cotejo de ambas situaciones debería imponerle la Ley, ya que así lo exige la consideración de la extremadamente desigual distribución de la vivienda en España, corolario natural de la paralela desigual distribución de la renta. Basta tener en cuenta que según datos de AGUSTÍN COTORRUELO en *La Política económica de la vivienda en España*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1960, pág. 90 y sigs.— con arreglo al censo de viviendas de 1959 aparecen 414.310 familias formadas por cinco a diez y más miembros que sólo disponen de una o dos habitaciones, incluida la cocina entre las habitaciones; frente a ello aparecen 286.952 familias de uno a dos miembros que disponen de viviendas de más de cinco habitaciones.

22. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: COSA JUZGADA: *Si bien las sentencias dictadas en juicios de esta naturaleza —procesos arrendaticios de la LAU— no producen la excepción de cosa juzgada, debe admitirse dicha excepción si en el anterior juicio se reclamó la vivienda para la misma persona y en el segundo pleito se han repetido los fundamentos y las circunstancias de hecho del anterior. (S. de 7 de febrero de 1962; ha lugar.)*

NOTA: Sigue leyéndose en los fundamentos de derecho de sentencias de distinta procedencia la extraña y perturbadora afirmación de que las sentencias resolutorias y las de desahucio no producen excepción de cosa juzgada; nada más inexacto que a semejante afirmación que no tiene base alguna de carácter legal y en la que generalmente se expresa mucho más de lo que se quiso decir. Ciertamente que las sentencias de desahucio, por hallarse limitada la esfera cognitiva del correspondiente proceso, no pueden decidir sobre cuestiones extrañas al tema concreto de si ha o no lugar al desahucio y si lo hacen, a título de cuestiones prejudiciales civiles, de la principal planteada, lo resuelto sobre las mismas de modo incidental no producir a los efectos propios de la cosa juzgada material, pero de ahí a afirmar con carácter general y sin restricciones, que dichas sentencias no producen la excepción de cosa juzgada media un abismo; nótese, por otra parte, que en los procesos resolutorios de la LAU, la cobertura de la cosa juzgada será mucho más amplia que en el desahucio ordinario ya que en tales procesos —salvo en el de resolución por falta de pago— pueden debatirse otras cuestiones arrendaticias reguladas por la LAU y que los pronunciamientos que sobre las mismas recaigan gozarán de idéntica autoridad que los de carácter puramente resolutorio o de desestimación de la resolución pretendida. En todo caso las sentencias resolutorias y las de desahucio producen excepción de cosa juzgada respecto a los pronunciamientos dictados en relación a si es viable o no la causa resolutoria o de desahucio alegada.

23. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: TIEMPO: *El requerimiento denegatorio puede realizarse antes de la terminación del contrato, con tal que se haga para fecha posterior a la vigencia del mismo, siempre que medie el año entre esta última fecha y la del requerimiento; nada autoriza a suponer que el arrendatario deba gozar, en los supuestos de denegación de prórroga por necesidad, de un año de posesión arrendaticia, a contar desde la expiración del plazo contractual.* (S. de 17 de enero de 1962 que invoca en igual sentido la de la propia Sala de 13 de octubre de 1960.)

24. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD DE VIVIENDA: SELECCIÓN: LOCAL DE NEGOCIO Y VIVIENDA: *No debe tenerse en cuenta, a efecto de la selección, el arriendo de un complejo vivienda-local de negocio, si dicho arriendo, dado el elemento predominante, debe ser considerado como de local de negocio, aunque en él tenga vivienda el arrendatario.* (S. de 15 de octubre de 1962; no ha lugar.)

25. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: ALTERACIÓN ARTIFICIOSA DE CIRCUNSTANCIAS: *No puede tomarse en consideración un cambio artificial de la situación de hecho, con relieve para la selección, realizado con inmediata anterioridad al requerimiento denegatorio de prórroga y al objeto de eludir ésta.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *El recurso de suplicación no puede basarse en infracciones procesales como las afectantes a la competencia del órgano.* (S. de 4 de diciembre de 1962; no ha lugar.)

26. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: EJERCICIO DE PROFESIÓN POR LA QUE SE SATISFAGA CONTRIBUCIÓN: *El artículo 64 de la LAU,*

al otorgar preferencia a quien ejerza profesión u oficio por el que se satisfaga contribución no exige que el abono de contribución date de la época inicial del arriendo, ni distingue entre el ejercicio preferente o circunstancial o secundario del oficio, ni entre el ejercicio, con consentimiento o sin él, del arrendador. No es aceptable la tesis del Juez «a quo» que considera artificioso el hecho de darse de alta de contribución por ejercicio del oficio de planchadora si, en definitiva, el alta de contribución data de 1960 y el ejercicio de dicha profesión se remonta a varios años. (S. de 11 de octubre de 1962; ha lugar.)

27. ACCIÓN DE RECOBRO DE LA VIVIENDA DESALOJADA COMO CONSECUENCIA DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD; LEGITIMACIÓN PASIVA: *La acción concedida al arrendatario, en el supuesto de que el beneficiario de la denegación de prórroga no ocupe la vivienda objeto de la misma en el plazo legal, debe dirigirse contra el arrendador, sin que sea preciso demandar conjuntamente a la persona para la que se hubiera reclamado la vivienda. —caso de no ser ésta el propio arrendador— (S. de 5 de diciembre de 1962; no ha lugar.)*

28. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO; LEGITIMACIÓN PASIVA DEL SUBARRENDATARIO: *En el proceso de resolución arrendaticia, el arrendador no se halla obligado a demandar al subarrendatario, aunque nada le impide hacerlo, si esa es su voluntad. (S. de 2 de noviembre de 1962; no ha lugar.)*

29. RESOLUCIÓN POR OBRAS Y DAÑOS; CONSTRUCCIÓN DE PARTERRES; HUMEDADES: *La construcción de parterres de ladrillo y cemento —de 30 por 470 cms. y de 28 por 280 cms.— en una terraza, parterres que han ocasionado humedades y la putrefacción de las cabezas de una viga de madera y alterado la configuración, al estar unidas a la fábrica del edificio, con cemento y ladrillo, es causa de resolución.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA DE DOS VIVIENDAS: *El mero hecho de que un matrimonio ocupe dos viviendas no supone que una de ellas sea innecesaria. (S. de 16 de noviembre de 1962; ha lugar.)*

30. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS. ELEMENTOS MOVIBLES: *No procede la resolución, si la única obra demostrada no tuvo otro alcance que lograr el mejor uso de lo arrendado con el empleo de elementos móviles, susceptibles de colocación y supresión sin verificar obras de albañilería o de otra cualquier clase, de carácter fijo. (S. de 6 de abril de 1962; no ha lugar.)*

31. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO; PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: *No se da la causa 6.ª de resolución —conversión de vivienda en local de negocio— si en la vivienda se realiza, tan sólo, una exigua actividad mercantil que tiene un carácter secundario. (S. de 14 de noviembre de 1962; no ha lugar.)*

32. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR ACTIVIDADES INMORALES: NOTORIEDAD: *La causa 8.ª de resolución de las del artículo 114 LAU exige dos requisitos: inmoralidad y trascendencia al público de la misma o notoriedad.* (S. de 16 de mayo de 1962; no ha lugar)

33. PROCESOS ARRENDATICIOS: COMPETENCIA EN FUNCIÓN DEL DESTINO DEL LOCAL: *La calificación del local, a efectos de la competencia, ha de deducirse de las condiciones y cláusulas del contrato, no de actividades posteriores ejercidas por personas ajenas a la relación arrendaticia.* (S. de 7 de marzo de 1962; no ha lugar. Análogamente la de 22 de octubre de 1962 también desestimatoria.)

2. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CARÁCTER FORMAL DEL RECURSO: *Invocada por el recurrente una norma que se refiere sólo a la resolución del subarriendo no puede estimarse un recurso deducido contra sentencia resolutoria de arriendo.* (S. de 26 de febrero de 1962; no ha lugar.)

2 FORMALISMO DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CITA DE PRECEPTOS: *Hay que citar inexcusablemente, y de modo nominal, los artículos de la Ley o doctrina legal que hayan sido clara y evidentemente infringidos.* (S. de 2 de abril de 1962; no ha lugar. También una S. de 8 de junio de 1962 afirma la necesidad de motivar el recurso; igualmente S. de 6 de junio de 1962)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INVOCACIÓN DE NORMAS DEL C. C. Y DE LA L.E.C.: *Los artículos 1231 y 1232 del C. c. y el 580 de la LEC, por no guardar relación directa e inmediata con la materia propiamente arrendaticia no pueden servir de fundamento al recurso de suplicación.* (S. de 27 de noviembre de 1962; no ha lugar.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: *El recurso de suplicación no puede basarse en la supuesta violación de preceptos de naturaleza procesal.* (S. de 26 de febrero de 1962; no ha lugar; S. de 21 de mayo de 1962; no ha lugar; S. de 27 de marzo de 1962; no ha lugar.)

5. ABUSO DE DERECHO Y RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *El motivo de abuso de derecho ha de apoyarse en la aplicación equivocada, no en la no aplicación, de la doctrina del abuso de derecho.* (S. de 21 de mayo de 1962; no ha lugar.)

6. CONSIGNACIÓN PARA RECURRIR: *La consignación de la última anualidad de la renta vencida no permite presumir, por sí sólo, el pago de las rentas anteriores si tal afirmación no se acompaña del recibo o recibos que lo justifiquen.* (S. de 22 de enero de 1962; no ha lugar.)

7. CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: PROCESOS A QUE ES APLICA-

BLE: *El requisito sobre pago o consignación de rentas para recurrir sólo es aplicable en los recursos interpuestos contra sentencias que no resuelvan el contrato ni contengan pronunciamiento de desalojo.* (S. de 5 de febrero de 1962; no ha lugar.)

8. COSA JUZGADA: DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO Y PROCESO SOBRE DECLARACIÓN DE DERECHOS: *La sentencia de desahucio por falta de pago, no produce excepción de cosa juzgada en ulterior pletto sobre declaración de legitimidad de determinada renta arrendaticia.* (S. de 27 de junio de 1962; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Zaragoza

A cargo de Julio BONED SOPENA.
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. RESOLUCIÓN POR SINIESTRO: A LOS EFECTOS LEGALES CONSTITUYE SINIESTRO LA INVASIÓN DE TERMITAS QUE DESTRUYERON LOS ENTRAMADOS DE VARIOS PISOS DEL INMUEBLE, ENTRE ELLOS LOS DE LA VIVIENDA ARRENDADA: *Aun cuando «prima facie» parezca que para merecer este concepto sería necesario que las fuerzas de la naturaleza operasen de forma violenta —incendio, inundación, terremoto, etc.—, sin embargo, no puede estimarse así porque también en el supuesto contemplado —invasión de termitas— la destrucción se debe a causas exteriores que han operado de manera subrepticia y lenta y que multiplicándose, inadvertidamente para el dueño y el ocupante, han dado lugar a los mismos efectos que aquéllas.* (Sentencia de 3 de octubre de 1962; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: LA HAY SI CONOCIÓ EN PRIMERA INSTANCIA. EL JUZGADO MUNICIPAL DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE UNA DEPENDENCIA EN LA QUE EL ARRENDATARIO ENCIERRA UN CAMIÓN, SIN HABERSE LLEGADO A ACREDITAR ADECUADAMENTE EN EL PROCESO SU ACTIVIDAD LUCRATIVA: *No se puede sentar la conclusión de la asimilación de una dependencia en la que el arrendatario encierra un camión, sin una suficiente justificación de actividad lucrativa, con una vivienda para cuya calificación se precisa la concurrencia de los requisitos de habitabilidad y su primordial adscripción como morada; mas como aquella falta de justificación adecuada hace que la dependencia no pueda tener la conceptualización jurídica de local de negocio, siquiera por asimilación, habrá que considerar excluida de la Ley especial la relación arrendaticia que ampara su uso.* (Sentencia de 20 de septiembre de 1962; estimatoria.)

2. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: SI ADEMÁS DE RECLAMARSE DOSCIENTAS CINCUENTA PESETAS POR EXCESO DE RENTA SE SOLICITA DEL JUZGADO SU REDUCCIÓN PARA LO SUCESIVO, ENTRE OTROS EXTREMOS, ESTÁ BIEN UTILIZADO EL PROCESO DE COGNICIÓN: *Al tratarse de un juicio de arrendamientos en el que la acción ejercitada es distinta de la resolución por falta de pago, el trámite a seguir es el del proceso de cognición —art. 125 de la LAU— y el pretender el del juicio verbal, como si la reclamación fuere de 250 pesetas —a que asciende la demasía reclamada— sería olvidar que ésta es solamente un extremo del petitum que ha de completarse con el referente a la re-*

ducción de la renta para lo sucesivo y, en todo caso, la impugnación del recurso quedó enervada al consentir todos los proveídos del juicio tramitado sin pedir el planteamiento del incidente a que se refiere el artículo 47 del Decreto de 21 de noviembre de 1952. (Sentencia de 27 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

3. INCONGRUENCIA: NO INCIDE EN ELLA LA SENTENCIA QUE, EN PROCESO DE REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES, CONCEDE MENOR REDUCCIÓN QUE LA SOLICITADA DEBIDO A ERROR EN LA CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR LA HACIENDA: *Al aportarse con la demanda certificación de la Administración de Rentas Públicas reflejando como renta fiscal la correspondiente a una declaración realizada por el propietario en 28-4-60 que fijaba el importe anual asignado a la vivienda en cuestión, en 2.400 pesetas, sin tenerse presente que en fecha 17-6-61, es decir, con una antelación de más de cuatro meses a la firma del contrato —1-12-61— el propietario realizó nueva declaración por aumento de la renta cifrándola en 6.000 pesetas, se ha operado una alteración en las circunstancias accidentales de la acción ejercitada que no pueden repercutir en el actor, ya que sus consecuencias son susceptibles de variación, pero de no aceptarse quebraría la «ratio legis» del artículo 163 de la LAU, beneficiando por aplicación estricta de un precepto formal —el art. 1.º de la LEC— a aquella persona sancionada por la Ley especial. (Sentencia de 27 de noviembre de 1962; desestimatoria.)*

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Albacete

A cargo de Julio BONED SOPENA.
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO; SU NATURALEZA; NO SE DA EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA POR OBRAS INCONSENTIDAS SEGUIDO DE LA DEMOSTRACIÓN PLENA Y EVIDENTE DE SU REALIZACIÓN: *El abuso de derecho como institución de equidad para la salvaguardia y tutela de intereses que no alcanzaron protección jurídica (S. de 4-10-61), al adquirir carta de naturaleza en el Ordenamiento jurídico, por la vía del artículo 9.º de la LAU, exige la concurrencia de móviles ilegítimos que pudieran determinar la conducta del titular del derecho, bien consistan en la intención de dañar o en una utilización anormal del mismo derecho no adecuada a su espíritu o finalidad (S. de 9-3-60), debiendo ser aplicado con la debida medida. Y también tiene declarado el Tribunal Supremo que no procede invocar aquel precepto cuando se trate de una colisión de derechos a cuya regulación hay que atenderse; de donde se deduce que el ejercicio de la acción de resolución por obras inconsentidas seguido de la justificación plena y evidente de los hechos fundamentadores de la demanda es conducta ajustada a derecho. (Sentencia de 5 de octubre de 1962; desestimatoria.)*

2. CESIÓN DE VIVIENDA; EL ORDEN EN QUE EL ARTÍCULO 24 DE LA LAU ENUMERA A LOS POSIBLES BENEFICIARIOS NO ES DE PREFERENCIA EXCLUYENTE: *El artículo 24 de la LAU no establece preferencia para la cesión por el inquilino que hubiere celebrado el contrato de arrendamiento al objeto de poder efectuar la subrogación, bastando que la misma se verifique dentro de los límites de parentesco que fija. (Sentencia de 19 de octubre de 1962; estimatoria.)*

3. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO; NO PUEDE ESTIMARSE COMO TAL LA CONVIVENCIA TEMPORALMENTE LIMITADA CON EL ARRENDATARIO DE TRES PERSONAS AJENAS A LA FAMILIA, QUE NO CONSTA PAGARAN CANTIDAD ALGUNA POR ELLO: *Si la sentencia de instancia no declara probado que esas personas ajenas a la familia tengan la calidad de huéspedes, sino que induce que se cobijan en el piso de autos como tales, hay que llegar a la conclusión de que al no constar satisficieran cantidad alguna por la ocupación de la vivienda, no se trata de un subarriendo, pues de lo contrario, la presencia de cualquier persona ajena a la familia, temporariamente, en una vivienda, traería como consecuencia la resolución del contrato, lo que pugna con la facultad del inquilino de acoger en su domicilio, sin lucro por su parte, ni perjuicio para el arrendador. (Sentencia de 20 de octubre de 1962; estimatoria.)*

4. RESOLUCIÓN POR DENEGACIÓN DE PRORROGA AL HABER TENIDO EL INQUILINO A SU DISPOSICIÓN VIVIENDA APTA PARA SATISFACER SUS NECESIDADES EN TIEMPO LEGAL: NO PRODUCE EFECTOS MORATORIOS EL ANTICIPO DE ALQUILERES HALLÁNDOSE EL CONTRATO EN FASE DE PRÓRROGA FORZOSA: *El recibo acompañado a los autos por el que, en compensación de obras realizadas por el inquilino, el arrendador le tiene por liquidado el alquiler futuro de diez meses, no autoriza a sostener que ambos convinieran en celebrar un nuevo contrato de esa duración, novado en cuanto al plazo, el que se hallaba desde hacía más de veinte años en situación de prórroga forzosa, pues la intención de los contratantes —que ha prevalecer sobre las palabras— es evidente que no fue la de variar el plazo, sino la derivada de la reparación de la vivienda, que por ascender a cantidad equivalente a diez mensualidades les llevó a aquella compensación, continuando el contrato en fase de prórroga forzosa; y a esta interpretación se llega, tanto porque no ha habido hecho alguno que motivara la alteración de la prórroga, como porque, dentro de la situación excepcional creada por la LAU, hay que suponer, en términos generales, que el anticipo de alquileres no implica la transformación de la prórroga forzosa en plazo contractual.* (Sentencia de 3 de octubre de 1962; estimatoria.)

5 CONFIGURACIÓN: SU CARÁCTER: NO SIEMPRE LA SUPRESIÓN DE UNA PUERTA ALTERA LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA: *Como expresa la sentencia de 12-2-62 la variación de la configuración es algo contingente y circunstancial que no puede apreciarse de una manera abstracta y con valor de principio general, debiendo tenerse en cuenta las circunstancias que concurren en cada caso; y por ello, si bien en alguna aislada ocasión el Tribunal Supremo ha calificado la supresión de una puerta de mutación configuratoria, en el presente supuesto, por su emplazamiento junto a la cuadra —lugar accesorio del inmueble locado— y al final de una rampa, no dividiendo, en consecuencia, espacios, no puede considerarse con entidad suficiente para modificar la configuración de la vivienda y generar una resolución que sería sanción excesiva para la escasa importancia de la alteración.* (Sentencia de 5 de octubre de 1962; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. INCONGRUENCIA: INCURRE EN ELLA EL JUZGADOR «A QUO» QUE NO ACCIPE A LA RESOLUCIÓN POR NECESIDAD, BASÁNDOSE EN NO HABER PROBADO EL ACTOR LA SUFICIENCIA DE LA VIVIENDA RECLAMADA, CIRCUNSTANCIA QUE NO FUE ALEGADA, NI DISCUTIDA EN EL PROCESO: *Dado el alcance y contenido del artículo 65 de la LAU así como las posturas de las partes en el proceso, en el que ninguna de ellas hicieron alusión a dicha circunstancia, como tampoco el demandado al contestar al requerimiento de denegación de prórroga, resulta obvio que el actor no estaba obligado a acreditar la suficiencia de la vivienda reclamada y habiéndose desestimado la demanda con ese fundamento es incuestionable que el Juzgado de instancia incurrió en incongruencia.* (Sentencia de 3 de octubre de 1962; estimatoria.)

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid

A cargo de Julio BONED SOPENA.
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: FACTORES QUE LA DETERMINAN: SU CARÁCTER: *Son factores nunca casuísticos y siempre variables y de subjetiva apreciación los que en un momento determinado y para un caso preciso, sirven para definir a una industria como pequeña y de ámbito exclusivamente doméstico o, por el contrario, para que se le llegue a calificar de modesta, pero con naturaleza propiamente industrial: la valoración del tiempo transcurrido desde que se inició la fabricación y venta del pan en el inmueble discutido; el volumen de las ventas en relación con el núcleo de población en que tienen lugar, la forma en que se desarrollan aquellas operaciones, las inspecciones a que están sometidas; las multas, sanciones y expedientes administrativos iniciados contra el titular de la industria que se trate de definir, etc.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO: NO CONSTITUYE ABUSO MANIFIESTO EL FUNDADO EN LA NO REALIDAD DE LA NECESIDAD DEL QUE RECLAMA LA VIVIENDA: *Aparte de que el artículo 132 de la LAU, sólo permite fundamentar el recurso de suplicación en la «aplicación» errónea del abuso de derecho, aplicación que no se da en la sentencia recurrida, en definitiva, los motivos aducidos carecen de consistencia porque, conforme al artículo 9.º el abuso de derecho ha de ser manifiesto y ello no resulta de la fundamentación en que lo apoya la recurrente, siempre referida a la realidad o no de la necesidad de la actora y que aquella supone no existe, lo cual es precisamente la condición básica para el éxito de la demanda.* (Sentencia de 5 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

3. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: ES INDIFERENTE PARA SU EXISTENCIA EL TÍTULO DE LA OCUPACIÓN Y EL QUE SE PAGUE O NO MERCED: *El arrendatario necesita autorización expresa y escrita del arrendador para tener en su vivienda más de dos personas extrañas, siendo indiferente que la ocupación tenga lugar a título de cesión, subarriendo u hospedaje y que se pague o no merced por tal ocupación, porque lo que la Ley no permite es que la vivienda arrendada a una persona sea ocupada por otras en número superior al establecido.* (Sentencia de 4 de octubre de 1962; desestimatoria.)

4. SUBARRIENDO CONTEMPLADO POR EL ARTÍCULO 18 DE LA LAU: NECESIDAD DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE AL ARRENDADOR AUN CUANDO HAYA DURADO MENOS DE TREINTA DÍAS: *Aunque el subarriendo amparado en el artículo 18 de la LAU haya durado menos de un mes, ello no exime a la arrendataria de cumplir con la notificación fehaciente al arrendador, porque en otro caso se trafica*

con el inmueble a espaldas del propietario sin que éste conozca la contratación realizada en su fondo. (Sentencia de 27 de octubre de 1962; desestimatoria.)

5. SUBARRIENDO: NATURALEZA DE LOS CONTEMPLADOS EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.^a DE LA LEY DE 1946: *Esos subarriendos no tuvieron origen en la voluntad libre y concorde de las partes, sino en virtud de una ficción legal, de carácter facultativo por parte de una persona que bajo una situación de hecho venía ocupando un piso en forma conjunta con el arrendatario y de obligada aceptación para el arrendador a fin de crear la situación jurídica impuesta por la Ley.* (Sentencia de 12 de noviembre de 1962; desestimatoria.)

6. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA VOLUNTARIA: INNECESARIEDAD DEL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: *Si la demandada a los pocos días de fallecer su esposo, convino con el actor en continuar el arrendamiento, extendiéndose desde el mes siguiente al aludido fallecimiento, los recibos a nombre de la viuda; tales actos no pueden ser nunca reveladores de la existencia de una subrogación legal de la que esté ausente el requisito formal de la notificación fehaciente, sino de una subrogación voluntaria exteriorizada por aquella modificación en los recibos, en la que para nada puede operar el elemento constitutivo de la aludida notificación.* (Sentencia de 27 de junio de 1962; desestimatoria.)

7. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA ILEGAL: NO LE ES APLICABLE EL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN QUE PARA LANZAR AL CESIONARIO ESTABLECE EL ARTÍCULO 25 DE LA LAU: *Siendo la cesión de vivienda instituto totalmente extraño al de la subrogación, no puede aplicarse a ella, por analogía, el plazo de caducidad de la acción que para el lanzamiento del cesionario establece el artículo 25 de la LAU.* (Sentencia de 11 de julio de 1962; desestimatoria.)

8. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: NECESIDAD DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE AL ARRENDADOR CON CARÁCTER DE CONSTITUTIVA DEL NUEVO INQUILINATO: *Si la vivienda discutida la disfrutaba en inquilinato la madre viuda de la demandada, a cuyo nombre se vienen extendiendo aún los recibos, que falleció el 18-1-57 y se quedó viviendo en el piso su hija, satisfaciendo durante cinco años los recibos redactados de aquella forma, aunque nadie la molestase hasta el momento de ser demandada y aún siendo sabedoras las propietarias de su presencia en la casa por conocer la defunción de su madre y percibir las rentas, resultaba de ineludible cumplimiento el requisito de la notificación fehaciente, exigido en el párrafo 3.º del artículo 58 de la LAU, por cuya observancia se configura la subrogación constituyéndose el nuevo inquilinato.* (Sentencia de 11 de julio de 1962; desestimatoria.)

9. SUBROGACIONES ARRENDATICIAS MORTIS CAUSA OPERADAS CON ANTERIORIDAD A LA VIGENCIA DE LA ACTUAL LAU: INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE LA NOTIFICACIÓN ESTABLECIDO EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8.^a: SUS EFECTOS: *De la Disposición Transitoria 8.^a en relación con el artículo 58 de la LAU aparece que mientras para constituirse legalmente las subrogaciones arrenda-*

tuas operadas con posterioridad a la vigencia de aquélla se impone el requisito indispensable de la notificación fehaciente, para las operadas con anterioridad solamente se exige la notificación sin ese carácter de fehaciencia, con la limitada trascendencia que se explicó luego en el Decreto de 28 de septiembre de 1956, artículo 4.º, esto es, sin afectar a la existencia de tal subrogación anterior. (Sentencia de 4 de octubre de 1962; desestimatoria.)

