

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125 —1958.

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 XVII
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCMLXIV

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.

La promesa del hecho ajeno

ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: Premisas.—Antecedentes históricos.—La obligación del promitente: A) La obligación del promitente como obligación de hacer; B) La obligación del promitente como obligación de procurar el hecho de tercero; C) La obligación del promitente como obligación de indemnizar si el tercero no cumple; D) La prestación del promitente como asunción del riesgo de que el tercero no cumpla.—La figura jurídica del promitente del hecho ajeno.—Caracteres de la promesa de hecho ajeno.—Problemas de interpretación.—La promesa de hecho ajeno y figuras jurídicas afines.—Efectos de la promesa.

P R E M I S A S

Llama la atención al jurista el hecho de que nuestro Código civil, hondamente influido, según se sabe, por los Códigos francés e italiano de 1865, no dedique ningún precepto a las figuras jurídicas que nos va a ocupar.

En efecto, tanto el artículo 1.119 del Código Napoleón como el 1.129 del italiano de 1865, expresamente consagran que puede obligarse uno

Notas bibliográficas.—Aparte de los tratados extranjeros (sobre todo franceses e italianos) que tratan con cierta amplitud el tema, Vid. en la doctrina española: DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo II, edic. 1959, revisada y puesta al día por Cossio y Gullón, pág. 110; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, págs. 710-711; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I. Doctrina General del Contrato, Barcelona, 1953, págs.

Concretamente vid.: OERTMANN, *Verträge auf Handlungen dritter Personen*, en "Festschrift für Zitelmann", 1913; WAWRE, *Le porte-fort en droit federal*, Neuchatel, 1898; MASSA, *I contratti a favore o a carico dei terzi secondo il diritto romano*, en Archivio Giuridico, 1893, págs. 37-67, 199-214, 344-378; PACCHIONI, *La promesa del fatto di un terzo*, en Rivista del Diritto Commerciale, II, págs. 549 y sigs.; COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en Droit Romain*, Nancy. 1957; THÉLOHAN, *De la stipulatio operarum*, en Etud. d'hist. jur. offerts a Girard, vol. I; MILONE, *Della promessa di "curare" il fatto di un terzo*, en *Studi per Schupfer*, 1898, tomo III, págs. 55-63; SCHUPFER, *Il Diritto delle obbligazioni in Italia, nell'età del Risorgimento*, vol. I, Turín, 1921, págs. 71-79; STOLFI, *La promesa del fatto di un terzo*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1927, I, págs. 203 y sigs.; ALLARA, *Natura giuridica della obbligazione del fatto altrui*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1929, I, págs. 410 y sigs.; SCALFI, *La promessa del fatto altrui*, Istituto Editoriale Cisalpino, 1955; MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, traducción española, Buenos Aires, 1952, págs. 201-203; BOULANGER, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, París, 1933; FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui*, París, 1950.

respecto a otro, prometiendo el hecho de una tercera persona. Tal promesa da solamente derecho a indemnizaciones contra el que se ha obligado, o que ha prometido la ratificación del tercero, si éste rehusa cumplir su obligación.

¿Cuál es la causa de que en nuestro Código no se mencione para nada esta institución de tan arraigado abolengo histórico? Ha sido, a mi juicio, la omisión que el Proyecto de 1851 hacía de ella conscientemente. El artículo 977 del mismo, sustancialmente idéntico al artículo 1.257 actual, contenía antes de su última revisión, dice GARCÍA GOYENA, un tercer párrafo: “Si alguna de los partes contratantes se obligare a que un tercero entregará alguna cosa o prestará algún servicio, quedará obligado a la indemnización en el caso de que el tercero no lo cumpla.” El ilustre jurista da como razón de la supresión las disposiciones sobre incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Proyecto, aunque reconociendo su justicia.

Ahora bien, si las normas sobre incumplimiento de las obligaciones nos revelan que el incumplidor responde siempre de su incumplimiento, bien en forma específica o bien por equivalente, no nos resuelven, sin embargo, los puntos oscuros y debatidos que surgen cuando una persona promete el hecho de un tercero. ¿A qué se obliga el promitente? ¿Cuándo se puede afirmar que ha cumplido su prestación? ¿Cuáles son los casos y, por consiguiente, los efectos que se producen si se da una situación de imposibilidad de la prestación que el tercero ha de efectuar? ¿Son aplicables las normas de la fianza por su semejanza aparente? ¿Cuál es la figura jurídica del promitente del hecho ajeno?

De ahí, pues, que no nos parezca acertada la supresión de toda referencia a la figura, debida la existencia de normas que disciplinan el incumplimiento de las obligaciones, porque, ante todo, hay que puntualizar si existe una obligación y, en caso afirmativo, su contenido.

La doctrina jurídica moderna admite, sin discusión, el que una persona puede prometer el hecho ajeno, con la secuela de indemnizar daños y perjuicios si ese tercero no cumple lo que aquél prometió. Este “cumplimiento” tiene como base, claro está, el que el tercero consienta en obligarse respecto al promisorio, porque de otro modo quedaría vinculado sin su voluntad. Se verá en páginas posteriores cómo a partir de ese momento (consentir en obligarse) desaparece de la escena jurídica el promitente.

Sin embargo, esa unanimidad no existe si se trata de precisar más. Concretamente, y por no mencionar más que un punto central de la dogmática de la institución, cuando se trata de perfilar la obligación asumida por el promitente.

Pero antes de entrar en esta materia, creo imprescindible unas indicaciones históricas que sirvan para ver cómo se planteó la cuestión en la época anterior a la codificación, y de qué modo ha evolucionado el pensamiento jurídico para llegar a admitir una institución negada radicalmente en un principio.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En el Derecho romano se consideraba nula por principio toda estipulación en que uno de los sujetos prometía el hecho de un tercero. Y ello porque contrariaba no sólo la imposibilidad de la representación directa, sino porque la obligación significaba una restricción al ámbito de libertad del obligado, en tanto que estaba constreñido a realizar una determinada prestación al acreedor, y por ello nadie más que el mismo obligado podía imponerse esa restricción. Nos dice PAULO (D.45.1.83) que el negocio se contrae entre el que estipula y el que promete; y así, prometiendo uno por otro “que éste dará o no hará”, no se obliga, porque cada cual debe prometer por sí.

No obstante, si de la estipulación no podía surgir ninguna obligación a cargo de tercero, ¿producía la misma algún efecto entre los intervinientes? La doctrina lo niega basada en diferentes consideraciones; la prestación era imposible porque el tercero no había consentido; la ineficacia se asienta en la falta de una voluntad de obligarse entre las partes; el formalismo de la *stipulatio* no consentía la mención de un tercero en las palabras sacramentales. Para la validez de la estipulación era necesario que el acreedor y el deudor pronunciasen, los dos personalmente, los *verba* consagrados por el uso, que no toleraban aquella mención.

Este rigor del Derecho clásico, sin embargo, fué templado progresivamente. Sin abdicar de la idea fundamental antes expuesta, a saber, la de que nadie puede prometer por sí el hecho de tercero con efectos vinculantes para éste, se pretende que la estipulación tenga efectos entre los que en ella intervienen. Y ello se logra admitiendo la validez de aquellas estipulaciones en que se promete *procurar* que el tercero haga o no haga. En tal supuesto, más que un hecho ajeno, se prometía un hecho propio: el procurar. Otro de los procedimientos empleados consiste en la estipulación de una *pena* si el tercero no cumple. Así, dice ULPIANO (D.45.1.38.24), que si alguno hubiese estipulado: “¿prometes hacer comparecer a aquél?, no hay causa alguna para que no subsista esta obligación”. Justiniano, en su *Instituta*, recoge íntegramente estas dos posibilidades de dar validez a la estipulación del hecho ajeno, sin que falte autor (PACCHIONI) que afirme ser *propio* del Derecho justiniano el recurso a la estipulación de la *pena*.

Si las conclusiones anteriores son las aceptadas, con ligeras variantes, por la doctrina romanista, en cambio, hay profundas divisiones en torno a un fragmento de Juliano recogido en el Digesto (45.2.5) en el que se afirma rotundamente: “nadie hay que no sepa que se pueden prometer trabajos ajenos (*alienas operas*) y dar fiador de esta obligación”. ¿Cómo se compagina ello con la doctrina general negadora de los efectos de la estipulación pura de hechos ajenos?