10. NECESIDAD: SUBSISTE Y AÚN SE ACRECIENTA EN LA HIJA DE LA ACTORA QUE, CONVIVIENDO YA CASADA, CON ELLA, SE TRASLADA DESPUÉS DEL REQUERIMIENTO A UNA VIVIENDA QUE ARRIENDA ANTE LA INMINENCIA DEL NACIMIENTO DE UN NUEVO HIJO: *Subsiste la necesidad en que se encontraba la hija de la actora en el momento del requerimiento que, casada, convivía con aquélla y aún adquiere una mayor relevancia por el hecho de su instalación provisional ante la inminencia del nacimiento de un nuevo hijo, en otro domicilio aunque éste fuere arrendado, mientras la actora quiera y pueda hacer uso del derecho que le confiere el número 1.º del artículo 62 y porque la sentencia recurrida no admite como hecho probado que esa instalación de la hija para la que se pide la vivienda discutida, tenga el carácter de definitiva y anulatoria de la necesidad que se alegó en el requerimiento y se probó en el juicio. (Sentencia de 26 de junio de 1962; desestimatoria.)*

11. RESOLUCIÓN POR AUMENTO DE LAS NECESIDADES FAMILIARES: SE DA CUANDO POR HABER ALCANZADO LA PUBERTAD LOS DOS HIJOS MAYORES DE DISTINTO SEXO DEL RECLAMANTE, DEBE IMPEDIRSE SU RECOGIMIENTO EN LA MISMA HABITACIÓN: CONCEPTO DE PUBERTAD A ESTOS EFECTOS: *Juega la presunción establecida en el caso 2.º del apartado 2 del artículo 63 de la LAU, si los dos hijos mayores de distinto sexo, del actor —un varón de nueve años y una hembra de ocho— tienen que recogerse en la misma habitación, sin que pueda aducirse que no han llegado a la pubertad, pues ésta, por lo menos a los efectos aquí persiguídos, no puede entenderse como una ficción legal fácilmente encasillable en una edad —como lo demuestra el párrafo 2.º del artículo 83 del Código civil— sino simplemente como aquélla que la más elemental norma de moralidad y buen sentido de la responsabilidad de los padres, obliga a que los hermanos de diferente sexo ni pernocten en el mismo lugar ni lo hagan con los padres. (Sentencia de 10 de julio de 1962; estimatoria.)*

12. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO FEHACIENTE: QUEDA INCUMPLIDO SI EL NOTARIO REQUERENTE NO LIEGA A ENTRAR EN CASA DE LA INQUILINA POR OPOSICIÓN DE ÉSTA QUE EN SE NEGÓ TAMBIÉN A RECIBIR EL ACTA ENVIADA POR CORREO CERTIFICADO, APORTADA DESPUÉS A LOS AUTOS: *Dadas las vicisitudes que se expresan en el enunciado es patente que a la inquilina no se le han hecho saber las circunstancias integrantes de la denegación de prórroga, debiéndose haber utilizado para dejar cumplido el requisito del requerimiento fehaciente el procedimiento del artículo 202 del Reglamento Notarial, en que el Notario libra cédula o cédulas comprensivas de los extremos a notificar y las entrega a la persona o personas con quienes entendiere las diligencias, advirtiéndoles de la obligación legal de hacer*

llegar a poder del interesado el documento que les entrega, pues entonces se agota toda la actividad para conseguir el requerimiento. (Sentencia de 26 de octubre de 1962; desestimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN: CONCEPTO DE FAMILIA A ESTOS EFECTOS: *El artículo 64 de la LAU al hablar de familia no distingue según la naturaleza o grado de parentesco de los ocupantes de los pisos para hacer recaer la obligación de desalojo, concurriendo igualdad de número en los que tienen el parentesco de naturaleza o grado menos íntima o más alejado, respectivamente, según se infiere de su texto y del propósito que lo inspira que no es otro que el de respetar el hogar familiar, comprendiendo en ese concepto a la totalidad de parientes que unidos al inquilino en grado mayor o menor conviven en el piso.* (Sentencia de 6 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

NOTA: El demandado alegaba preferencia para no ser desalojado de la vivienda que habitaba con su esposa, sobre otros dos pisos habitados, cada uno de ellos, por dos hermanas, admitiendo ser el inquilino más moderno. Prosperó la demanda en ambas instancias.

14. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: EXPRESIÓN DE LA CAUSA DE NECESIDAD: *El artículo 65 de la LAU únicamente ordena y quiere, mas sin exigir específica fórmula de expresión, que se dé a conocer al requerido el motivo de la necesidad para que pueda, una vez conocido sin error, decidir la conducta a seguir.* (Sentencia de 6 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

15. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: PUEDE SERLO LA ENFERMEDAD SIEMPRE QUE NO PRODUZCA IMPOSIBILIDAD DEFINITIVA DE VOLVER A ACUPAR LA VIVIENDA: *La imposibilidad de ocupación de una vivienda producida por enfermedad no servirá de justificación cuando sea definitiva --S. de 22-VI-60-- mas no cuando, como ocurre en el supuesto de autos, se afirma y se da por probado que dicha imposibilidad no es definitiva sino temporal o por necesidad para procurar el alivio de la enfermedad que padecía la arrendataria.* (Sentencia de 7 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

16. OBRAS QUE ALTERAN LA CONFIGURACIÓN DE LA VIVIENDA: LO SON LAS CONSISTENTES EN SUPRIMIR UN BROCAL DE UN POZO EN LA COCINA: *Son obras que alteran la configuración aquellas que introducen mutación en la capacidad del espacio comprendido en el local o habitación de que se trate, cual ocurre en el presente caso, porque con la definitiva supresión del brocal de fábrica --ladrillo o adobe-- cuyas dimensiones se cifran en 60 centímetros de altura y 80 de longitud, con que recibió el inquilino la vivienda, varió aumentándola, la capacidad de la habitación y modificó evidentemente su peculiar aspecto, sin que quepa aducir el estado de deterioro del local ya que su reparación era de la incumbencia del arrendador a quien el inquilino pudo imponérsela, conforme a los pertinentes preceptos de la LAU; ni la insignificancia de la obra que siempre ha de contemplarse con un criterio de proporcionalidad y aquí abona la resolución, porque con*

renta vigente de 100 pesetas anuales quedaba sustraida a la potestad del demandado toda ejecución de obra que variase la configuración en cuanto su coste excediese de 25 pesetas (art. 114, causa 7.^a, párrafo 2.º). (Sentencia de 29 de marzo de 1962; estimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. CONSIGNACIÓN DE RENTAS COMO REQUISITO PREVIO PARA RECURRIR: NO EXONERA DE SU CUMPLIMIENTO LA CIRCUNSTANCIA DE QUE EL ARRENDATARIO HUBIERA DEJADO DE SATISFACER EN DEBIDA FORMA SU OBLIGACIÓN DE PAGO DE LA RENTA NI EL HABER EXCEPCIONADO LA PRESCRIPCIÓN DE LAS CORRESPONDIENTES A ANUALIDADES ANTERIORES EN MÁS DE CINCO AÑOS AL PLANTEAMIENTO DE LA DEMANDA: *Es evidente que la circunstancia de que el arrendatario, por desavenencias con el propietario y arrendador, hubiere dejado desde hace tiempo sin cumplir en debida forma su obligación de pago de la renta, no le exonera de cumplir con el precepto contenido en el artículo 148 de la LAU así como tampoco en un juicio de desahucio —donde únicamente puede ventilarse lo relativo a la resolución o terminación de la posesión arrendaticia— por la circunstancia de tener ensatisfecha la renta durante cinco años anteriores al planteamiento de la demanda y el haber excepcionado la prescripción con fundamento en el artículo 1.966 del C. c.; y ello aunque ésta pudiera discutirse y decidirse en el proceso actual.* (Sentencia de 10 de enero de 1963; desestimatoria.)

2. COSTAS: RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ABSOLUCIÓN DE LA DEMANDA POR INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE LA NOTIFICACIÓN EFECTUANTE: *El traer al proceso a una arrendataria sin haber cumplido con el artículo 65 de la LAU que no es requisito procesal, sino condición fundamental de la demanda tanto como la causa de necesidad, cualquiera que fuere el motivo del incumplimiento, origina la absolución de aquella que lleva consigo por imperativo legal, la condena en costas del actor.* (Sentencia de 26 de octubre de 1962; desestimatoria.)

3. EXCEPCIÓN DE LITIS CONSORCIO PASIVO INCOMPLETO EN PROCESO DE RESOLUCIÓN POR CESIÓN INCONSENTIDA: ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE DEMANDAR AL CESIONARIO CUANDO SON VARIOS LOS FAMILIARES CONVIVENTES CON EL ARRENDATARIO: *En el orden procesal cumple el arrendador con traer a la litis como cesionario a la persona que él cree ha sustituido al arrendatario contractual y ante la duda de poderla determinar, a los que con el mismo parentesco o circunstancias de hecho se encuentren disfrutando de la vivienda; y como la oposición que autoriza el artículo 25 de la LAU es únicamente al cesionario que acredite que tal cesión se ha operado con el consentimiento del arrendador, es concluyente que al no reconocer ninguno de los demandados —el arrendatario y tres hermanos suyos conviventes con él— que la cesión se ha operado y reconocer, por el contrario, que no solamente tres de ellos, sino otros dos más —el padre y una sobrina— son también conviventes con aquél, aún cuando el arrendatario tenga otro domicilio, por*

operar en favor de todos una unidad familiar, no puede prosperar la excepción de litisconsorcio pasivo incompleto. (Sentencia de 13 de julio de 1962; estimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: NO EXISTE SI SE DECRETA LA RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON BASE EN EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE NOTIFICACIÓN FEFACIENTE DEL ARTÍCULO 58 DE LA LAU AUNQUE EN EL SUPPLICO DE LA DEMANDA SE PIDA LA RESCISIÓN: *Si los hechos y los fundamentos jurídicos que se alegan nunca podrían conducir a la rescisión sino a la resolución del contrato no puede haber duda sobre que aún empleada alguna vez en el suplico de la demanda la expresión: «Condenando ... a tener por rescindido referido contrato de arrendamiento...» es procedente entender que la acción ejercitada es la resolutoria con base en el artículo 58 de la LAU y por tanto al acordarse así en la sentencia de instancia no se faltó a la congruencia, máxime si se tiene en cuenta la reiterada utilización de expresiones como la de: «demandado... a juicio sobre resolución de contrato de arrendamiento y la de «... por instada resolución de contrato de arrendamiento...» que se contienen en el encabezamiento y suplico de la demanda, respectivamente. (Sentencia de 3 de octubre de 1962; desestimatoria.)*

6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña

A cargo de Julio BONED SOPENA.
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: INCURRE EN ÉL QUIEN A VIRTUD DE DONACIÓN A SU FAVOR DE LA VIVIENDA DISCUTIDA Y EN CONNIVENCIA CON LOS DONANTES PROPIETARIOS DEL INMUEBLE PRETENDE LA RESOLUCIÓN POR NECESIDAD PROPIA, SI AÑOS ANTES ÉSTOS, MEDIANTE LA AMENAZA DE DONAR EL PISO OCUPADO POR LA INQUILINA A QUIEN ENTONCES CORRESPONDÍA SELECCIONAR, LOGRABON SU DESALOJO Y SEGUIDAMENTE LO VOLVIERON A ARRENDAR: *Si la actora que convive con su hermana propietaria del resto del inmueble, en el piso 1.º, adquiere por donación de ésta el piso 2.º en el que actualmente vive sola la demandada que se subrogó en los derechos arrendaticios de su esposo fallecido y en el mes de septiembre de 1959 la propietaria, tras conseguir el desalojo del piso 3.º mediante la amenaza de donarlo a la demandante, lo volvió a arrendar en octubre siguiente, está claro que la conducta de aquélla es manifiestamente abusiva, porque aunque usa de un derecho objetivamente legal —acción resolutoria por necesidad de establecer un hogar independiente— origina un daño a un interés no protegido —arrendamiento afectado por dicha acción— y cuyo daño es de índole antisocial, puesto que la necesidad alegada ya existía en octubre de 1959 en que los donantes tuvieron a su disposición el piso 3.º del inmueble. (Sentencia de 3 de octubre de 1962; desestimatoria.)*

2. ABUSO DE DERECHO: CUANDO ES MANIFIESTO PUEDE APRECIARLO LIBREMENTE EL JUZGADOR: *El abuso de derecho manifiesto puede apreciarlo libremente el juzgador, como tiene declarado el Tribunal Supremo, porque la legislación atribuye a los Tribunales como facultad extraordinaria su aplicación de oficio y con independencia de las alegaciones que pudieran haber hecho los litigantes. (Sentencia de 15 de octubre de 1962; desestimatoria.)*

3. ABUSO DE DERECHO: LO HAY MANIFIESTO SI EL ARRENDATARIO ABANDONA LA VIVIENDA QUE LE SERVIA DE HOGAR FAMILIAR Y DE DESPACHO PROFESIONAL, DESTINÁNDOLA A OTROS FINES ACCESORIOS: *Es abuso de derecho indiscutiblemente utilizar la finca arrendada de forma contraria o distinta al destino pactado y e'lo ocurre cuando a pretexto de pagar una pequeña renta —151 pesetas mensuales— el inquilino abandona la vivienda que le servía de hogar familiar aunque en ella tuviera establecido también un despacho en el que ejercía su profesión de Agente Comercial, trasladando la casa-habitación y la familia a otro piso y utilizando el primero para otros fines secundarios, como guardar muebles y recoger mercancías. (Sentencia de 15 de octubre de 1962; desestimatoria.)*

4. ABUSO DE DERECHO: SE DA EN QUIEN ACCIONA DE RESOLUCIÓN POR NECESIDAD DE UNA HIJA TENIENDO A SU DISPOSICIÓN UNA VIVIENDA EN EL MISMO INMUEBLE DE SU PROPIEDAD, CON ANTERIORIDAD DE UNOS DIEZ AÑOS AL REQUERIMIENTO DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *Es correcta la aplicación de la doctrina del abuso de derecho al incluir en ella supuestos como el de autos, en el que si bien la parte actora aparece comprendida en un precepto legal que ampara su invocada necesidad, es lo cierto que en ella concurre la circunstancia de tener a su disposición, desde hace diez años aproximadamente, el tercer piso del inmueble de su propiedad que presenta unas características no sólo análogas sino superiores al discutido; y aun cuando es inaplicable la presunción contraria a la necesidad del número 3.º del artículo 63 de la LAU, por cuanto que el desalojo no tuvo lugar en el plazo de seis meses que dicho precepto fija, es evidente que si el legislador sanciona con esa presunción la desocupación en el lapso indicado, con mucha mayor razón deberá ser objeto de sanción la conducta de la actora.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; desestimatoria.)

5. CESIÓN DE VIVIENDA: MOMENTO INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA DEL ARRENDAMIENTO: CONOCIMIENTO DE LA CESIÓN POR EL ARRENDADOR A VIRTUD DE DECLARACIÓN DEL CESIONARIO A SU INSTANCIA EN JUICIO ANTERIOR SOBRE DECLARACIÓN DE PROPIEDAD DEL INMUEBLE: *Si en el mes de septiembre de 1959 el cesionario a instancias del arrendador declaró en juicio seguido para el acreditamiento de la propiedad del inmueble, dando como razón de ciencia, la de ser inquilino del piso 3.º pagando renta en el Banco Hispano Americano, se exteriorizó entonces a medio de tales actos el cambio subjetivo en la relación arrendaticia, presuponiendo un conocimiento pleno por quien ahora pretende la resolución del arrendamiento ;, por tanto, la acción está afectada de caducidad por haber transcurrido más de dos años desde aquella fecha.* (Sentencia de 3 de octubre de 1962; desestimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SI EL MATRIMONIO DE LA PERSONA PARA QUIEN SE SOLICITA LA VIVIENDA SE CONTRAJÓ, ES INOPERANTE QUE SE CELEBRASE TRANSCURRIDO EL AÑO DEL REQUERIMIENTO: *Se confunden por el recurrente dos acontecimientos completamente distintos y matizados por reiterada jurisprudencia —Sentencias de 20-X-52, 20-XII-46, 29-I y 15-II-58, 1-VII-59, entre otras— determinante el uno del nacimiento real y efectivo de la necesidad tan pronto existe propósito serio y formal de contraer matrimonio por parte del beneficiario de la acción resolutoria y éste deba residir en el lugar donde radica la vivienda reclamada; y el otro constituido por el momento del requerimiento y demanda, ésta última ya contraído el matrimonio que se anunciaba, acto que en sí mismo, viene a relacionarse con el momento del preaviso y supone la más exacta consumación de aquella necesidad para la que basta el estado formal y serio de contraer aquel vínculo.* (Sentencia de 2 de octubre de 1962; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SE DA ÉSTA CUANDO LA PERSONA PARA QUIEN SE PIDE LA VIVIENDA PADECE ENFERMEDAD MENTAL, POR LO QUE TIENE QUE FENOCITAR

EN EL DOMICILIO DE UNA HERMANA DE VÍNCULO SENCILLO, MIENTRAS EN EL DE LA ACTORA —SU MADRE NATURAL— HACE ÚNICAMENTE LAS COMIDAS POR RESULTAR INSUFICIENTES PARA ALBERGAR A DOS PERSONAS: *Se da la situación de necesidad si la hija natural de la actora —para quien se pide la vivienda— padece una enfermedad mental, motivo por el cual tiene que pernoctar en el domicilio de una hermana, de vínculo sencillo, distante del que ocupa la madre, en tanto que en el de ésta hace únicamente las comidas, por resultar insuficiente para albergar con el mínimo decoro e higiene a dos personas, puesto que dándose lugar a la demanda se producirá una situación de convivencia colindante —la hija ocuparía un local contiguo al de su madre— facilitándose, por un lado, los debidos cuidados de aquélla y evitándose, por otro, el anormal desplazamiento nocturno de un hogar a otro de una persona insana mental.* (Sentencia de 2 de octubre de 1962; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PROCEDE SI EN EL INMUEBLE PROPIEDAD DEL ACTOR UN INQUILINO OCUPA DOS PISOS SIN ACREDITARSE QUE LE SEAN INDISPENSABLES PARA SATISFACER SUS NECESIDADES: *Si los pisos 5.º y 6.º del inmueble de autos están ocupados a virtud de sendos vínculos arrendaticios por un inquilino y su cónyuge y ni en el requerimiento de denegación de prórroga se invoca ni en la sentencia recurrida se reconoce que el uso de ambas viviendas le es indispensable, es claro que el arrendador se encuentra desasistido de la acción resolutoria por necesidad contra otra inquilina del mismo inmueble, de conformidad con lo prevenido en el apartado 2.º del artículo 64 de la LAU, impeditivo de la procedencia del desahucio por necesidad contra un inquilino cuando con relación a otro se dé la causa de denegación de prórroga prevista en el apartado 4 del artículo 62.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1962; estimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO SE INFRINGE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 1.ª DE LA LAU SI AQUÉL PARA QUIEN SE RECLAMA LA CASA PIENSA ESTABLECER EN ELLA SU VIVIENDA Y UN DESPACHO PROFESIONAL: *No se infringe la Disposición Adicional 1.ª de la LAU si en el local o locales destinados a vivienda del demandado, el beneficiario de la denegación de prórroga piensa establecer su vivienda y además un despacho para el ejercicio de la profesión de Gestor administrativo, pues según declara la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1962 el destino de vivienda supone la posibilidad de concurrencia con otros no menos importantes, como el pretendido.* (Sentencia de 17 de noviembre de 1962; desestimatoria.)

10. NECESIDAD: NO SE DA EN LA PERSONA DE EDAD AVANZADA Y SALUD MUY QUEBRANTADA QUE CONVIVIENDO CON UN HIJO ÚNICO, QUE LE PRODIGA SUS CUIDADOS, FUERA DE LA CAPITAL, SE TRASLADA A ÉSTA A CASA DE UNOS AMIGOS, SIN MÁS MOTIVO QUE LA CONVENIENCIA DE OCUPAR EL PISO CUESTIONADO: *La actora únicamente ha acreditado el estar viviendo de pensión en O... pero no el motivo que le impulsó a trasladar su residencia, pues si bien goza de la libre facultad de fijarla donde le plazca, es lo cierto que se trata de una persona sola, de edad muy avanzada y de una salud tan quebrantada que ni pudo*

acudir al Juzgado cuando fue llamada a confesión judicial, que necesita persona que conviva con ella y la cuide como así lo hacía su único hijo con el que residía fuera de O... sin que existieran desavenencias ni estados anímicos contrarios a la mutua convivencia; todo lo cual lleva a la conclusión de no existir la necesidad alegada. (Sentencia de 2 de octubre de 1962; estimatoria.)

11. NECESIDAD: SE DA SI LA TUBERCULOSIS PULMONAR QUE PADECE EL HIJO DE LA ACTORA, PARA QUIEN SE SOLICITA LA VIVIENDA, PUEDE CONTAGIARSE A LOS HIJOS MENORES DE UNA HERMANA QUE CON SU ESPOSO CONVIVEN EN EL PISO DE AQUÉLLA: *La enfermedad que padece la persona para quien se pide la vivienda es una tuberculosis pulmonar con riesgo de contagio positivo que justifica el aislamiento de vivienda, especialmente si existen menores en los que la receptividad es mayor, como sucede en el caso contemplado, ya que a los familiares con los que aquélla convive —su hermana y esposo— les nació una hija en la fecha del requerimiento y otro con posterioridad y la vivienda que cedieron a la actora, por tratarse de una cesión ilegal, fue inoperante; todo lo cual demuestra la situación de necesidad que se invoca.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; estimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR NO USO: DESTINO PRIMORDIAL DE LA VIVIENDA: *La vivienda ha de utilizarse conforme a su destino y finalidad primordial para hogar familiar, para la constante satisfacción de las necesidades propias de la vida doméstica, no siendo lícito ocuparla esporádicamente para usos veraniego o fines de semana. El desatender la petición del arrendador cuando la arrendataria, que ha trasladado su residencia a población distinta de la en que se halla la vivienda discutida, únicamente pernocta en ella los sábados, si bien es ocupada por su hija y nieta durante la temporada veraniega, sería amparar a quien manifestamente viene infringiendo el espíritu a que responde la causa 3.ª del artículo 62 de la LAU.* (Sentencia de 3 de octubre de 1962; desestimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR NO USO: NO SE CUMPLE EL DESTINO PRIMORDIAL DE LA VIVIENDA CON EL MERO HECHO DE PERNOCTAR EN ELLA, AUSENTE EL ARRENDADOR, UN HIJO DE ÉSTE: *Ha lugar a la resolución por no uso de la vivienda cuando el demandado, residente en Venezuela, no ha intentado siquiera acreditar una justa causa que pueda amparar aquel no uso, alegando únicamente que en ella pernocta un hijo suyo —sin que sea suficiente a demostrarlo el dicho de dos testigos, uno de ellos de referencia—, lo que de por sí también es dudoso pueda suponer un uso de la vivienda cuando ésta se define como el lugar donde conviven varias personas bajo la dirección del cabeza de familia para satisfacer las necesidades de la vida, destino primordial que no se cumplirá con el aislado acto de pernoctar en ella una sola persona.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; desestimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR DAÑOS: NO PROCEDE SI LA CAÍDA DE UN CUBIERTO CERRADO SE DEBIÓ A SU ESTADO RUINOSO: *No ha lugar a la resolución por daños dolosos ni por realización de obras que alteran la configuración de la vi-*

vienda si la sentencia recurrida sienta como hechos probados que el galpón cayó a consecuencia de su estado ruinoso, sin que en el hecho tuviese participación la demandada ni las personas que con ella conviven, lo que iría en su propio perjuicio si intencionadamente hubiera realizado la demolición al verse privada de una dependencia para ella tan necesaria, habida cuenta del número de sus familiares —nueve hijos—. (Sentencia de 3 de octubre de 1962; desestimatoria.)

15. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: NO PUEDEN CONSIDERARSE COMO TALES AQUELLOS QUE SE CAUSAN EN LA CREENCIA DEL EJERCICIO DE UN DERECHO: *Si la intención con que se causan los daños es susceptible de dimanar de una creencia en el ejercicio de un derecho, aunque éste, en definitiva, se declare posteriormente como inexistente, no pueden producir secuencias resolutorias, porque los derivables del dolo precisan la exclusión de situaciones intencionales dudosas en su actuación y sus fines.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1962; desestimatoria.)

16. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: NO PUEDE PROSPERAR SI LA ACTORA EN ACTO DE CONCILIACIÓN CONDICIONÓ EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN A QUE EL ARRENDATARIO NO RETIRARA LAS GALLINAS DE LA VIVIENDA Y LA SENTENCIA RECURRIDA SIEMPRE QUE NO SE ACREDITÓ LA EXISTENCIA DE DICHAS AVES DESPUÉS DE CELEBRADO AQUEL ACTO, SIN QUE A ELLO PUEDA OBJETARSE QUE EL DEMANDADO NO ACCEDIÓ A LAS DEMÁS PETICIONES DEDUCIDAS POR AQUÉLLA: *En acto de conciliación la actora interesó del demandado que se retirara «a retirar las gallinas que tiene en la vivienda que ocupa» indicándole que de no llegarse a una avenencia «se dé dicho demandado por requerido y avisado del inmediato ejercicio de las acciones judiciales pertinentes»; por lo que reconocido en la sentencia recurrida que con posterioridad a tal acto de conciliación no se acreditó la existencia de gallinas en el piso de autos, claro es que desapareció el presupuesto necesario para la viabilidad de la acción resolutoria, sin que pueda desvirtuar esta conclusión el que en cuanto a las demás cuestiones planteadas en la conciliación —concretamente en lo referente al abono de pretendidos daños— no hubiese mostrado avenencia el demandado.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1962; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EL PRECEPTO LEGAL QUE SE SUPONE INFRINGIDO HA DE SER DE DERECHO MATERIAL O SUSTANTIVO: *Es notorio y así lo viene proclamando la jurisprudencia del Tribunal Supremo —sentencias, entre otras, de 1 de febrero y 6 de abril de 1957— que el recurso extraordinario por infracción de precepto legal sólo puede fundarse en la de normas de carácter material o sustantivo, no en las procesales.* (Sentencia de 17 de noviembre de 1962; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: NO ES COMPETENTE EL JUZGADO MUNICIPAL PARA CONOCER DE DEMANDA EN LA QUE SE EJER-

UNA ACCIÓN RESOLUTORIA POR NECESIDAD DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CONJUNTO DEL BAJO DEL INMUEBLE PARA DEDICARLO A LOCAL DE NEGOCIO Y DE DOS PISOS PARA VIVIENDA DEL LOCATARIO, SI RESULTA PRIMORDIAL AQUEL DESTINO: *Si aparece probado la existencia de un contrato único para el bajo y la vivienda y que la adquisición de tal bajo, mediante traspaso, fue el fin primordial del contrato único y corroborando tal preeminencia la repercusión por la arrendadora sobre el local y vivienda aneja de los módulos de aumento de renta legalmente autorizados para tal clase de actividad comercial, la competencia para conocer de acción resolutoria por necesidad de la parte dedicada a vivienda no viene atribuida al Juzgado Municipal.* (Sentencia de 3 de octubre de 1962; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO SE ALTERA LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL POR LA MUTACIÓN UNILATERAL DEL DESTINO PACTADO DE LA VIVIENDA: *La vivienda arrendada ha de ser utilizada para el fin asignado y si el arrendatario la abandona, dedicándola a usos no previstos, accesorios o temporales se hace de ella un aprovechamiento abusivo, ya que los pisos son arrendados para constituir en ellos el hogar familiar y al destinarlos inadecuadamente no por ello se altera la competencia jurisdiccional que se determina por el destino para el que el arrendamiento fue concertado.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; desestimatoria.)

NOTA: Demandada una arrendataria de resolución por no uso de la vivienda mantiene en ambas instancias su oposición con base en la ocupación ininterrumpida de aquélla, mas estimada la demanda interpone recurso de suplicación motivándolo en infracción del artículo 125 de la LAU, por cuanto que de los hechos establecidos en la demanda y sentencia recurrida se infiere que el arrendamiento litigioso es de los denominados de temporada, lo cual lleva consigo incompetencia de jurisdicción por inadecuación del trámite. La Sala desestima el recurso con base en la doctrina que queda anotada.