Dos tendencias podemos anotar:

1.º La de aquellos que, como ALLARA y THÉLOHAN, creen que se refiere a la estipulación de hechos ajenos simplemente. ALLARA

afirma que el fragmento se explica por la evolución de la *stipulatio*. La misma no encuentra ya en el empleo de determinadas palabras su energía vinculante, sino en la voluntad de obligarse, por lo que el fragmento de Juliano significaría el nuevo sentido que tiene este negocio. Ha pasado la época, pues, en que la estipulación: “¿Prometes que Ticio hará?”, carecía de efectos.

La opinión de ALLARA es un tanto incompleta, porque es obvio que no se nos dice cuál era el contenido de esta estipulación. No puede ser, lógicamente, la de obligar directamente al tercero sin su consentimiento, ni tampoco, al parecer, la de procurar por el promitente este mismo, porque según vimos anteriormente era objeto de otra estipulación.

THÉLOHAN lo explica suponiendo que el principio “*nemo alienum factum promittere potest*” no se aplica a las promesas de *datio* a cargo de un tercero. Pero se ha observado por COUDERT la existencia de textos en que claramente se extiende aquél a las obligaciones que comportan un *dare*. THÉLOHAN parte para su construcción del principio de que las *operae* no son un hecho, sino una *res* que forma objeto de una *datio*.

2.^a Frente a esta opinión que ve en el fragmento de JULIANO un nuevo desenvolvimiento de la promesa de hechos ajenos, otros autores lo relacionan con los trabajos de los libertos. STOLFI dice que desde el punto de vista exegético se puede observar que en el fragmento se trata de *operas libertorum*, que están en el patrimonio del patrono. Son cosas propias las que promete, y no ajenas. Análogo punto de vista mantiene COUDERT.

En el Derecho común el panorama cambia totalmente. Y cambia debido a la decadencia del formalismo de la *stipulatio*, y el auge que cobra la voluntad como fuente de obligarse, cualquiera que fuere la forma de expresión. No obstante, la evolución sufrida hasta llegar a este postulado fué lenta, debido a la sumisión de los doctores a los textos romanos.

En su magistral estudio sobre la estipulación de hechos ajenos en el Derecho común, anota STOLFI la gran influencia que sobre esta materia ejerció el Derecho canónico, con la institución del *juramento*, mediante la cual se hacían eficaces todas las declaraciones de voluntad que no conteniendo nada de ilícito e inmorales, eran declaradas nulas por expresa disposición legislativa (SCHUPFER). Aplicando el juramento a la promesa de hecho ajeno determinó su validez. La repetición continua del juramento hizo que fuese poco a poco decayendo su manifestación expresa, sosteniéndose la validez de la promesa sin el mismo, con el recurso de darlo por puesto mediante presunción. Ahora bien, si era válida la estipulación de hecho ajeno, ¿qué había de entenderse *como objeto de la obligación del que los prometía?*

La doctrina se dividió en dos posiciones netamente contrapuestas. Para unos, el promitente estaba obligado a desplegar toda actividad necesaria respecto al tercero para conseguir que éste cumpliera, libe-

rándose, por tanto, aquél en el momento en que demostrase haber hecho lo posible para ello. Para otros, el promitente sólo se liberaba cuando el tercero cumplía lo que él prometió. En la práctica prevaleció la primera solución sobre cuyos fundamentos teóricos manifestaron serias dudas los doctores (1).

Así, pues, en el Derecho común ya no se plantea como problema la validez de la simple promesa de hecho ajeno, sino el de saber a qué se ha obligado el promitente. La discusión de los doctores de la glosa sigue abierta todavía hoy. En efecto, aunque los Códigos modernos proclamen la validez de la promesa, y la obligación de indemnizar que nace cuando el tercero no cumple, guardan silencio sobre el contenido de la prestación del promitente.

LA OBLIGACIÓN DEL PROMITENTE

Por lo tanto, vamos a estudiar las posiciones que se adoptan en la doctrina moderna sobre el contenido de la prestación del que promete simplemente el hecho de otro.

A) *La obligación del promitente como obligación de hacer.*

Para un sector de la doctrina, el promitente contrae como obligación la necesidad de hacer lo posible, de desarrollar una actividad, para inducir al tercero a que cumpla la prestación que aquél prometió. El resultado es puramente eventual. Por tanto, se libera cuando pruebe haber cumplido esta prestación, cuando pruebe que ha desplegado su actividad en tal sentido, y que no ha obtenido éxito por causas ajenas

(1) En las Partidas la promesa de hecho ajeno podía ser de dos modos: *simpliciter* y *secundum quid*. En el primer caso se acepta la regla romana de la negativa de efectos jurídicos, salvo que se hiciese en juicio o en nombre de los herederos. En el segundo caso, la promesa de hecho ajeno indicaba que se había prometido un hecho propio: comprometerse a hacer o a procurar que se haga por parte del tercero. La doctrina se preguntaba si el promitente se liberaba de responsabilidad acreditando que hizo cuanto pudo a fin de que el tercero cumpliera. La opinión favorable a su liberación vaciló ante la negativa de Jason de Mayno y Socino. La Ley XI del Título XI de la Partida V expresamente consagra que el promitente, si el tercero no cumplía "tenudo serie el de lo complir ó de le pechar los daños et los menoscabos quel veniesen por esta razón". Con razón decía Gregorio López que esta Ley obsta bastante a la indicada opinión común.

Así, pues, las Partidas, siguiendo el modelo romano, negaban valor a la promesa simple del hecho ajeno, salvo que se prometiese por una persona que sus herederos harían o darían alguna cosa, o en juicio se prometiese que un tercero tendrá por firme la decisión del pleito, u otras semejantes. En cambio, se afirmó la validez de la promesa de *procurar* el hecho de tercero.

El ordenamiento de Alcalá suprimió las formalidades de la estipulación. La simple no obligaba al tercero en ningún caso, pero con el incumplimiento había lugar a la acción de daños y perjuicios. Esta solución en un principio fue discutida, dejando en la práctica inoperante la Ley del Ordenamiento. Finalmente, parece que un texto de Bartolo dio salida amplia a la acción de indemnización. Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y Derechos en el Documento Público*, Madrid, 1950, págs. 233 y sigs.

a su voluntad. BARASSI afirma que esta teoría está en consonancia con el principio "favor debitoris", que debe presidir la interpretación de todo contrato.

Contra la misma, sin embargo, se han hecho una serie de objeciones que se pueden resumir así: a) La prestación sería imprecisa, indeterminada, y el derecho del acreedor fácil de desconocerse por la excesiva facilidad de la prueba de que se ha intentado, pero en vano, obtener del tercero el cumplimiento de la obligación; b) No es susceptible, para el caso de incumplimiento, de una segura apreciación de valor; c) La actividad del deudor no tiene, en sí y por sí, independientemente del resultado al cual mira, ningún valor pecuniario.

¿Se pueden acoger estas consideraciones para rechazar que la obligación del promitente sea una *obligación de medio* y no de resultado? A mi juicio, hay que prescindir del problema de la facilidad de la prueba para liberarse de las consecuencias del incumplimiento. Una cosa es el problema práctico de prueba, y otra la verdadera naturaleza de la institución. No podemos en modo alguno desnaturalizar ésta por las consecuencias de la prueba. Por otra parte, tampoco cabe sostener que la prestación carece de posibilidad de valoración cuando se incumpla ya que podría ser perfectamente valuada por la concreción del daño sufrido al acreedor ante la no realización de lo prometido a cargo del tercero.

En cambio, es acertada la objeción de que independientemente del valor del resultado al cual mira, la prestación del deudor no tiene valor. Y es acertada si se observa el supuesto siguiente: el tercero, con independencia de toda gestión por parte de quien prometió su hecho, cumple frente al acreedor de aquél. No hay duda de que, en el terreno de la teoría que criticamos, ha existido un incumplimiento consistente en la no realización de las gestiones oportunas. Pero un incumplimiento que quedaría sin sanción, por no poderse exigir daños y perjuicios al no haberse causado ninguno, debido a la actuación del tercero "per se". La prestación del promitente, pues, carecería de todo valor, no es susceptible de cumplimiento ni en formas específicas ni por equivalente. En una palabra, estamos en un supuesto que cae en la órbita del artículo 1.256 del C. c. De ahí, pues, la consecuencia ineludible de relacionar la actividad del promitente con el resultado que se pretende, para dar algún sentido a aquélla, que, por otra parte, postula la misma interpretación de la voluntad de los sujetos. Cuando A se compromete frente a B a que C ratifique el contrato que los dos han celebrado, no se piensa sino en el hecho del tercero, C, como útil, no exclusivamente en la diligencia que podría desplegar el obligado.

Debido a esta conexión entre diligencia y resultado útil en la figura que estudiamos, y sin entrar en la crítica de la teoría desarrollada en la doctrina francesa sobre la distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, otro sector doctrinal mantiene la siguiente posición:

B) *La obligación del promitente como obligación de procurar el hecho de tercero.*

Para STOLFI, la liberación del promitente no se produce probando que ha usado de toda diligencia, sino además cuando el tercero cumpla. En el mismo sentido se manifiesta ALLARA, y en la doctrina francesa, entre otros, LAURENT y AUBRY.

Pero las razones en contra son claras y convincentes. Se dice que en tal caso el deudor promete algo que no depende su querer y, por tanto, la actividad que se quiere vincular por su acreedor no es materialmente posible. SCALFI y BOULANGER afirman que no es concebible una prestación de hacer cuando el hacer tenga por objeto un acto de otro; esta interferencia de la voluntad del tercero quita su significado a lo que debería ser el contenido de la prestación, es decir, el comportamiento del deudor, porque el resultado último y útil depende del tercero.

Para argumentar en favor de la tesis criticada se ha llegado incluso a recurrir al expediente de la liberación del deudor, que usa toda diligencia, pero que no obtiene del tercero nada, a la fuerza mayor. Pero falta toda posibilidad de equiparación entre un *succeso imprevisible* que impide el cumplimiento de la obligación y la negativa del tercero a cumplir lo que otro prometió, porque *esta misma eventualidad* dió nacimiento a la promesa. La fuerza mayor implica una obligación que en principio *era posible*. En la estipulación del hecho ajeno nos encontramos ya, desde el principio, con una prestación que no era posible por las razones anteriormente apuntadas. (Vid ALLARA.)

C) *La obligación del promitente como obligación de indemnizar si el tercero no cumple.*

Las teorías anteriores buscan infructuosamente la solución del problema del contenido de la prestación del promitente a través de la obligación de hacer. Y decimos infructuosamente, porque ni desde el punto de vista dogmático ni práctico es factible. Por otra parte, aquellas posiciones vienen impulsadas, como causa determinante, por el desarrollo histórico de la institución. En Roma hubo que acudir a las obligaciones de hacer para que la promesa de hecho ajeno tuviera efectos entre las partes. En el Derecho común, la atención de los doctores se centra sobre un punto olvidado, o, por lo menos, oscuro, en la compilación justiniana; cuándo se liberaba el promitente.

Sin embargo, la técnica moderna no tiene necesidad de respetar las exigencias de una organización jurídica que ya ha desaparecido; las voluntades de los contratantes no penetran en el molde rígido de la *stipulatio*. No hay, en una palabra, razón para copiar los procedimientos por los que los juristas romanos, ingeniosamente por lo demás, hacían válida una operación que, de otro modo, era nula (BOULANGER).

Y de ahí que otro sector de la doctrina, para la solución del pro-

blema que estamos exponiendo, se fije en un aspecto de la institución dejado en sombra por las teorías de la obligación de hacer; ese aspecto es el que hace referencia a la obligación de indemnizar que el promitente tiene si el tercero no cumple.

Ahora bien, esa obligación de indemnizar, esa faceta de la promesa del hecho ajeno, tiene a su vez dos maneras de ser considerada: *a*) como obligación de pagar una suma de dinero si el tercero no cumple (condición); *b*) obligación de pagar como consecuencia de la aceptación por el promitente de un riesgo, que no es otro que el de garantizar al acreedor de todo daño que le pueda producir el incumplimiento por parte del tercero.

La consideración de la obligación del promitente como de indemnizar sujeta a la condición de que el tercero tenga el comportamiento que aquél prometió, ha sido mantenida por WIELAND, CARNELUTTI y BOULANGER, entre otros autores. Sin embargo, tal concepción es rechazable, porque olvida el interés que se persigue con la estipulación del hecho ajeno. El interés del acreedor es, ante todo, el de ver cumplido por el tercero el hecho prometido. Cuando el promitente manifiesta su voluntad de que dicho tercero hará o no hará, también asegura que será satisfecho el interés. También el promitente desea verlo cumplido, porque así se evita de pagar la indemnización. *Por ello el interés relativo a la indemnización es esencialmente accesorio*. Considerando como obligación del promitente la de pagar la indemnización, se olvida completamente en la descripción del contenido de *aquella el interés primario a ver realizado el hecho del tercero* (SCALFI).

Además, hay que observar que si conceptuamos la obligación del promitente como la de pagar una indemnización condicionada al evento del incumplimiento del tercero, en el momento en que el susodicho promitente intentase cualquier actividad en relación con el tercero, para que tuviese el comportamiento prometido, la condición habría de darse por cumplida a tenor del artículo 1.119. El obligado, en nuestro caso el promitente, impide voluntariamente que la condición se cumpla (que el tercero no cumpla). Consecuencia absurda, que se deriva de lo anteriormente expuesto: el olvido de que el interés del acreedor es el de *que el tercero cumpla*.

Las objeciones contra la teoría no quedan en lo dicho. Hay que tener también en cuenta un supuesto de fácil realización en la práctica para darse cuenta de que dogmáticamente tampoco es exacta. El supuesto de hecho consiste en el pago de una contraprestación por parte del acreedor o promisorio al promitente del hecho ajeno. Entonces tendríamos, en buenos principios, un sinalagma entre una obligación condicionada (la del promitente) y una obligación cierta (la del acreedor), lo que llevaría a la consecuencia errónea de que si la condición a que estaba sujeta la obligación del promisorio de indemnizar no se cumple (porque el tercero cumple), el acreedor debe pedir la restitución de la contraprestación suya o el no pago de la misma, que era causada o sostenida por la obligación del promitente que no se ha

realizado. Todo ello, naturalmente, contra la verdadera y auténtica finalidad del instituto.

Sin embargo, con todos sus defectos, la teoría que concibe la obligación del promitente como obligación condicional de indemnizar, ha tenido un efecto favorable, y es el de que se ha prestado una especial atención al interés que se pretende satisfacer estipulando el hecho ajeno, y considerando la obligación de indemnizar desde un punto de vista subordinado a aquél. En una palabra, porque ha abierto la ruta hacia la tesis que conceptuamos más acertada, y es la de considerar:

D) *La prestación del promitente como asunción del riesgo de que el tercero no cumpla.*

Partiendo del supuesto de que al acreedor o promisorio le es indiferente la actividad del tercero en cuanto motivada por la actuación del promitente, y que lo único interesante para él es que el tercero cumpla para satisfacer así su interés en forma específica, siendo, por tanto, la indemnización que ha de pagar el promitente en caso contrario algo meramente subsidiario o equivalente, la doctrina suiza, explicando la norma del artículo 111 del C. c. que está dedicada a la regulación de la promesa del hecho ajeno (2), ha apuntado una idea extraordinariamente fecunda, y que ha sido desenvuelta en la doctrina francesa por BOULANGER (3), y en la doctrina italiana por SCALFI. Tal idea se puede resumir así: la prestación del promitente es una *prestación de garantía*. El que promete el hecho ajeno, lo que hace es garantizar al acreedor o promisorio que su interés será satisfecho, respondiendo de las consecuencias perjudiciales en caso contrario. *En otros términos, el promitente asume frente al promisorio el riesgo de que el tercero no cumpla.* El promitente dice: Yo no estoy facultado para obrar. Esta ausencia de poderes hace nacer un indudable riesgo, puesto que el tercero podrá ratificar o no el contrato que ha celebrado en su lugar. Pero este riesgo yo lo cubro. Yo me obligo a indemnizar de todo daño que pueda causar la no ratificación.

Ahora bien, para poder configurar así la prestación del promitente es necesario algunas consideraciones previas sobre la prestación en general. En efecto, la doctrina ha estado dominada durante mucho tiempo por una idea un tanto limitada y estrecha del objeto de la prestación en la teoría general de la obligación. Se pensaba que el objeto lo constituía bien un *facere* de carácter positivo o negativo o un *dare*. Sin embargo, al nacer en la doctrina germánica la categoría conceptual de los contratos de garantía se vió inmediatamente que aquellas nociones tradicionales eran insuficientes, y entonces se extiende el ám-

(2) El art. 111 del Código federal suizo de obligaciones, dice: "Todo el que promete a otro la realización de algo que debe ejecutar un tercero, queda responsable de los daños y perjuicios que se produzcan a consecuencia de la inefecución por parte de dicho tercero.