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA: NO SE DA SI SON DISTINTAS LA PERSONA PARA QUIEN SE PIDE LA VIVIENDA Y LA SITUACIÓN GENERADORA DE LA NECESIDAD, EN AMBOS PLEITOS: *No se da la identidad objetiva ya que la causa de pedir es distinta, pues sobre que se pide la vivienda para el hijo de la actora y en el litigio anterior lo fue para ella misma, también la necesidad que se invoca es diversa, en cuanto que si en el primero de los procesos se justificaba en circunstancias personales de quien accionaba, aunque añadiendo como concausa la enfermedad del hijo —tuberculosis pulmonar— en el actual la necesidad se alega con base en que dicha enfermedad subsiste e imposibilita la convivencia del enfermo con su hermana y cuñado, máxime al nacerles a éstos una hija y ser el peligro de contagio mayor.* (Sentencia de 15 de octubre de 1962; estimatoria)

7. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de Julio BONED SOPENA.
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1. RENUNCIA A LOS BENEFICIOS QUE LA LAU CONFIERE AL ARRENDADOR: SI LA RENUNCIA SE REFIERE A SU DERECHO A DESAHUCIAR, EXCEPTO POR FALTA DE PAGO, NO PUEDE PRETENDER LA RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: *Renunciado por el arrendador su derecho a desahuciar, sin más excepción que por falta de pago, no puede pretender la resolución del arrendamiento por necesidad, sin que quepa alegar que no es una renuncia a los beneficios de la LAU porque ésta no establece los desahucios ni sus causas, pues de la simple apreciación de la cláusula del contrato en que aquélla se contiene, en su genuina interpretación, aparece que la intención de las partes no fue la renuncia de lo que constituyen acciones judiciales con perfecto conocimiento de lo que ello significa, fuera del alcance de personas legas, sino del derecho a desahuciar, conceptos hoy netamente diferenciados; a lo que hay que añadir que en las modernas leyes de arrendamientos urbanos no se emplea el vocablo «desahucio» sino el término propio y objetivo de resolución contractual cualquiera que sea la acción que para obtenerla se ejercite.* (Sentencia de 28 de abril de 1962; desestimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO: NO INCURRE EN ÉL EL ACTOR QUE TRAS REPATRIARSE DE MARRUECOS PRETENDE OCUPAR UNA VIVIENDA QUE HABÍA ADQUIRIDO EN ESPAÑA DURANTE SU PERMANENCIA EN LO QUE FUE ZONA DE PROTECTORADO: *El establecimiento del actor en Marruecos; la venta de una vivienda que poseía en T... verificada durante su permanencia en lo que fue zona de Protectorado; la posterior adquisición de la que es objeto de la litis y el verse compelido a finales de 1958 a trasladar de nuevo su residencia a España por las circunstancias notoriamente conocidas de la situación creada a los españoles de aquella zona, son hechos de los que no puede inferirse, ni aun presuntivamente, que la situación de necesidad en que se halla aquél deba su origen a su libérrima voluntad, máxime cuando al repatriarse ha fijado su residencia donde antes la tenía y ha tenido que resolver su situación económica trabajando como simple obrero en faenas de albañilería.* (Sentencia de 23 de abril de 1962; desestimatoria.)

3. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: ALCANCE DEL ARTÍCULO 71 DE LA LAU DE 1946: *Si conforme al artículo 71 de la Ley derogada podía continuar ocupando la vivienda el grupo familiar sin celebrar nuevo contrato y sin que fuera necesario determinar a quién correspondía su titularidad, no por ello viene establecido en el precepto que todos sus componentes habrían de*

subrogarse necesariamente en la locación al fallecer el titular. (Sentencia de 13 de abril de 1962; desestimatoria.)

4. **NÉCESIDAD: SU CONCEPTO: CONCURRE EN EL ACTOR QUE SÓLO DISPONE PARA ÉL, SU ESPOSA Y DOS HIJOS DE TRES ÚNICAS HABITACIONES, APARTE SERVICIOS, CON UNA SUPERFICIE DE 28,50 METROS CUADRADOS: Si bien el concepto de lo necesario es extremadamente relativo, según cada persona, variando en función de múltiples y variadas circunstancias, en el supuesto aquí contemplado, conjugando las concurrentes en orden a la relatividad anotada, cuales son la profesión de pintor artístico industrial del actor y la de delineante de Obras Públicas de uno de sus hijos, reveladoras de ciertas exigencias que su posición social le imponen y el estado de enfermedad e incapacidad en que se encuentra la esposa para atender normalmente los quehaceres domésticos, lo que le hace precisar de una persona que le ayude, todas ellas conducen a la conclusión de resultar manifiestamente insuficiente la vivienda que ocupan y, por tanto, de indudable necesidad la ocupación de la que habita el demandado.** (Sentencia de 22 de mayo de 1962; desestimatoria.)

5. **RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN: DEBE HACERSE CONSTAR EN EL REQUERIMIENTO AUN CUANDO SE RECLAME TODA LA FINCA SI CON UNA PARTE PIENSA EL ARRENDADOR SATISFACER SU PROPIA NECESIDAD Y CON EL RESTO, LA DE UN HIJO POR RAZÓN DE SU PROYECTADO MATRIMONIO: Si bien cuando la denegación de prórroga afecta a todos los inquilinos ocupantes de la finca, por recabarse toda ella para satisfacer la necesidad en que se encuentra el arrendador, no es preciso hacerles saber las circunstancias de posposición concurrentes entre ellos, la exigencia de seleccionar ha de cumplirse, sin embargo, cuando la necesidad que se alega no es solamente la del arrendador que pide para satisfacerla parte de la finca, sino también la de un hijo que por razón de su proyectado matrimonio quiere ocupar el resto, pues los demandados, al no habérseles hecho saber la necesidad concreta en que se funda la negativa de prórroga, ni cual de los dos —el padre o el hijo— es el que necesita su vivienda, ni las circunstancias de posposición que con respecto a esa concreta necesidad concurren en los demás inquilinos, no se hallan en condiciones de fijar su posición, conforme a lo establecido en el artículo 65 de la LAU.** (Sentencia de 11 de julio de 1962; estimatoria.)

6. **RESOLUCION POR TRANSFORMACIÓN DE LA VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: PROCEDE CUANDO LA INQUILINA TRASLADA SU DOMICILIO, DEDICANDO SU ANTIGUA VIVIENDA A LA ENSEÑANZA RETRIBUIDA CON EMPLEO DE PERSONAL EXTRAÑO: Procede la resolución si la demandada al contraer matrimonio trasladó su domicilio a casa distinta de la discutida, destinando ésta a servir de local para dar enseñanza a 15 ó 20 escolares, mediante contraprestación y auxiliándose de personal extraño retribuido, sin que sea aplicable el artículo 4.1 de la LAU, pues además de que aquélla no vive en la casa arrendada para ese fin, no puede considerarse como pequeña industria doméstica la enseñanza con fin lucrativo dada por personal extraño al inquilino y retribuido.** (Sentencia de 21 de mayo de 1962; desestimatoria.)

7. DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8.^a: SUBROGADA EN LA TITULARIDAD ARRENDATICA LA COLECTIVIDAD FORMADA POR LA VIUDA E HIJAS DEL FALLECIDO INQUILINO, SITUACIÓN QUE SUBSISTE EN EL MOMENTO DE ENTRAR EN VIGOR LA ACTUAL LEY, ES VÁLIDA, AUN TRAS LA PROMULGACIÓN DEL DECRETO DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1956, ACLARATORIO DE AQUÉLLA, LA RENUNCIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR UNA DE LAS HIJAS EN FAVOR DE SU HERMANA: *Fallecido el titular arrendatario en 1941 quedó subrogada en dicha titularidad la colectividad formada por su viuda e hijas, reflejándose tal situación, permitida por el Derecho entonces vigente y consentida por las leyes de 1946 y la actual, en el requerimiento notarial de 7 de septiembre de 1956, sin que pueda estimarse renuncia válida y eficaz de aquel derecho conjunto las manifestaciones vertidas en dicho acto, subordinada que fue la designación individual a que se considerara que aquella subrogación no podía tener lugar a favor de todas las requerentes, dada la confusión a que inducía el texto de la Disposición Transitoria 8.^a; mas, aclarado por el Decreto de 28 de septiembre de 1956 en el sentido de que en la notificación deberá expresarse al arrendador la persona o personas titulares del arrendamiento, en la fecha de entrada en vigor de la actual Ley, el posterior acuerdo entre ambas hijas reflejado en el acta de 23 de junio de 1958 por el que se mantiene la elección de D.^a F... «como titular única del arrendamiento del repetido piso» quedando D.^a A... como simple convivente, no carece de eficacia ya que la renuncia a los derechos que ésta última adquirió en su día no se halla comprendida en el precepto general del párrafo 2.^o del artículo 4 del C. c. ni se opone al específico del capítulo II de la LAU. (Sentencia de 2 de julio de 1962; estimatoria.)*

8. DISPOSICIÓN TRANSITORIA 10.^a: SU FINALIDAD: *La Disposición Transitoria 10.^a tiende a que las viviendas que se transformaron en locales de negocio vuelvan a su primitiva finalidad, pero no a favorecer, con perjuicio de otro inquilino, al arrendador que indebidamente transformó una casa habitación en local de negocio, como sucedería si la facultad que concede de denegar la prórroga al arrendatario de un local de esta clase, construido antes de la vigencia de la Ley para servir de casa habitación sin que en el arrendador concorra el requisito de ejercicio previo de la industria y el compromiso de explotación subsiguiente, se considerara extendida a que pueda a su arbitrio seleccionar entre una vivienda habitada y un local de negocio no habitado y construido para casa habitación. (Sentencia de 29 de mayo de 1962; desestimatoria.)*

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE FUNDARSE EN LA INAPLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO: *El precepto del artículo 132 de la LAU es de una literalidad clarísimamente expresiva de que el recurso ha de fundarse en la errónea aplicación del abuso de derecho, sin comprenderse el supuesto de inaplicación de tal doctrina. (Sentencia de 22 de mayo de 1962; desestimatoria.)*

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO SE PUEDE FUNDAR EN LA SUPUESTA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 40 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 30 APARTADO 3.º DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952: *Las infracciones denunciadas se refieren a preceptos de carácter adjetivo y, por tanto, no pueden dar lugar a un recurso por infracción de Ley.* (Sentencia de 28 de mayo de 1962; desestimatoria.)

3 RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE FUNDARSE EN LA INFRACCIÓN DE NORMAS QUE, COMO EL PRECEPTO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 129.1 DE LA LAU, TIENEN CARÁCTER PROCESAL: NULIDAD DE ACTUACIONES: NO PUEDE PROSPERAR SI NO SE ACREDITÓ LA INDEFENSIÓN NI EL HABERSE AGOTADO SIN ÉXITO LOS RECURSOS ORDINARIOS: *Se articula como motivo del recurso la violación del artículo 129.1 de la LAU con olvido de que las normas de carácter procesal, prescindiendo de la Ley en que se hallen, como viene declarando reiteradamente la jurisprudencia, no pueden servir de base a un recurso de casación por infracción de Ley, de cuya naturaleza participa el de suplicación.*

La nulidad de actuaciones que al amparo de la motivación del recurso se pretende, carece de base por cuanto, en primer lugar, la infracción de aquella norma, originada por haberse dado traslado de la demanda a la arrendataria y subarrendatario, presunto coadyuvante de la actora recurrente, no le ha causado indefensión, pues si fue notificada por el subarrendatario del cobro ilegal de renta el 14 de diciembre de 1961, podía haber esperado a presentar la demanda hasta después del día 1.º de enero siguiente, a partir de cuya fecha entendía haber sido aceptada por la subarrendadora otra merced del subarriendo que con toda evidencia —según afirma— habría servido para acreditar lo que por improbadó ha rechazado la sentencia recurrida y además porque para dar lugar a una nulidad de actuaciones, con carácter extraordinario, se requiere haber agotado los recursos ordinarios sin éxito, cosa que no ocurrió aquí. (Sentencia de 11 de mayo de 1962; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: NO INCURRE EN ELLA EL FALLO ESTIMATORIO DE LA DEMANDA EN QUE SE EJERCITA ACCIÓN RESOLUTORIA POR NECESIDAD QUE NO PRONUNCIA SEPARADA Y EXPRESAMENTE EL DESALOJO DE UNA CASA Y PARCELA ANEJA, SI AMBAS CONSTITUYEN EL OBJETO ÚNICO DEL CONTRATO: *No existe la supuesta incongruencia que se acusa, por cuanto estimado que la casa y parcela a ella aneja eran, en su unidad, objeto del contrato de inquilinato, no resultaba ni tan siquiera necesario que en el fallo se hiciera alusión al desalojo de una y otra, pues la condena al desalojo total es consecuencia implícita de la estimación de la demanda.* (Sentencia de 23 de abril de 1962; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: NO SE DA SI, ALEGADA EN LA DEMANDA LA CAUSA DE RESOLUCIÓN SEGUNDA DEL ARTÍCULO 114 DE LA LAU, LA SENTENCIA ESTIMA AQUÉLLA CON BASE EN ESTIMAR PROBADO QUE EL ARRENDATARIO TENÍA EN LA VIVIENDA ARRENDADA MÁS DE DOS HUÉSPEDES SIN AUTORIZACIÓN: *Alegada en la demanda como causa de resolución la 2.ª del artículo 114 de la LAU en la que están incluidos el subarriendo y la tenencia de hués-*

pedes en número superior a dos sin autorización expresa y escrita del arrendador, según el número dos del artículo 21 y declarado probado en la sentencia suplicada el hecho de la tenencia por el inquilino de más de dos huéspedes sin dicha autorización, es visto que no se ha infringido el artículo 359 de la LEC, aparte de que en este caso, esa tenencia procede considerarla como un subarriendo parcial in consentido, según se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1954, por no ejercer aquí la industria de hospedaje. (Sentencia de 21 de mayo de 1962: desestimatoria.)

18. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia

A cargo de Julio BONED SOPENA.
Juez de 1.ª Instancia e Instrucción

I. Derecho civil.

1 ABUSO DE DERECHO: ACREDITADO EL USO SIMULTÁNEO POR EL DEMANDADO DE DOS VIVIENDAS SIN NECESIDAD QUE LO JUSTIFIQUE NO HAY POR QUÉ ENTRAR EN AVERIGUACIONES DE CUÁL HAYA SIDO LA INTENCIÓN DE LOS ARRENDADORES AL EJERCITAR LA ACCIÓN RESOLUTORIA: *El arrendatario demandado afirma que la contienda planteada por las actoras obedece únicamente a ver si consigue una mayor renta del inmueble» ya que carece de base la demanda, a cuya manifestación han dado cumplida contestación ambos Juzgados reconociendo la existencia simultánea por aquél del uso de dos viviendas en una misma localidad, independientemente de las intenciones, cosa ajena al debate, no siendo indispensable el uso de las mismas para sus necesidades, ya que cualquiera de ellas cumple holgadamente su cometido social.* (Sentencia de 23 de octubre de 1962; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: NO PROCEDE SI EL PRETENDIDO SUBARRENDATARIO ES UN HERMANO POLÍTICO DEL INQUILINO QUE, TRAS CONTRAER MATRIMONIO SIGUE CONVIVIENDO CON ÉSTE: *Si desde el año 1958 convive con los demandados su hermano D. E. A. el que sin interrumpir dicha convivencia contrajo matrimonio, ante la circunstancia imposible de desconocer por la declaración expresa del juzgador de instancia de ser el pretendido subarrendatario hermano político del demandado hay que estimar inconcurrente la alegación de subarriendo, pues no se puede alzar la presunción de una cesión inconsentida motivadora de la resolución frente a la realidad de una convivencia familiar que la sentencia suplicada declaró probada.* (Sentencia de 9 de octubre de 1962; desestimatoria)

3 RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: ES SERVIDORA DOMÉSTICA Y NO SUBARRENDATARIA LA PERSONA QUE A CAMBIO DE PRESTAR SU ACTIVIDAD EN LAS FAENAS DE LA CASA PERCIBE RETRIBUCIÓN AUNQUE SEA NO DINERARIA: *No puede negarse el carácter de servidora doméstica a D.ª A. basándose en la falta de declaración de cuál sea su retribución en dinero, pues si a cambio de las faenas domésticas que realiza y de la compañía que por las noches hace a la inquilina recibe cena y habitación, con ello queda perfectamente configurada la relación jurídica de arrendamiento de servicios en la que no es preciso que la remuneración sea en dinero.* (Sentencia de 11 de octubre de 1962; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: LA PRESENCIA DE TERCEROS EN LA VIVIENDA RECLAMADA NO SIEMPRE GENERA LA PRESUNCIÓN DE SUBARRIENDO, SINO QUE ÉSTA PUEDE QUEDAR DESVIRTUADA POR LOS MOTIVOS O RAZONES DE DICHA PRESENCIA: *La*

presunción judicial de subarriendo deducible de que el demandado se trasladó a Z... temporalmente; que en estos intervalos ocupó la vivienda el matrimonio codemandado y que, por último, el inquilino se reintegró a ella —hechos que resultan de pruebas en su mayoría preconstituídas con anterioridad al proceso— ha de quedar destruida cuando en el trámite posterior del juicio se demuestre que la presencia de los extraños es debida a razones o motivos distintos del subarriendo. (Sentencia de 19 de diciembre de 1962; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: PROCEDE SI LA ARRENDATARIA HA DEDICADO UNA HABITACIÓN DE LA VIVIENDA ARRENDADA A LOCAL EN EL QUE EXPENDE AL PÚBLICO CERVEZAS, GASEOSAS, CARAMELOS, ETC., HABIÉNDOLE COMUNICADO CON EL EXTERIOR MEDIANTE PUERTA ABIERTA: *Procede la resolución si la arrendataria ha transformado una habitación de la planta baja de la vivienda arrendada en un local con puerta abierta al exterior, teniendo libre acceso el público, que en él se suministra de cervezas, gaseosas, caramelos y otras cosas, pues ello excede del mero alcance de ser una pequeña industria doméstica para convertir el local en un comercio, con violación del destino pactado, máxime si la misma arrendataria afirma que a ella se le concedió mayor retribución en la indemnización correspondiente por ciertas reparaciones que se hicieron en el inmueble, precisamente por considerar que tenía un establecimiento comercial en esa planta baja de la casa. (Sentencia de 26 de octubre de 1962; desestimatoria.)*

6. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: TIENE DERECHO A ELLA EL HERMANO DE LA INQUILINA TITULAR DEL CONTRATO AL ENTRAR EN VIGOR LA ACTUAL LEY, SI SE CUMPLEN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 58 AUNQUE AQUÉLLA LO FUERA POR SUBROGACIÓN VERIFICADA VIGENTE LA LEGISLACIÓN ANTERIOR: *El legislador fijó una limitación en las subrogaciones partiendo de la realidad jurídica existente a la entrada en vigor del Decreto de 13 de abril de 1956, no teniendo eficacia a dichos efectos que el arrendatario fuera en dicho momento el titular contractual de origen o por subrogación verificada vigente la legislación anterior, exigiéndose únicamente para que pudieran nacer estas subrogaciones que el arrendador conociera quién era el arrendatario en el momento de la entrada en vigor de la Ley actual; y para la viabilidad de dichas subrogaciones, que el hermano presunto subrogante hubiera convivido con el titular arrendatario con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento y la notificación fehaciente en el plazo de 99 días de la intención de subrogarse. (Sentencia de 16 de octubre de 1962; desestimatoria.)*

7. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: LEGITIMACIÓN PASIVA: EL ARTÍCULO 58 DE LA LAU NO AMPARA LA SUBROGACIÓN DE UNA HIJA POLÍTICA DEL INQUILINO FALLECIDO: *Si la heredera yacente del inquilino ha sido citada aunque en la persona de un sólo heredero conocido y en la representación de la misma y la demandada comparecida, única ocupante de la vivienda, se encuentra perfectamente legitimada para soportar la acción que contra ella se dirige en calidad de hija política del inquilino declarado en la sentencia, no puede alegarse falta de legitimación pasiva.*

La condición de pariente por afinidad del arrendatario fallecido priva de la facultad para subrogarse en el arrendamiento, conforme prescribe el artículo 58 de la LAU. (Sentencia de 31 de octubre de 1962; desestimatoria.)

8. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: ES TEMA DILUCIDABLE EN EL PROCESO ARRENDATICIO CORRESPONDIENTE EL DE LA CONDICIÓN DE HIJO LEGÍTIMO O NATURAL DE LA PERSONA DEL QUE PRETENDE SUBROGARSE. *Si la resolución suplicada afirma no haberse acreditado la condición de hijo legítimo o natural de la persona de uno de los demandados, esta cuestión es propia de los juicios arrendaticios puesto que el artículo 58 de la LAU confiere a esta clase de parentesco el derecho de subrogarse en el contrato. (Sentencia de 22 de noviembre de 1962; desestimatoria.)*

9. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: TIENE DERECHO A SUBROGARSE EN EL ARRENDAMIENTO EL HIJO ADOPTIVO DEL INQUILINO FALLECIDO AUNQUE LA ESCRITURA DE ADOPCIÓN SE OTORGASE SÓLO ONCE DÍAS ANTES DEL ÓBITO, HALLÁNDOSE EN PELIGRO DE MUERTE EL ADOPIANTE Y ÉSTE INSTITUYERA HEREDERA A UNA HERMANA. *No puede postularse la inexistencia del derecho del hijo adoptivo a subrogarse en la relación arrendaticia, a pretexto de no haber sido efectiva la patria potestad por haberse otorgado la escritura de adopción once días antes del fallecimiento del inquilino adoptante, así como por haberse realizado con ánimo de posibilitar la subrogación en perjuicio del arrendador y de manera simulada revelado esto por hallarse aquél en peligro de muerte y haber instituido heredera a su hermana y no al menor, pues, de una parte, la adquisición de la patria potestad no depende de que la misma pudiera o no ejercerse con efectividad en un momento determinado y, de otra, aquella proximidad de fechas e institución testamentaria por carecer de significación inequívoca, no pueden servir de soporte a la presunción de simulación, máxime cuando el procedimiento que se ha seguido no es el adecuado para ventilar esta cuestión. (Sentencia de 7 de diciembre de 1962; desestimatoria.)*

10. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PROCEDE SI, CON ANTERIORIDAD DE MÁS DE DOS AÑOS A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA, EL ARRENDADOR TIENE A SU DISPOSICIÓN VIVIENDA DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS A LAS DE LA RECLAMADA Y EN MISMO EDIFICIO: *No procede acceder a la resolución por necesidad, aún cuando ésta quede acreditada, si también se da por probado que el actor tiene a su disposición, con más de dos años de anterioridad a la presentación de la demanda, vivienda de capacidad suficiente para satisfacer sus necesidades familiares, situada en la misma planta y de análogas características que la reclamada, aunque aquél alegue que le era conveniente el piso del demandado por razones de mayor alago y comodidad. (Sentencia de 22 de noviembre de 1962; desestimatoria.)*

11. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: JUSTIFICACIÓN DE LA CONDICIÓN DE ARRENDADORA CUANDO EL EDIFICIO ARRENDADO LO FUE POR EL CÓNYUGE PREMUERTO QUIEN LO ADQUIRIÓ EN ESTADO DE CASADO POR TÍTULO ONEROSO: *Para que la condición de arrendadora de bienes arrendados por la persona que los adquirió por título oneroso, constante matrimonio, y por tanto con vocación ganancial, pueda en-*

renderse transmitida al cónyuge viudo y más si los recibos del alquiler y las notificaciones de los aumentos aparecen firmados por persona distinta del superstite sin indicación de obrar en nombre de ésta, no basta que se presente el título de adquisición del inmueble alquilado realizada por el cónyuge premuerto, sino que es absolutamente preciso, en el supuesto de herencia indivisa, la justificación de la condición de heredero —mediante la presentación del último testamento o testimonio del auto de declaración de herederos— dado que el premuerto pudo desheredar a su cónyuge y en caso de partición, esa misma condición acreditada por la presentación de la escritura de la que resulte que se le han adjudicado los bienes de que se trate, sin que sea suficiente para entender transmitido a la actora el carácter de arrendadora su condición de cónyuge viudo de la persona que adquirió y alquiló la vivienda de que se trata unido a la vocación ganancial del inmueble. (Sentencia de 22 de noviembre de 1962; estimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN: ES IMPRESCINDIBLE AÚN CUANDO SEA UNA PARROQUIA LA QUE ACCIONE PRETENDIENDO OCUPAR UN LOCAL PROPIO: *El trato de excepción establecido en el artículo 76. 1 de la LAU en favor de la Iglesia Católica y otros entes públicos en modo alguno se puede interpretar como liberatorio de cuantos requisitos de forma exige aquella Ley, ya que al ser unánime y reiterada la doctrina y jurisprudencia en la interpretación restrictiva de la citada excepción (S. de 1-3-52) hay que proclamar la exigibilidad de todos aquellos requisitos y circunstancias que no se hallen expresada y claramente dentro de aquel precepto y entre ellos es de estimar el de la previa selección. (Sentencia de 29 de noviembre de 1962; desestimatoria.)*

13. RESOLUCIÓN POR NO USO: JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: EL HECHO DE QUE EN UN CERTIFICADO MÉDICO SE AFIRME QUE DOS MESES ANTES SE LE HABÍA RECOMENDADO A LA MADRE DEL DEMANDADO LA PERMANENCIA EN VIVIENDA DISTINTA A LA ARRENDADA NO ES INCOMPATIBLE CON LA DECLARACIÓN DEL JUZGADOR DE QUE LA ENFERMA ESTUVERA EN ESTE OTRO DOMICILIO DESDE FECHA ANTERIOR: *No es contradictorio ni incompatible con la declaración que sienta el juzgador de que desde el mes de agosto de 1961 la madre del inquilino con quien convivía trasladara su residencia a una casa con granja fuera de la ciudad, por razón de enfermedad, lo que determinó el traslado de parte de la familia al objeto de prodigarle asistencia y cuidados, el que en el certificado médico —que se aportó como prueba de la justa causa de desocupación— fecha do en 7-5-62 se afirma haberse recomendado a la enferma, dos meses antes, la permanencia en aquel lugar. (Sentencia de 13 de noviembre de 1962; desestimatoria.)*

14. REDUCCIÓN DE RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES: NO PUEDE PRETENDERSE POR EL DEMANDADO, SIN UTILIZAR LA VÍA RECONVENCIONAL, EL QUE SOBRE LA RENTA NOVADA TENGA DERECHO A REPERCUTIR LOS AUMENTOS POR CONTRIBUCIONES Y ARBITRIOS: *La demandada disloca la cuestión que deriva hacia un terreno ajeno en absoluto a la acción entablada porque reconociendo, en definitiva, la procedencia de la novación solicitada produce una verdadera*

acción declaratoria de derecho: futuros, en cuanto siendo la renta que se reduce una renta ímpia de 1.200 pts. mensuales, pactada en noviembre de 1959, sobre la que no actúan repercusiones a detracer de la misma, la declaración que se pretende afecta a posibles repercusiones que pudieran influir la renta que se reduce y esta materia no es propia de una excepción, sino de una demanda reconvenzional, de las contempladas en el artículo 45 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, con el consiguiente traslado de la misma al actor, máxime cuando, como sucede en este caso, la acción ejercitada puede ser puesta en ejecución por el mismo arrendatario sin acudir a juicio. (Sentencia de 27 de noviembre de 1962; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE CRITICARSE LA EFICACIA Y CALIDAD DE LA PRUEBA UTILIZADA POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA: *Ante la declaración de estar probado el parentesco del demandado con el presunto subarrendatario que lleva a cabo la sentencia recurrida, no es lícito en este trámite entrar a discernir la eficacia y calidad de las pruebas que le indujeron a la citada declaración.* (Sentencia de 9 de octubre de 1962; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACION: CUÁNDO PUEDE FUNDARSE EN LA ERRÓNEA APLICACION DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO: *La denuncia de la errónea aplicación de la doctrina del abuso de derecho sólo puede sostenerse como apoyo del recurso de suplicación, cuando en la sentencia impugnada se ha hecho uso de la facultad conferida por el artículo 9.º de la LAU, esto es, se ha «aplicado» ese remedio ético-jurídico y no cuando se estima por el recurrente que la contraparte ha obrado de tal forma antijurídica, si esa conducta no se invoca a su debido tiempo y fue objeto de debate, examinándola por tanto la resolución suplicada.* (Sentencia de 31 de octubre de 1962; desestimatoria.)

3. CONSIGNACIÓN DE RENTAS: LAS FACILIDADES QUE EL PROPIETARIO PUEDA DAR AL INQUILINO PARA EL PAGO DE LA RENTA NO IMPLICAN MODIFICACIÓN DEL PLAZO Y MODO PACTADOS: *Pactado el pago de la renta por trimestres anticipados y no habiéndose acreditado al interponerse el recurso de apelación tal pago por lo que respecta a los meses de julio, agosto y septiembre últimos y si solamente haberse recibido una cantidad «a cuenta de la casa», procede declarar mal admitido el recurso, pues las mayores o menores facilidades que el propietario pueda dar al inquilino para el pago de la renta no significa la «realización económica del contrato» en el sentido que le da la sentencia recurrida ni puede significar la modificación del plazo y modo pactado.* (Sentencia de 16 de octubre de 1962; declaratoria de la indebida admisión del recurso de apelación.)

9. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Buróas

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ
Magistrado

1. Derecho civil.

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONCEPTO DE NECESIDAD: DOMICILIO: *La vivienda supone el centro desde el que el individuo desarrolla sus actividades, y si el que actualmente ocupa el actor está más alejado que la vivienda de su propiedad cuya ocupación pretende, es evidente que ésta satisface mejor sus necesidades, representa un mejor cumplimiento de sus obligaciones, y disminuye o suprime las incomodidades que el alejamiento actual de sus habituales lugares de trabajo supone; implicando todo ello una verdadera y propia necesidad, que sólo con la ocupación del piso litigioso puede y está en condiciones de satisfacer.*

CARGA DE LA PRUEBA: *Probada la necesidad de residir en el término municipal de L., existe la presunción legal prevista en el número 1.º del artículo 62 de la LAU., y al no haberse acreditado por el demandado nada en contrario que descarte o deje sin efecto aquella presunción, no tiene derecho el inquilino a la prórroga legal (Sentencia de 31 de enero de 1962; desestimatoria.)*

2. RESOLUCIÓN POR RUINA: INDIFERENCIA DE LA CLASE DE RUINA A EFECTOS RESOLUTORIOS: *Declarada la ruina de la totalidad del inmueble, en expediente contradictorio por la Autoridad Municipal competente y resolución firme, se hace forzoso acceder a la resolución del contrato arrendaticio; sin que obste a ello, el que parte del edificio esté en ruina incipiente, ya que la causa resolutoria 10.ª del artículo 114 de la LAU., al no hacer distinciones y ser suficientemente clara, no permite en buena lógica ser interpretada más que en el sentido de admitir como causa eficiente resolutoria cualquier clase de ruina.*

FACULTAD DE LA AUTORIDAD GUBERNATIVA CUANDO DE LA RUINA INMINENTE SE TRATA: *La circunstancia de ruina inminente faculta a la Autoridad gubernativa, en consideración a los posibles daños que puedan causarse, tanto en las personas como en las cosas, a fijar el plazo para el desalojo de los locales que se encuentren en tal estado. (Sentencia de 1 de febrero de 1962; desestimatoria.)*

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR DERRIBO: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.ª, APARTADO 1.º: DERECHO DE RETORNO: ACCIÓN DE REVISIÓN: *La notificación realizada en virtud de acta notarial de fecha 23 de enero de 1956 por la C. de*

L. del propósito de demoler la casa que ocupaba la demandante para construir otra que tuviera por lo menos una tercera parte más de viviendas, y el requerimiento de desalojo en el plazo de un año, es obvio que constituyeron la iniciación extrajudicial del ejercicio del derecho de denegación de prórroga por derribo con fuerza atractiva de la legislación arrendaticia vigente en su fecha, tal como manda la 2.^a de las disposiciones transitorias de la Ley de 22 de diciembre de 1955, no solo para la acción resolutoria que correspondiere, sino también para «todos sus aspectos y consecuencias», entre los que cabe comprender el derecho de retorno o recuperación, y la acción de revisión de renta, que tiene antecedente inmediato en este derecho, ambos como consecuencia del ejercicio de denegación de prórroga por demolición que extrajudicialmente se realizó en la fecha del requerimiento notarial arriba calendado. (Sentencia de 8 de febrero de 1962; estimatoria en parte.)

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PERSONA OBLIGADA A DESALOJAR LA VIVIENDA QUE OCUPA EN PRECARIO: Cuando a un inquilino se le revoca la concesión graciosa —o, se le comunica el desalojo, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1956—, en supuesto de ocupar vivienda en precario, es incuestionable, que puede ejercitar la acción denegatoria de la prórroga de la que a su vez es arrendador, por surgir en dicho momento el fundamento de necesidad o de imprórroga del contrato locativo. (Sentencia de 19 de febrero de 1962; estimatoria.)

5. DENEGACIÓN DE PRORROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: REQUISITOS: FINALIDAD: Efectuado con un año de antelación a la demanda, en acto conciliatorio, el requerimiento denegatorio previsto en el artículo 65 de la LAU, se cumplió la finalidad del precepto y por cumplido dicho acto previo, constitutivo de la acción, al tener el demandado conocimiento fehaciente de la necesidad y demás requisitos legales en tiempo hábil; sin que obste a ello el que el acto en que se llevó a cabo pudiera estar viciado de nulidad —que no es del caso ventilar— por no haberse realizado en el plazo de ochos días siguientes a la presentación de la papeleta, conforme previene el artículo 466 de la L.E.C. (Sentencia de 21 de febrero de 1962; desestimatoria.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENER EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICION UNA VIVIENDA APTA PARA SER OCUPADA, DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS, EN EL PLAZO DE SEIS MESES ANTERIOR A LA DEMANDA: INTERPRETACIÓN DEL PRESUPUESTO DE «ANALOGÍA»: La finalidad del legislador al modificar la legislación arrendaticia urbana en vigor desde la promulgación de la Ley de 31 de diciembre de 1945, plasmando dicha normación en la vigente Ley de 1956, y concretamente, al ampliar las excepciones a la prórroga obligatoria del contrato locativo, no fué otra, como dice la Exposición de Motivos «que corregir y aún eritar en la medida de lo posible los notorios abusos de derecho permitidos por la insuficiencia de las excepciones recogidas en la legislación precedente» de donde deviene que el presupuesto de «analogía» a que se refiere el párrafo 5.^o del artículo 62 de la LAU

ha de interpretarse en sentido favorable al arrendador, procediendo la denegación de prórroga, cuando del examen comparativo de la vivienda que el locatario ha tenido a su disposición y la que habita en razón al contrato, se desprende que ambas son similares, o que la primera reúne mejores condiciones que la que posee como arrendatario, con tal de que no sea inferior a la que habita y sea apta para satisfacer las necesidades del inquilino, sin que la «analogía» se pueda confundir con la «identidad», ya que la primera significa tanto como «relación de semejanza entre cosas distintas». (Sentencia de 9 de marzo de 1962; estimatoria)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: JUSTA CAUSA: CASUÍSTICA: La ausencia de la vivienda en litigio, por el demandado y familiares, desde octubre o noviembre de 1960 a junio de 1961, constituye la desocupación por más de seis meses a que se refiere el artículo 62, causa 3.ª de la LAU., sin que la circunstancia de que lo hubiera para dedicarse, con un camión de su pertenencia al transporte de la remolacha, en la ciudad de L., muy cercana a la localidad donde residen sus padres políticos, con los cuales convivió junto con su propia familia, suponga justa causa obstaculativa a la denegación de prórroga, pues si bien para el recurrido personalmente pudiera serlo la dedicación a su trabajo de transportista, para sus familiares que le acompañaron, no puede suponer más que mera conveniencia familiar. (Sentencia de 17 de marzo de 1962; estimatoria.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: FINALIDAD DEL REQUERIMIENTO PREVIO: CARÁCTER CONSTITUTIVO DEL MISMO: POSIBILIDAD DE VARIACIÓN NO SUSTANCIAL: La finalidad del requerimiento previsto en el artículo 65 de la LAU., no es otra que facilitar al arrendatario cabal noticia del propósito de poner fin a la prórroga forzosa del arriendo y de la causa de necesidad que lo funda, a fin de que pueda con antelación sopesar la conveniencia de acceder o resistir al requerimiento; la contestación del demandado al mismo deja trabada la cuestión, afirmando el carácter constitutivo del requerimiento, lo que veda cualquier alteración o sustitución de los elementos esenciales del acto previo, lo que no se desconoce por el hecho de que en la demanda se prescinda de la necesidad de una de las requirentes a la que se aludió en el trámite previo, puesto que dicha omisión no es variación sustancial que coloque al inquilino frente a una situación nueva que le impondría formar criterio sobre los propósitos del arrendador y medir unas posibilidades de defensa que tampoco se han visto mermadas al hacer formal oposición en el proceso. (Sentencia de 4 de abril de 1962; estimatoria.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO: CASUÍSTICA: La presunción legal de necesidad en beneficio de la persona para quien se reclama la vivienda, en el caso de que contraiga matrimonio, establecida en el párrafo 2.º del artículo 62 de la LAU., como tal presunción puede de virtualmente por prueba en contrario. Precisa para su eficacia varios requisitos, entre ellos el de que no tenga a su disposición u ocupe vivienda en concepto de propietario o arrendatario, o por cualquier otro título que

le permitía una continuidad incondicional en la localidad en donde radica la reclamada; sin que se pueda considerar como tal, el hecho de vivir con sus padres políticos en calidad de subarrendatario, pues el contrato en virtud del cual ocupa la vivienda de los últimos, carece de prórroga obligatoria, y en cualquier momento puede el arrendatario dar por terminado el contrato y con él la convivencia, la que no tiene obligación de prolongar el actor con ninguna persona, cuando dispone de casa propia. (Sentencia de 4 de abril de 1962; desestimatoria.)

10. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: CASO DE VARIOS PARIENTES CONVIVIENTES: FALTA DE NOTIFICACIÓN EXPRESA: Aún en el supuesto de que equivaliese el conocimiento por el arrendador de la muerte del inquilino titular a notificación ello no implica que produzca los efectos de la notificación fehaciente, exigida por la Ley, cuando los parientes convivientes, con derecho a continuar el arrendamiento son varios, y el arrendador desconoce cual de ellos es el que quiere utilizar tal derecho, que ni siquiera se ha intentado hacer saber, cuando lo que pretendían era continuar conjuntamente en el arrendamiento, supuesto prohibido por el artículo 58 de la vigente LAU., al prevenir «que cuando fueren varios los beneficiarios, sólo uno de ellos podrá utilizarlo». (Sentencia de 14 de abril de 1962; desestimatoria.)

NOTA: La Ley de A. U. de 21 de diciembre de 1946, por el contrario, permitía que los familiares del arrendatario fallecido, que con él convivieren durante el año anterior al fallecimiento y lo fuesen en el grado establecido en el artículo 71 de dicha Ley, pudiesen utilizar el derecho de subrogación en el arrendamiento conjuntamente.

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: INTERPRETACIÓN DEL VOCABLO «FAMILIAR». CASUÍSTICA: A efectos de selección por «familiares» han de comprenderse, no sólo los beneficiarios del derecho de subrogación reseñados en el artículo 58 de la LAU, que son los relacionados con el inquilino por el vínculo de la patria potestad o el deber de alimentos, sino también otros parientes necesitados de asistencia física, moral o económica del inquilino, referenciado a la época del requerimiento denegatorio, concurriendo dicha circunstancia en la hermana de la demandada, que con mucha anterioridad al requerimiento se encuentra incluida por ella como beneficiaria de Seguro de Enfermedad, conviviendo en el piso objeto de denegación. (Sentencia de 26 de abril de 1962; desestimatoria.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CONCEPTO: CASUÍSTICA: Acreditado que el hijo del arrendador ha contraído matrimonio, así como que desarrolla sus actividades laborales en la inmediata villa de B., se da el fin lícito y útil, equidistante entre lo obligado «stricto sensu» y la mera conveniencia, erigido por la doctrina legal para que sea aceptable la necesidad, como excepción a la prórroga obligatoria, siendo totalmente indiferente el lugar donde se contrajo matrimonio, que de suyo no vincula, como tampoco el hecho de haberse cursado estudios laborales preparatorios de la profe-

sión elegida en centros docentes más o menos apartados del lugar en donde radica la finca urbana. (Sentencia de 28 de abril de 1962; desestimatoria.)

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: SUBARRENDATARIO QUE OCUPA LA VIVIENDA: *La no ocupación por el arrendatario del piso litigioso por plazo superior a seis meses, constituye la causa denegatoria de prórroga del número 3.º del artículo 62 de la LAU, aunque la misma se encontrare habitada por el subarrendatario, ya que, una interpretación excesivamente literalista del precepto, sería contraria a su finalidad «evitar la privilegiada e indefinida permanencia del arrendatario en la finca, cuando sus propios actos patentizan la ausencia de necesidad», beneficiándose con el importe de la renta del subarriendo, explotando por ello la finca sin usarla y amparando su incumplimiento en el cumplimiento y uso por extraños.* (Sentencia de 10 de mayo de 1962; estimatoria.)

14. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: PEQUEÑA INDUSTRIA DOMÉSTICA: *El concepto de «pequeña industria doméstica» a que alude el párrafo 1.º del artículo 4.º de la LAU, lleva embebido un idea de accesoriadad respecto al destino primordial de lo arrendado, no otro que el de satisfacer las necesidades de la vida familiar y doméstica del inquilino; dicha relación se subvierte cuando el último no usa de la vivienda para sus fines propios y destina el local única y exclusivamente al ejercicio de la industria, aunque mereciere el calificativo de doméstica y su magnitud fuere escasa, operando una transformación del destino de la vivienda a espaldas del contrato, contraria a los designios del legislador claramente exteriorizados en la disposición adicional 1.ª de la LAU, e incurre en la causa resolutoria 6.ª del artículo 114 de la citada Ley* (Sentencia de 11 de mayo de 1962; desestimatoria.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LAS DELEGACIONES DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL DE CIEGOS NO SON DEPENDENCIAS DEL ESTADO: *Los locales ocupados por la Organización Nacional de Ciegos, no pueden considerarse «dependencias del Estado» porque: 1.ª, si bien los artículos 4 y 121, párrafo 2.º de la LAU, distinguen entre el Estado, las Corporaciones de Derecho Público y las Entidades Benéficas, el artículo 122, párrafo 1.º, atributivo de la competencia funcional, sólo menciona el Estado, Provincia y Municipio; 2.ª, el artículo 1.º del Decreto de 13 de diciembre de 1938 y su Reglamento de 28 de octubre de 1939, definen la O. N. C., como una «entidad de Derecho Público y Beneficencia general, con fines de mutua ayuda y para la resolución de los problemas específicos de sus asociados», llegando a señalar el artículo 11 que «el Estado deberá coadyuvar a la asistencia social de la Organización»; y 3.ª, la mera dicción legal predica que el vocablo «dependencia del Estado es sinónimo de lugar en que se desarrolla una función pública».*

COMPETENCIA TERRITORIAL Y FUNCIONAL: ASIMILACIÓN A VIVIENDA: *El conocimiento de las cuestiones que suscita la LAU respecto al local que ocupa una Delegación de la O. N. de Ciegos, reputado como «vivienda» en el artícu-*

lo 4.º, corresponde al Juzgado Municipal de la Capital de la provincia, según previene el párrafo 2.º del artículo 121.