(3) Este autor coordina la teoría de la asunción del riesgo con la del pago de una indemnización en forma condicional (que el tercero no cumpla).

bito del objeto de la prestación para comprender en el mismo incluso *un riesgo*. Se podía, en suma, *prestar el riesgo*, asumirlo con todas sus consecuencias. La expectativa del acreedor no se dirige a una utilidad que es el resultado último de un obrar, o de un comportamiento, sino que su utilidad consiste en descargar sobre la otra parte los resultados perjudiciales que pueden acaecer si se produce determinado riesgo (BETTI). En el contrato de seguro, por ejemplo, antes de que el evento temido se verifique, existe la atribución de una utilidad al asegurado por parte del asegurador, que es la *asunción del riesgo por su parte*.

Así, pues, no existen inconvenientes para ver en la promesa de hecho ajena una asunción por parte del promitente del riesgo que supone para el interés del acreedor o promisorio el que el tercero no cumpla. De este modo también se explica que cuando haya una contraprestación por parte del acreedor o promisorio frente al promitente, el contrato tenga en sí una relación sinalagmática perfecta, y no se resuelva, como quiere BOULANGER, en una obligación de indemnizar condicionada al evento del incumplimiento del tercero, porque ya hemos expuesto las razones que nos conducen al repudio de esta doctrina.

LA FIGURA JURÍDICA DEL PROMITENTE DEL HECHO AJENO

Una vez configurada la obligación que asume el promitente, vamos a ver si tiene encaje su figura en algunos de los conceptos básicos del derecho de obligaciones.

A primera vista, parece que su situación es la propia de un representante sin poder, ya que ambos realizan un acto jurídico que tiene como finalidad incidir en la esfera ajena, si se ratifica (en el caso de la representación) o si el tercero se obliga (en el caso de la promesa).

Sin embargo, le separa de la figura del representante obstáculos insalvables. Y ello porque no contrata en nombre y por cuenta del tercero, sino en su propio nombre y por su propia cuenta. El declara que el tercero hará o no hará, pero manifestando que no tiene poderes para vincular inmediatamente a dicho tercero, sino que será él precisamente quien tendrá que tomar la última decisión. El promitente se obliga directamente, y desde un primer momento, con el promisorio, mediante la asunción del riesgo de que el tercero no cumpla.

La fuente de los efectos jurídicos es distinta, en consecuencia, en un caso y en otro. Cuando A celebra a nombre de B un contrato sin tener su representación, y B no ratifica posteriormente ese contrato, A estará obligado a indemnizar a la otra parte contractual los daños y perjuicios causados. Sus acciones se fundan, en una palabra, en ese contrato que el Código civil en el artículo 1.257 *declara nulo*, si bien, de acuerdo con CARIOTA-FERRARA, la terminología más exacta es la de irrelevante para el patrimonio del tercero.

Por el contrario, en la promesa de hecho ajeno, las acciones que en el supuesto de que el tercero no cumpla nacen para el promisorio en contra del promitente, no en la frustración de la relación jurídica

que media, antes de ese incumplimiento, entre aquellos sujetos de la proyectada que debía vincular al promisorio con el tercero, sino en la promesa de hecho ajeno.

Tampoco podemos ver en el promitente derecho ajeno la figura del gestor de negocios sin mandato, porque en ella se puede ligar irrevocablemente el *dominus*, en nuestro caso *tercero*, en razón de la utilidad que la gestión le procura, en contra de la radical libertad que en la promesa posee para vincularse con el promisorio. Además, falta la *contemplatio domini* y podría no darse la utilidad de la gestión.

CARACTERES DE LA PROMESA DEL HECHO AJENO

A) Por la doctrina se pone de relieve generalmente que la fuente de la promesa es el contrato, y en tal sentido se ha hablado, con resonancia en autores españoles como DE DIEGO y ALBALADEJO, de *contrato a cargo de tercero*, denominación inexacta a todas luces, porque el tercero no cumple nunca la prestación del promitente, porque la de éste es, como hemos expuesto, prestación de garantía. El promitente no está obligado a realizar lo que ha prometido por el tercero, ni éste a sustituirlo en el cumplimiento. Se ha comprometido a soportar el riesgo de que el tercero rehuse cumplir una determinada prestación frente al promisorio. Más correcta nos parece la terminología de "contratos dirigidos a la prestación del tercero". Pero aparte de problemas de terminología, aunque desconociendo su importancia, tanto en un caso como en otro, se resalta la fuente de donde emana la figura que estudiamos: el contrato. Pero se ha planteado la cuestión de si esa fuente es única y exclusiva, o, por el contrario, la promesa puede nacer de otro negocio jurídico, como el testamento, o, incluso, de la ley.

Para ALLARA no hay duda de la afirmativa, citando como ejemplos de imposición legal la evicción en la división hereditaria, y otros autores, el de la responsabilidad por insolvencia del deudor del crédito cedido de buena fe, cuando expresamente se haya pactado aquella responsabilidad, o la insolvencia fuere anterior a la cesión y pública (art. 1.529). En cambio, SCALFI niega la posibilidad de que el testamento sea apto para engendrar una promesa de hecho de tercero. El testador no puede prometer a un heredero o legatario que un tercero se obligará o hará algo, porque, argumento, no se sabe a cargo de quién se pone la asunción del riesgo. No hay problema, creo, porque sería una deuda hereditaria la necesidad de indemnización cuando el evento se realiza (no cumplimiento del tercero) y como tal seguirá el régimen de la responsabilidad por deudas en la aceptación de la herencia.

No obstante, la fuente contractual es de hecho la más importante.

B) Atipicidad. El contrato que entraña una asunción del riesgo para una de las partes, si un tercero no cumple la prestación que dicha parte ha prometido, tiene, en nuestro Derecho positivo, un carácter de atipicidad.

Sin embargo, la promesa es muchas veces cláusula de un negocio

jurídico que se hace sin representación de un tercero. En tal sentido, presenta problemas que serán examinados a continuación en la materia relativa a los efectos generales de la promesa.

C) Aleatoriedad. La promesa presenta un carácter aleatorio típico, por la asunción del riesgo por parte del promitente.

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN

Refiriéndonos al contrato como fuente típica de la promesa de hecho ajeno, su interpretación, es decir, la indagación del sentido que tienen las declaraciones de voluntad no presenta ninguna excepción a las normas de los artículos 1.281 y siguientes.

Ahora bien, existen dificultades concretas de interpretación que tienen su origen en la misma naturaleza de la figura.

Así, en la jurisprudencia italiana se pueden observar numerosas resoluciones en las que se entiende implícita la promesa en los casos en que una madre haya contratado en nombre de sus hijos menores sin autorización judicial, o bien, en los que un solo copropietario vende una cosa común, por no citar más que los ejemplos usuales, conociendo esta circunstancia la otra parte. En todos ellos, los tribunales han entendido que la madre o el copropietario han prometido un hecho ajeno: la ratificación posterior del contrato. La doctrina, con buen criterio, no comparte esta directriz jurisprudencial, y exige que conste explícitamente la promesa del hecho de tercero.

Pero la problemática de interpretación no queda sólo en lo expuesto. La doctrina francesa discute si en todos los casos en que una persona promete el hecho ajeno se entiende *siempre* que surge una obligación a su cargo.

Podemos ver en este punto tres tendencias:

1.^a Para una de ellas hay que presumir *siempre* que el promitente se ha querido obligar. El antecedente histórico lo constituye el pensamiento de POTHIER cuando declaraba que "*se presume fácilmente que aquel que ha prometido que un tercero dará o hará alguna cosa no ha querido obligar a otro, sino obligarse a sí para conseguirlo*". También se acude al principio de interpretación recogido en el artículo 1.284, según el cual "*si alguna cláusula de los contratos admitiese diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*".

2.^a Otra tendencia opuesta afirma que la estipulación por otro es una excepción a la norma general de la irrelevancia de efectos de los contratos para los terceros, y, por tanto, hay que manifestar una voluntad expresa de obligarse. Además, se agrega, el artículo 1.284 se refiere a cláusulas contractuales, aquí se trata de la eficacia o ineficacia de un negocio.

3.^a Por último, no falta una posición intermedia que encuentra resuelta la dificultad si se ha pactado una cláusula penal, lo que representa el signo inequívoco de que el promitente se ha obligado personalmente. A mi juicio, en el fondo de este problema late la antigua preocu-

pación de los juristas romanos para dar validez a la promesa de hechos ajenos mediante la estipulación de una actividad personal del promitente. Es lógico, pues, que en aquel sistema fuese necesaria su manifestación de voluntad *expresa* para entender que se había obligado. Pero en el Derecho moderno, en que los efectos de la obligación descansan en la voluntad de las partes, y no en la *forma* en que éstas han querido obligarse, hay que rechazar tanto el sistema de la presunción como el de la manifestación expresa. Habrá que estar, ante todo, a la voluntad, para cuyo descubrimiento tendremos que acudir a los artículos 1.281 y siguientes, y, sobre todo, al 1.284. Ahora bien, cuando exista una cláusula penal creo que es evidente, sin más, la voluntad de obligarse.

LA PROMESA DE HECHO AJENO Y FIGURAS JURÍDICAS AFINES

La promesa del hecho de tercero ha sido confundida por cierto sector doctrinal con la obligación del fiador. Hasta tal punto ello es así, que no han faltado definiciones de la fianza en las que propiamente se habla de una obligación del fiador de hacer que el deudor cumpla, so pena de resarcir daños cuyo importe es el mismo que el de la obligación. Como pone de relieve Bo (4), en la doctrina suiza se considera que la obligación nacida de la fianza es un caso especial de promesa de hecho ajeno. Esta confusión entre las dos figuras también se observa en el Derecho común, donde ciertos autores llaman al *promitente* fiador.

Sin embargo, si bien es cierto que hay una semejanza externa, también son de anotar importantes diferencias.

Las semejanzas externas radican en el hecho de que tanto el fiador como el promitente se obligan por la inexecución de *una prestación que debe cumplir un tercero*.

Pero las diferencias son sustanciales. En la fianza, hay una obligación accesoria y subsidiaria de otra principal: la del deudor. En la promesa de hecho ajeno no hay ninguna relación obligatoria entre el promisorio y el tercero de cuyo cumplimiento deba responder el promitente. Este se encuentra obligado en vía principal y sólo se libera cuando el tercero se obligue respecto al promisorio.

Además, se pueden anotar otras diferencias no menos significativas:

a) El fiador puede invocar el beneficio de excusión, mientras que el promitente no le puede oponer al promisorio el no haber procedido antes contra el tercero.

b) El fiador goza de la acción de regreso contra el deudor, mientras que el promitente no puede reclamar al tercero nada de lo que él ha pagado como indemnización.

No obstante, si conceptualmente existe esa diferenciación, nada obsta a que una promesa de hecho ajeno pueda contener en sí una

(4) Contributo alla dottrina dell'obbligazione fideiussoria, Milano, 1934, páginas 10 y sigs.

obligación propia de la fianza, cuando se pacta que el promitente responderá del cumplimiento por parte del tercero cuando éste se obligue respecto al promisorio. Pero el simple pacto de garantizar la actividad del tercero hay que interpretarlo, salvo voluntad contraria, en el sentido de que el promitente asume los riesgos de que el tercero no acepte lo que él prometió, pero no en el de quedar obligado hasta la consumación de todas las obligaciones. *Ello por el principio de que la fianza no se presume.*

Se ha planteado en la doctrina germánica la cuestión de saber si un contrato de fianza nulo puede valer como promesa de hecho ajeno, cuestión que resuelve en un sentido afirmativo. El presunto fiador sería, pues, un promitente de que el deudor cumplirá. GIERKE y COSAK se sirven para ello de la categoría de los contratos de garantía, que dividen en dos grandes grupos. Por una parte, los accesorios de una obligación principal, y por otra, los que encuentran su fundamento en la voluntad de las partes prescindiendo de otra obligación. En estos asume una persona el riesgo por una acción u omisión en el cual otra puede incidir sin responsabilidad. El contrato de fianza, que corresponde al primer grupo, si se anula vale como un contrato de garantía del segundo grupo.

En cambio, otro sector doctrinal, para la solución de la dificultad, se remite a las normas de la conversión del negocio jurídico.

Creo, con STOLFI, que hay que distinguir las dos hipótesis que se pueden verificar:

1.^a Si las partes hablan de fianza, pero conocen que el débito principal es nulo, es necesario entender que quieren estipular una promesa de hecho ajeno.

2.^a Si, por el contrario, las partes hablan de fianza, no conociendo que el débito principal es nulo, lo que hay que preguntarse es si el contrato de fianza se convierte en promesa de hecho ajeno, pero no recurriendo a la voluntad de las partes, sino a la doctrina de la conversión del negocio jurídico, que opera una *integración sustitutiva* del contenido del negocio mediante una interpretación objetiva, y no mediante la reconstrucción de una hipotética voluntad.

A la promesa del hecho ajeno se ha recurrido también por cierto sector doctrinal para explicar la naturaleza jurídica del contrato por persona a designar (5).

Se ve en la venta, por no citar sino el ejemplo más repetido, otorgada por una parte a otra o a la persona que esta designe, una promesa al vendedor de que el elegido asumirá la posición de comprador. Sin entrar, por exceder del marco y finalidad de esta lección, en los complejos problemas de la venta a persona por designar, hay algo que nos dice que las dos figuras son distintas. Y ese algo es precisa-

(5) Vid. ENRIETTI, *El contratto per persona da nominare*, Turín, 1950, páginas 109 y sigs.

mente el que el presunto promitente queda obligado desde un principio frente al vendedor. Este otorgará el contrato a él o a otra persona. En la promesa de hecho ajeno, el promitente no queda obligado en modo alguno a cumplir lo que ha prometido que hará el tercero.

EFFECTOS DE LA PROMESA

Distinguiremos dos fases: a) Antes de que el tercero acepte cumplir lo prometido. b) Aceptación por el tercero.

Antes de que el tercero acepte, sobre el promitente pesa el riesgo de que aquél rehuse y tenga que indemnizar daños y perjuicios.

Pero si quiere ello significar que cuando el tercero no acepte no hay liberación del promitente, existen supuestos en los que falta la aceptación, pero hay liberación:

A) Incapacidad sobrevenida del hecho ajeno. Aquí, con posterioridad a la estipulación, y como consecuencia de determinados acontecimientos, el tercero, aunque su voluntad hubiera sido aceptar, no puede hacerlo. La doctrina, unánimemente, estima que queda liberado.

B) Quiebra del tercero o inhabilitación. La doctrina aplica el mismo principio anterior cuando el acto que debía realizar frente al promisorio está comprendido en el círculo de su incapacidad.

C) Muerte del tercero. La duda se plantea respecto a la posibilidad de que sus sucesores sean los que tengan que aceptar para liberarse el promitente, salvo en casos que se trate de un hacer personalísimo. Creo que no se debe acoger la tendencia que ve en la promesa del hecho ajeno un acusado carácter de "intuitu personae", y, por tanto, la muerte del tercero no libera siempre al promitente.

Así, pues, la aceptación del tercero libera siempre al promitente. En correcta doctrina no puede decirse, como hace ALLARA, que el tercero *cumple*, porque el hecho ajeno no puede ser concebido como objeto de la obligación del promitente, ni, como quiere DEJANA, su prestación debe considerarse jurídicamente como realizada por el promitente.

Ahora bien, puede suceder que el tercero cumpla un hecho diverso del prometido. En tal caso, si es aceptado por el promisorio, el promitente queda liberado.

En relación con la aceptación por el promitente, se ha discutido si puede prometerse válidamente el hecho de un tercero que es incapaz o, en otras palabras, si la capacidad del tercero se requiera para la validez de la promesa. Parece que hay que distinguir dos situaciones:

a) Que los contratantes conozcan la incapacidad. b) Que, por el contrario, lo ignoren.

Quando los contratantes conocen la incapacidad, como ocurre frecuentemente cuando se venden bienes de menores sin la autorización judicial prometiendo la ratificación de éstos, la promesa es válida. En tan sentido, podemos citar la sentencia de 29 de noviembre de 1958. El caso sometido a la consideración del Tribunal Supremo es el si-

guiente: Una madre vende a nombre de un hijo menor de edad un inmueble, sin las formalidades del 164, prometiendo la ratificación por éste del contrato cuando lo emancipe voluntariamente. El menor, una vez emancipado, ratificó el contrato (hablo de ratificación, siguiendo al T. S., aunque parece que la terminología más aceptable es la de confirmación). El T. S. declara válida esa venta, sin fundarse en el subterfugio del Notario autorizante, que consistió en declarar que el hijo vivía independiente de sus padres, por lo que podía otorgarse la escritura compareciendo él y la madre para completar su capacidad a tenor del artículo 317 del C. c. Hago la salvedad, sin embargo, de que me apoyo en esta sentencia para admitir la validez de la promesa del hecho del incapaz en el momento de hacerla, aunque el T. S., al no estar regulada la institución, se basó en la doctrina legal, aplicada por analogía, de que no se impide a los mayores de edad la ratificación de los contratos o negocios jurídicos celebrados en el momento de su perfección por persona que fuere menor. Las razones de analogía, desde luego, no se ven por parte alguna, al no darse el supuesto básico; contrato realizado por un menor. En el caso de autos fué la madre la que lo hizo, incumpliendo las disposiciones imperativas del artículo 164.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la promesa puede ser establecida como cláusula en un contrato que se celebra a nombre de otra persona sin poder, es decir, prometiendo que ésta lo ratificará, interesa ver de qué modo los efectos marcados por el artículo 1.259 del C. c. se realizan.