RECLAMACIÓN PREVIA EN LA VÍA GUBERNATIVA: *La excepción séptima del artículo 533 de la LEC, sólo es viable cuando la demanda se dirija contra la Hacienda Pública.* (Sentencia de 29 de mayo de 1962; estimatoria.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD EXISTENTE AL TIEMPO DE CONCERNERSE EL ARENDAMIENTO: *No procede la denegación de prórroga, si las circunstancias personales y familiares del actor en que apoya su demanda, concurrían cuando hace diez años concertó el contrato alquilando la vivienda al demandado; interpretación contraria del concepto «necesidad», equivaldría a dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno solo de los contratantes en contrarención a las limitaciones impuestas por el acusado carácter social de la legislación locativa y del principio general contenido en el artículo 1.256 C. C.* (Sentencia de 4 de junio de 1962; desestimatoria.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: FINALIDAD DEL REQUERIMIENTO PREVIO: *El trámite preliminar del proceso que sólo tenía la finalidad de poner en aviso al arrendatario de las intenciones de no prorrogar el contrato y de los motivos que las fundaban y constituía una manifestación más del sentido proteccionista o tutitivo de la legislación especial, tiene además en la vigente Ley el designio de advertir al arrendador de un posible error o defecto en el planteamiento de su pretensión denegatoria para que pueda subsanarla sin pérdida de tiempo, designio que se evidencia en la exigencia de una contestación del inquilino al requerimiento ajustando su conducta a las normas de recíproca lealtad a que aludía el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley.* (Sentencia de 12 de junio de 1962; estimatoria.)

18. SUBARRIENDO TOLERADO POR LA LAU: REQUISITOS DE LA NOTIFICACIÓN: *No se cumple con la notificación prevenida en el artículo 18 de la LAU si por la inquilina se dirige una carta al arrendador, anunciándole por anticipado, no el subarriendo aún no efectuado, sino simplemente su propósito de llevarlo a cabo respecto a una habitación de la vivienda que ocupa, y máxime al no hacer mención del nombre del futuro subarrendatario.* (Sentencia de 20 de junio de 1962; desestimatoria.)

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: CIRCUNSTANCIAS DE PRELACIÓN: VIVIENDA DESTINADA AL EJERCICIO DE MÉDICO RADIÓLOGO POR UN HIJO DE LA ARRENDADORA: *Si bien a los efectos de selección han de considerarse como inquilinos a todos los que por cualquier título ocupan para sí la cosa ajena —sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1961— e incluso por tanto, debe comprender a las viviendas que se disfrutaban en calidad de precario o sin título alguno, al negarse la prórroga por necesidad de un hijo de la propietaria, no debe considerarse comprendida en la selección la vivienda que ocupa otro hijo, destinándola exclusivamente al ejercicio de su profesión de médico radiólogo, puesto que en el conflicto surgido entre la tutela que la legislación arrendaticia presta a la vivienda-hogar fami-*

liar y las exigencias derivadas del derecho de propiedad y de la familia, reconocidos y respetados por todo el orden jurídico, ha de quebrar la primera en atención al estado familiar, así como en consideración a la finalidad lícita, razonable y necesaria a que se destina el piso, pues en un orden de valores, el medio de vida es merecedor del amparo de la Ley punto menos que las necesidades de la vida que en el hogar se satisfacen. (Sentencia de 5 de julio de 1962; desestimatoria.)

NOTA: Véase sentencia de la misma Sala de 2 de mayo de 1961, Anuario 1962, fascículo 2.º, sentencia número 6, página 578.

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: ES INOPERANTE A LOS EFECTOS RESOLUTORIOS CUANDO LA INOCUPACIÓN FUE AUTORIZADA EXPRESAMENTE POR EL ARRENDADOR O SU ADMINISTRADOR: *Consentida expresamente por el arrendador primitivo o administrador la inocupación de la vivienda, en derivación de unos deberes de familia y amistad, enajenada la propiedad del inmueble, no puede apoyarse el nuevo arrendador en dicha inocupación consentida, y para computarse el plazo de seis meses ha de tenerse como día inicial aquel en que el inquilino tuvo conocimiento de la venta, y no habiendo transcurrido desde el mismo nada más que dos sin habitarse la vivienda sin consentimiento de la actual arrendadora, es obvio la causa resolutoria del artículo 114, número 11 de la LAU, en relación con el 62, número 3.º, no puede prosperar.*

SUBARRIENDO: CONVIVENCIA DE FAMILIARES DENTRO DEL TERCER GRADO DE PARIENTESCO CON LA INQUILINA: *La permanencia durante el plazo que va desde julio a octubre de 1961, en épocas espaciadas e intermitentes, de la familia Basterra, compuesta de matrimonio y dos hijos, en la vivienda habitada por la demandada, en concepto de inquilina, la que es tía carnal de la esposa del Sr. Basterra, conviviendo familiarmente, no puede sentarse implique subarriendo, y sí por el contrario calificar de convivencia familiar, perfectamente legal y que no obliga a la demandada al cumplimiento de ninguno de los requisitos que previene el artículo 18 de la LAU.*

CONTRATO DE HOSPEDAJE: *Como tal ha de calificarse la convivencia con la inquilina desde el mes de octubre de 1961, de la señorita B. de H., que lo hace para que la demandada no esté sola, compensándose ambas, inquilina y convivente, sus servicios; hospedaje que el artículo 4.º de la LAU, configura de pequeña industria doméstica, sin que el contrato pierda su carácter inquilinario, ni sea precisa la autorización expresa que previene el artículo 21, al no exceder de dos el número de los huéspedes, ni la notificación y demás requisitos prevenidos en el 18, referido a las situaciones jurídicas de subarriendo. (Sentencia de 6 de julio de 1962; desestimatoria)*

21. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: HOSPEDAJE NO AUTORIZADO: *La presencia repetida de cuatro huéspedes en la vivienda de autos, sin permiso escrito del arrendador, provoca la resolución del contrato conforme previenen el artículo 114, número 2.º de la LAU, en relación con el artículo 21, número segundo del mismo cuerpo legal.*

LA AUTORIZACIÓN CONCEDIDA EN EL CONTRATO PARA DESTINAR LA VIVIENDA A CASA DE TOLERANCIA, NO PRESUPONE CONSENTIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LA INDUSTRIA DOMÉSTICA DE HOSPEDAJE CUANDO EL NÚMERO DE HUÉSPEDES SEA SUPERIOR A DOS: *Teniendo que ser la mencionada autorización concedida expresamente para la tenencia de huéspedes, no cabe comprender haber sido obtenida por la arrendataria, por el hecho de facilitársela en el contrato para el ejercicio de una actividad, que por su carácter inmoral fue prohibida por la Ley, dadas las diferencias tanto morales y materiales, cuyo parangón no es posible lícitamente realizar, existentes entre ambas actividades, la una moral, plausible y lícito medio de subsistencia, al par que la otra sólo es merecedora de condenación moral, religiosa, legal y simplemente humana por la falta de respeto que a todos los valores humanos representa tal tráfico.* (Sentencia de 1 de septiembre de 1962; desestimatoria.)

22. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: LEGITIMACIÓN ACTIVA: MARIDO ARRENDADOR DE BIENES PARAFERNALES DE LA MUJER: *Aunque el inmueble sea propiedad de la mujer con el carácter de parafernál, el marido que concertó el contrato de arrendamiento del piso litigioso, cobró las rentas y realizó cuantos actos fueron necesarios para la administración del mismo, está legitimado para denegar la prórroga forzosa por necesidad de un hijo del matrimonio, al no acreditarse posible fraude en los derechos de la mujer, circunstancia en que se requeriría su presencia conforme previene el artículo 1.833 del Código civil.* (Sentencia de 3 de septiembre de 1962; desestimatoria.)

23. ABUSO DE DERECHO: SU APRECIACIÓN POR LOS TRIBUNALES: *Dado el carácter extraordinario de las facultades que el artículo 9.º de la LAU concede a los Tribunales debe hacerse una restringida aplicación de dicha doctrina.*

ABUSO DE DERECHO: NO EXISTE EN EL CASO DE DENEGARSE LA PRÓRROGA POR NECESIDAD: CASUÍSTICA: *El interés del inquilino, en el caso de autos, goza de una especial prerrogativa jurídica protectora —la contenida en el artículo 68 de la Ley especial— y no puede atribuirse al derecho que el arrendador pone en ejercicio una motivación antisocial o la simple intención de perjudicar, sino moviéndose en el inestable terreno de lo conjetural o presuntivo, que debe evitarse siempre, y con mayor motivo cuando se trata de una facultad legal que exige meditado y cauteloso uso.* (Sentencia de 17 de septiembre de 1962; estimatoria por otros motivos.)

24. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: LIBRE DISPONIBILIDAD DE UNA VIVIENDA PROPIEDAD DEL ARRENDATARIO: CASUÍSTICA: *La adjudicación de la vivienda sita en la zona residencial de A., que proporcionó al inquilino una titularidad, aún admitiendo que fuera interina, con facultades de libre disposición, de las que hizo uso precisamente al autorizar la ocupación por un tercero, sita a 1.600 metros del casco urbano de V., y a tres kilómetros de su establecimiento comercial, no es apta para satisfacer sus necesidades —entre ellas y como decisiva, la del ejercicio de su industria—, sin grave trastorno para intereses vinculados estrechamente al hogar familiar, de donde deviene no pueda ha-*

blarse de falta de necesidad respecto de la ocupación que mantiene sobre la vivienda arrendada, ni de una conducta abusiva que merezca el reproche de la Ley (Sentencia de 29 de noviembre de 1962; estimatoria.)

25. SUBROCIÓN «MORTIS CAUSA»: VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN VERBAL: ACTOS PROPIOS DEL ARRENDADOR: *La circunstancia de que al mes del fallecimiento del inquilino, su cónyuge exigió al actor fuese puesto el contrato a su nombre, y más tarde, transcurridos casi cuatro años del óbito, el arrendador dio a la demandada autorización por escrito, para la instalación en el piso discutido de una cocina económica, forzosamente deviene en concluir admitiendo que el arrendador fue notificado y tuvo conocimiento cierto e indudable, dentro del plazo legal, de la persona que se subroga en los derechos y obligaciones inquilinarias, el cónyuge del inquilino fallecido; subrogación confirmada al autorizar al referido cónyuge la instalación de la aludida cocina, por lo que ha de atribuirse a la notificación la fehaciencia exigida por la Ley, ya que como previene el artículo 3.º del Decreto de 28 de septiembre de 1956, la misma podrá efectuarse en cualquiera de las formas admitidas en derecho, incluso la verbal.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1962; desestimatoria)

26. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL HECHO FÍSICO DE LA TRANSFORMACIÓN REAL DE LA VIVIENDA EN OFICINA: LEGISLACIÓN APLICABLE: INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 1.ª DE LA LAU VICENTE: *Realizada la transformación física de la vivienda en oficina, con anterioridad a la vigencia de la actual LAU de 22 de diciembre de 1955 —cuyo texto articulado se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» de 21 de abril de 1956—, conforme previene el párrafo 1.º de la disposición transitoria 1.ª de la misma, interpretada por el Tribunal Supremo en diversas resoluciones, entre ellas la de 12 de noviembre de 1958, en el sentido de que la retroactividad querida por el legislador es la de grado mínimo o atenuada, de modo que solamente los efectos producidos por los contratos, cualquiera que sea su fecha, con posterioridad a la vigencia de la nueva Ley, habrán de regirse por los preceptos de ésta, debiendo resolverse en cambio por las normas de Derecho derogado, los efectos que dichos contratos hayan podido producir anteriormente, o los hechos que con anterioridad hayan podido tener lugar, la indicada transformación en oficina, tiene que ser actuada por el artículo 10, párrafo 1.º de la Ley de 1946, y por ende el local como vivienda y no local de negocio, como previene el artículo 5.º de la actual Ley, no aplicable, sin que juegue la causa resolutoria número sexta del artículo 114 de la vigente Ley.* (Sentencia de 28 de julio de 1962; desestimatoria.)

2. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN; FALTA DE ACREDITAMIENTO DEL PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS: NULLIDAD DE ACTUACIONES: *La interposición del recurso de suplicación sin acreditación del pago o, consignación de las rentas vencidas*

y no satisfechas hasta dicho momento, conculca lo prescrito en el artículo 148 de la LAU y deviene en la nulidad de las actuaciones practicadas a partir de la presentación por el recurrente del escrito impugnatorio, así como firme y ejecutoria la sentencia de instancia.

DECLARACIÓN DE OFICIO: «IUS COGENS»: *La prevención contenida en el artículo 148 citado, como de «ius cogens», ha de aplicarse en la primera oportunidad procesal en que se advierte la falta, sin que sea precisa la denuncia de parte interesada. (Sentencia de 2 de febrero de 1962; declarando nulas ciertas actuaciones, así como firme y ejecutoria la resolución impugnada.)*

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *El concepto de causa en el negocio jurídico.*

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español.*

BONET CORREA, José: *La responsabilidad en la Ley sobre navegación aérea española.*

MIQUEL, Juan: *Una aportación al estudio del "error in substancia" en la compraventa.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: *El artículo 52 del código Civil después de la ley de 24 de abril de 1958.*

3. BIBLIOGRAFÍA

4. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

5. JURISPRUDENCIA.