Dicho precepto consagra la nulidad del contrato celebrado a nombre de otra persona sin su autorización, a menos que ésta lo ratifique antes de ser revocado por la otra parte contratante. La cuestión, por tanto, hay que plantearla en este lugar, así: ¿Influye el artículo 1.259 sobre la promesa de ratificación?, o en otras palabras. ¿puede el contratante y promisorio al mismo tiempo revocar el contrato celebrado con un representante sin poder, por su sola voluntad, desapareciendo la promesa de ratificación?

La solución se presenta oscura. Por una parte, tenemos que el artículo 1.259 permite, como norma general, la revocación del contrato que debía vincular al *dominus* antes de la ratificación por éste. Pero por otra, ha existido un pacto entre el promitente y promisorio sobre la asunción del riesgo de que el *dominus* no ratifique.

Si el promisorio revoca el contrato principal, parece que no puede pretender la revocación unilateral de la promesa por su carácter contractual. Le estaría vedado, pues, exigir del promitente la devolución de la prestación que le haya realizado por la obligación que ha contraído. Pero entonces resultaría que la promesa ha quedado sin finalidad y, además, desaparece la prestación de una de las partes, la del promitente, porque el riesgo que cubría (la no ratificación por el tercero) no se puede dar al haberse revocado la convención principal. Por tanto, el promisorio podría solicitar la restitución de su contra-

prestación al haber desaparecido la causa de la misma (la prestación del promitente).

Es decir, la revocación unilateral permitida por el artículo 1.259 se extendería a la promesa de hecho ajeno, *cosa incompatible con su fuente contractual*.

Para defender la solución de la revocación unilateral de la promesa, en la doctrina francesa se acude a dos argumentos: 1) El criterio del C. c. español en su artículo 1.259, y 2) A la idea de que el interés prevalente en estas situaciones es el del promisorio, porque la estipulación de hechos ajenos está montada en beneficio de aquella persona a quien interese obligar a un tercero, y no en el del promitente, que es solamente un instrumento de cooperación para el logro de aquella finalidad.

No creo acertadas estas defensas, porque el artículo 1.259 no se refiere ni directa ni indirectamente a los casos que examinamos. Es más, según vimos al comienzo de esta lección, del Código ha desaparecido toda referencia a la promesa de hecho ajeno. Por otra parte, y en la lucha de intereses del promisorio y promitente, no vemos razón alguna para dejar totalmente oscurecido y olvidado el del mismo promitente. Aquellos intereses se han conjugado en la celebración de un contrato, que no puede ser, por tanto, revocado unilateralmente.

Ante las consecuencias que derivan para el promitente del hecho de que el tercero no acepte vincularse con el promisorio, la doctrina ha planteado la cuestión de si el mismo promitente puede *sustituir* al tercero en la ejecución del hecho. Naturalmente, nos referimos a prestaciones que no tengan un acusado carácter personalísimo; o en otras palabras, que sean infungibles. En la doctrina francesa predomina la opinión de que el promitente puede sustituir al tercero en la ejecución del hecho, porque si está obligado a indemnizar daños y perjuicios al promisorio, es decir, a procurarle la misma situación que si el tercero se hubiese vinculado, no hay forma mejor de cumplir en forma específica la obligación que contrajo.

Pero esta tesis la creo rechazable, porque parte de un supuesto de hecho inaceptable; el de que la obligación del promitente es obligación de hacer que el tercero se vincule. La responsabilidad por daños y perjuicios es el cumplimiento por equivalente. Luego la realización por el promitente del hecho ajeno es el cumplimiento en forma específica. Ya vimos en su momento cómo había que sacar la figura que nos ocupa del marco de las obligaciones de hacer. -

Por otra parte, el conceptuar así a la obligación del promitente, como obligación alternativa en cuya virtud o se realiza el hecho ajeno por el tercero o por el mismo promitente, es violar el espíritu del contrato, porque de este modo sería inútil prometer el hecho del tercero, bastando prometer el propio hecho o solidaria o subsidiariamente al del tercero, para hipótesis en que éste faltare. Su prestación era de riesgo. En el caso de que el promitente se obligase subsidiariamente habría que pensar en el contrato por persona a determinar.

El promitente, pues, no puede *libremente* actuar, con efectos liberatorios para él, como actuaría el tercero si se hubiese vinculado.

Otros autores, como MESSINEO y SCALFI, recurren por vía analógica a las normas que disciplinan *el pago por otro*, sosteniendo, de acuerdo con su espíritu, que el promitente puede realizar el hecho por el tercero. Bastante forzada es esta postura, porque en el pago por otro existe una obligación previa entre dos sujetos, que es satisfecho por un tercero. En la promesa falta toda vinculación entre el promisorio y el tercero, por lo que mal puede cumplir por este último.

Un contrato especial de trabajo: El contrato de ejecución de obra *

JUAN A. SAGARDOY BENGOCHEA

Encargado de la Cátedra de Derecho del Trabajo
en la Universidad de Zaragoza

Law must be stable and yet it cannot stand still (Roscoe Pound, *Interpretations of legal history*, 1923, p. 1.)

SUMARIO: *Introducción.—I. El contrato de trabajo* (arrendamiento de servicios) *y el contrato de ejecución de obra*: 1. Antecedentes.—2. Examen de los criterios distintivos: A) Obligaciones de actividad y de resultado: a) En el arrendamiento de servicios; b) En el contrato de ejecución de obra; c) Conclusión.—B) El valor de la dependencia como elemento diferenciador.—C) El criterio temporal: Prestación instantánea y prestación de duración.—D) La asunción de los riesgos: a) Riesgos de ejecución y riesgos de explotación; b) Asunción de los mismos en el arrendamiento de servicios y en la ejecución de obra.—II. *Contrato de ejecución de obra y contrato de empresa*.—III. *La admisión del contrato de ejecución de obra en el Derecho del Trabajo*.

INTRODUCCION

Uno de los problemas de mayor entidad, entre los que tiene planteados el Derecho del Trabajo, es el de sus límites. Consagrada su autonomía científica, la base de ésta no reposa tanto sobre los sujetos como sobre “la singular naturaleza del trabajo humano en cuanto objeto de una relación jurídica” (1). Hoy parece incontestable que el objeto del Derecho del Trabajo es el *trabajo libre por cuenta ajena*, que al estructurarse en el llamado contrato de trabajo, constituye —la disciplina jurídica de éste— “*la zona centrale e fisionomica del Diritto del lavoro*” (2).

* Este artículo será publicado en Italia, en un volumen dedicado a la memoria de Ludovico Barassi.

(1) ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid 1963, página 122.

(2) BARASSI, *L'Elementi di Diritto del lavoro*. Milano 1957, pág. 2.

Sobre el contrato de trabajo como presupuesto del Estado de Derecho Social puede consultarse el documentado estudio de PÉREZ BOTIJA, *El Estado de Derecho y el Derecho del Trabajo*. Madrid 1958, págs. 24 y ss.

Respecto a la dependencia, si bien es exigida comúnmente en los distintos Ordenamientos, para la configuración del contrato laboral, es muy cuestionada en la doctrina (3). Hoy la tendencia más acusada en el Derecho del Trabajo es la expansiva, hasta el punto de querer configurarlo como el Derecho de la actividad profesional (4). Sin entrar en tal cuestión, nuestro intento se limita al examen del contrato de ejecución de obra, viendo si reúne los caracteres de un contrato de trabajo, si bien sea especial.

El interés teórico-práctico del tema es evidente de por sí. Incide, además, en un momento histórico de la evolución del Derecho Laboral, realmente apto para su planteamiento. Concretamente, en el tránsito de la singularidad de tal rama jurídica desde el plano subjetivo (aquel "Derecho especial de los trabajadores dependientes") al objetivo (Derecho del *trabajo*, libre, por cuenta ajena) (5).

En tal tesitura, lo que se pone una vez más de relieve es la relatividad de los conceptos jurídicos, que no son dogmáticos, sino históricos (6), ya que la noción del Derecho es fundamentalmente práctica, no reposa sobre ideas, sino sobre hechos (7), siendo la realidad social la que lo condiciona, en cuanto deben tenerse en cuenta, por aquél, sus insoslayables exigencias (8).

Enfrentar era palpable realidad —la ejecución de obra para un tercero— con el Ordenamiento laboral, es el objeto de nuestro análisis.

(3) Vid. BAYÓN, G.. *El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo*. "Revista Derecho Privado". Junio 1961, y la lograda síntesis que hace de las distintas posturas doctrinales respecto a la dependencia en pág. 456, nt. 56.

(4) Así LOTMAR, LEGA, DURAND, DEVEALI, BAYÓN, entre los más representativos, aunque difieran al matizar sus posiciones doctrinales.

(5) Agudamente observa ALONSO OLEA que el sentido protector del Derecho del Trabajo sólo se conserva hoy en la regulación de los accidentes de trabajo, y esto, "porque sus sujetos no son propiamente trabajadores, sino los trabajadores accidentados, lo cual es cosa muy distinta", en *Introducción...* cit., pág. 122. Insiste sobre el tema en *Principio de congruencia e irrenunciabilidad de derechos*, An. de Derecho Civil. XV-II, 1962 e incidentalmente en *La empresa desde el punto de vista social* (La Empresa, Madrid 1962), en donde afirma refiriéndose a la responsabilidad extracontractual que "es tuitivo todo Derecho que tiene por sujetos a accidentados, hacia cuya protección esta psicológicamente predispuesta nuestra cultura", pág. 74.

Asimismo BAYÓN, afirma que el momento de lo tuitivo, como imperativo de la conducta del juez ha pasado ya para el Derecho del Trabajo. Vid., *La Seguridad Jurídica y el Derecho del Trabajo* en Estudios en honor de PÉREZ SERRANO, Madrid 1959, II, págs. 683 y ss.; BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid 1963, I, pág. 228.

Más genéricamente PÉREZ BOTIJA, *El Estado...* cit.

(6) Vid. Díez PICAZO, *El sentido histórico del Derecho civil*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia, septiembre 1959; PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova 1953; FRANCISCI, *Del Derecho romano al Derecho moderno*, "Revista Derecho Privado", septiembre 1955; ASCARELLI, *Ordinamento giuridico e processo economico*, "Riv. Dir. Lav." 1958, 4; SAVATIER, *Les metamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, París 1959.

(7) Vid. LIEVENS, R., *La relativité des concepts juridiques*, en Rev. de Droit international et de D. comp., 1958, 2-3, págs. 76 y ss.

(8) Vid. GARRIDO FALLA, *Dos métodos en el estudio de la Administración Pública*, Sevilla 1961, pág. 56.

Si bien sea obligado añadir que:

- sin perjuicio de anotaciones de Derecho comparado, nos referiremos principalmente al Derecho del Trabajo español.
- no intentamos estudiar —*via recta*— el régimen jurídico total del contrato de obra, sino más bien individualizarlo —aunque para ello tengamos que tener en cuenta aquél (9)— y pronunciarnos sobre su inclusión en el Derecho del Trabajo.
- y, por último, que todo ello representa un modesto homenaje póstumo a Lodovico Barassi, cuya vida y obras constituyen el mejor aval de su personalidad científica y humana (10).

I. EL CONTRATO DE TRABAJO (ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA) (11)

1. Antecedentes (12)

La Pandectística del siglo XIX (13) agrupó la *locatio conductio* romana en tres variedades: *loc. cond. rei*, *l. c. operis* y *l. c. operarum*, según que la obligación de uno de los contratantes, a cambio de una *merces*, consistiera en ceder el uso temporal de una cosa, en prestar

(9) Conste expresamente mi convicción de que es de todo punto insoslayable para analizar una figura jurídica, atender al régimen que le otorga el Derecho positivo. Todo concepto es un régimen. “La mejor defensa —dice GARRIDO FALLA— de cualquier tesis jurídica (prescindiendo naturalmente de las cuestiones de *lege ferenda*) está siempre en encontrar una disposición, incluso de rango secundario, que coincida con ella” en *Dos métodos...* cit., pág. 68. Lo contrario significaría el “sacrificio de la realidad —que es la vida del Derecho— a la lógica —que es la arbitrariedad personal en muchos casos—”, dice BORRAJO, E., en *Estudios jurídicos de Previsión Social*, Madrid 1962, página 85, el cual aplica con fortuna tal postura metódica para dilucidar el debatido tema de la naturaleza jurídica de la cuota del seguro social.

Con tal salvedad y, precisamente, por el tema de nuestro estudio, serán indispensables ciertas observaciones de *iure condendo*.

(10) Citar su abundante producción científica, civil y laboral, excede de nuestro intento. Baste decir de BARASSI que fue un maestro, dejando un legado científico de inapreciable valor.

(11) “El arrendamiento puede ser de cosas o de obras o servicios”, dice el artículo 1.542 del Código civil (C. c.). Sin embargo, si el término arrendamiento es plenamente apropiado para el de cosas no lo es tanto para el de servicios u obra. Para el de servicios por la implicación de la persona humana; por ello, el laboral se denomina contrato de trabajo, quedando reservado el de arrendamiento de servicios para los no laborales o civiles, lo cual es igualmente criticable. Para el de obra sólo es apropiado en cuanto que se arrienda temporalmente material por el comitente para que el contratista ejerza sobre aquél su actividad y le devuelva después la obra hecha. Este sentido de arrendamiento de obra, que parece el genuino, nos indica, como veremos más adelante, la dificultad de configurar como contrato de obra aquél en el cual el contratista ponga el material (distinto de los útiles de trabajo).

(12) No pretendemos realizar un estudio exhaustivo de los mismos, sino simplemente y por razones de sistema una breve alusión. Puede consultarse el documentado estudio de DI ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel Diritto Romano*, Milano 1946, y BAYÓN, *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Madrid 1955, con un sugestivo estudio del trabajo en Roma, págs. 33-116.

(13) Aunque OLIVIER MARTÍN lo atribuye al holandés JEAN VOET.

servicios o en ejecutar una obra, respectivamente (14). Sin embargo, aparece hoy claro que tal tripartición debió de ser desconocida para la jurisprudencia clásica (15), siendo la *locatio* un tipo contractual único (16), al menos hasta el siglo III (17). Es precisamente la preponderancia del elemento *locare* lo que permite a la jurisprudencia romana elaborar un concepto unitario que abarque las variedades que la realidad jurídica ofrece para este contrato (18).

Fundamentalmente —siguiendo a D'Ors— se distinguen dos tipos de *locatio*: la locación de cosa (*rei*) y de obra (*operis*). Un tipo especial de la primera es la locación de un esclavo que es arrendado a otro, ganando una merced para su amo: es un *mercennarius* (19). Pero también —aunque sea poco frecuente al principio— puede una persona libre hacer esos trabajos serviles a cambio de una merced en propio provecho: tenemos entonces la *l. c. operarum*, por la que el arrendador *locat operas suas* (20). En este arrendamiento de servicios la merced es proporcional a la cantidad de trabajo y no a la obra hecha; por otra parte, el contrato se extingue al terminar cada jornada, concertándose tácitamente para la siguiente (21). Finalmente, es interesante señalar la opinión de D'Ors de que la locación de servicios se extendió a las relaciones de servicios profesionales dignos, cuando eran retribuidos (22).

En la *l. c. operis* se loca una cosa para que el *conductor* realice, a cambio de un precio, una operación determinada con aquella cosa. El objeto del contrato no es el trabajo, sino el resultado, el *opus perfectum* (23). La operación a realizar puede ser muy variada: reparar, instruir, fabricar, transportar, etc., siendo un elemento primordial el

(14) En consecuencia todos los Códigos de corte napoleónico recogen tal tripartición. Vid., artículo 1.542, C. c.

(15) Así lo afirman MAYER-MALY. *Locatio conductio*, Viena 1956, págs. 17 y ss.; BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in Diritto romano* "Riv. int. scie. giur.", 1927 (2) y 1928 (3). BAYÓN, *La autonomía...* cit. ARIAS RAMOS, apoya su afirmación sobre la unidad de la *locatio* en que no se presenta la tripartición ni en las *Instituciones*, de GAYO, ni en el título *locati-conducti* del Digesto (19,2), y en que los términos *locator-conductor* no se pueden traducir por arrendador y arrendatario, ya que tales palabras en la terminología latina no se refieren al precio, ni distinguen a quien lo paga de quien lo recibe, pues unas veces paga el *conductor* y otras el *locator* (Derecho Romano, Madrid 1960, II, página 623).

(16) SOHM-MITTEIS- WENGER, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (trad. W. ROCES), Madrid 1928, pág. 377.

(17) Así lo afirma GUARINO, *Spirito del Diritto Romano en materia del contratto individuale*, Dir. e giur., en-mar. 1950.

(18) D'ORS, A., *Elemento de Derecho Privado romano*. Pamplona 1960, página 360.

(18) D'ORS, A., *Elementos de Derecho Privado romano*. Pamplona 1960,

(20) D'ORS, op. cit. loc. cit.

(21) BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual...* cit. I., pág. 20.

(22) Op. cit., pág. 363. Sin embargo parece primar la opinión de que las *operæ liberales* se encajaron en la *l. c. operis*, mientras las *illiberales* en la *l. c. operarum*, distinguiéndose así el trabajo manual del intelectual.

(23) D'ORS, op. cit, pág. 363 y ampliamente Di Robertis, *I rapporti...* cit.

hecho de responder el *conductor* del deterioro o pérdida de la cosa, incluso por impericia ajena, en especial la de los auxiliares en su trabajo, aunque, y esto es importante, el *locator* asume los riesgos derivados de fuerza mayor (*periculum locatoris*) (24) ajenos a aquel oficio y de todos los que dependan de su propia negligencia (por ej., no avisar los defectos que tiene la cosa y que son la causa del daño). Por último, parece esencial al contrato, que verse sobre materia *qui locat* el comitente, para realizar sobre ella la obra: "*nec posse nullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo cui id fieret*" (25). Si así no fuera, el contrato existente sería la compraventa—*emptio venditio*—y no la locación (26).

En el Derecho germánico el contrato de obra tiene su punto de partida "en los contratos de los trabajadores manuales o artesanos—*Handwerker*—que realizaban su trabajo por encargo de alguien a cambio de una remuneración: la obra así realizada recibía el nombre de *Lohnwerk* o *Kundenwerk*" (obra a retribución o encargo, en contraposición al trabajo a la venta—obras hechas por el artesano para después venderlas—) (27).

Respecto a su régimen—al menos, en el Derecho común—, difiere muy poco de lo que antes hemos visto.

En la Edad Media el contrato en cuestión estaba bien reglamentado. Se fijaba el precio que cada uno podía recibir por la obra, según fuera la calidad (28). Cuando surge la industrialización, el contrato de ejecución de obra pierde valor porque el que necesita un artículo, en lugar de mandarlo hacer, lo compra hecho; por ello cobra un mayor interés el contrato de arrendamiento de servicios.

Al desaparecer los Gremios los dos contratos pasan a los Códigos civiles, englobados junto con el arrendamiento de cosa, en el género *arrendamiento*. Ahora bien, si en el Derecho romano no existía una sustancial diferencia de estructura dogmática, sino una distinción empírica del objeto (29), en nuestros días no es así. Hoy la distinción es esencial entre el arrendamiento de cosas y los de obra o servicios. Ver en qué medida y por qué existe o pueda existir tal distinción entre los dos últimos es lo que examinaremos a continuación.

(24) IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, Barcelona, 1958, pág. 381. BAYÓN-P. BOITJA, *Manual...* cit., pág. 21. Sobre la cuestión volveremos al tratar de la asunción de los riesgos. Baste decir que el *conductor* podía asumir una responsabilidad total si hacía una declaración expresa en tal sentido—*receptum*—, entendiéndose la jurisprudencia, desde LABEÓN, que aún sin tal declaración existía *receptum* tácito por parte de los navieros—*nautae*— (salvo lo previsto en la *Lex Rhodia* para el transporte marítimo), posaderos—*caupones*— y establecimientos—*stabularii*—. Vid. D'ORS, op. cit. loc. cit.

(25) Dig. 18, 1, 20, que se aplica en general a la *locatio*.

(26) IGLESIAS, op. cit., pág. 381; D'ORS, op. cit., pág. 363.

(27) PLANITZ, H., *Principios de Derecho privado germánico* (Trad. MELÓN, C.), Barcelona 1957, pág. 251.

(28) Para el Derecho español, vid. por todos a BAYÓN, *La autonomía...* cit., al cual nos remitimos.

(29) PERGOLESI, F., *Introduzione al Diritto del lavoro*, en BORSI-PERGOLESI, *Trattato de Diritto del lavoro*, Padova, 1955, I, pág. 12.

2. Examen de los criterios distintivos

Si teóricamente parece fácil la distinción (30), la verdad es que hoy en día los caracteres de ambos contratos se han mezclado, sin ofrecer en la práctica la limpidez y exactitud que poseen en la teoría. “Las necesidades múltiples de una vida cotidiana febril como la actual—escribe Barassi (31)—han insinuado en cada uno de ellos algunos elementos, casi diría perturbadores, que empañan la simplicidad del tipo y hacen de estas relaciones, a veces, algo indefinible e híbrido.”

Los autores han intentado delimitar ambas figuras poniendo el acento en diversas notas distintivas, sin lograr siempre un acuerdo sobre el valor de las mismas. Con todo, la polémica se agudiza al tratar de incluir el contrato de ejecución de obra, una vez delimitado, en el ámbito laboral (32).

En nuestro Código civil ambos contratos—con notable confusión—se encuadran en el Título VI bajo la rúbrica general “Del contrato de arrendamiento”, diciendo en el artículo 1.544 que “en el arrendamiento de obras o servicios una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto” (33). En el capítulo III del mismo Título se trata por separado el “servicio de criados y trabajadores asalariados” (arts. 1.583-1.587) y las “obras por ajuste o precio alzado” (arts. 1.588-1.600), sin que, aparte de la insuficiencia de tales preceptos (34), se nos diga nada nuevo sobre los caracteres de ambos contratos.

La publicación de la Ley de Contrato de Trabajo de 26-I-1944 (35) no ha significado realmente ningún adelanto en el empeño.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (TS) en diversas ocasiones ha distinguido ambas figuras con bastante nitidez. Especialmente en la sentencia de 22-II-1954, que por su interés transcribimos

(30) Es normal efectuar una triple distinción: arrendamiento de servicios con dependencia (contrato de trabajo) o sin ella (a. de servicios civil) y finalmente contrato de obra.

(31) *Il contratto di lavoro nel Diritto positivo italiano*, Milano 1901, página 29. Asimismo DURAND, P., *Traité de Droit du travail*, París 1950, II, páginas 233 y ss.

(32) Como dice ALONSO OLEA, “al tratar de dar estructura a esta nueva rama del Derecho (del trabajo) la dificultad, existente en numerosos supuestos, de diferenciar el arrendamiento de servicios—hoy contrato de trabajo—de determinadas modalidades de arrendamiento de obra, hizo que éste quedara semidespreñado del Derecho civil y semiincorporado al nuevo Derecho del trabajo”, en *Pactos colectivos y contratos de grupo*. Madrid 1955, pág. 68.

(33) Aún dejando de lado la pobreza técnica de tal definición se le podría objetar el uso del término *servicio*, ya que distinguir un servicio determinado de una obra es realmente difícil. Tanto es así que ADNET distingue la ejecución de obra del arrendamiento de servicios, en que en la primera se suministra un *servicio*, mientras que en el segundo lo que se prestan son *servicios*. En *Le louage des services*. París 1892, pág. 5.

(34) Es clara especialmente en lo que se refiere al arrendamiento de servicios, configurado con un matiz claramente individualista.

(35) En el apartado III veremos la inclusión del contrato de ejecución de obra en la Ley de contrato de trabajo.

en su casi totalidad. Dice el TS: “la diferencia de mayor relieve entre las expresadas modalidades contractuales está en su aspecto económico, pues en el contrato de trabajo se retribuye el *tiempo* y en el de obras el *resultado*, de donde se sigue que el riesgo de trabajo en el contrato de esta denominación lo asume el empresario a quien se presta el trabajo, y en el de obras corre a cargo del contratista, el cual no puede exigir una retribución si la obra se destruye antes de entregarla y responde, después de entregada, de los vicios que determine su ruina (arts. 1.590-91 C. c.). En el contrato de trabajo el *locator* no tiene interés económico en el resultado, salvo en algunas modalidades de participación en los beneficios de la empresa, siendo, por tanto, su interés la *percepción del salario*, mientras que en el contrato de obra no se concierta salario, sino la retribución en que se calcula el coste de la obra, buscando el *locator* (36) una *ganancia aleatoria* en compensación de su trabajo y, a veces, de los elementos materiales que suministre. El contrato de trabajo no puede ser *rescindido* por el empresario, sin justa causa predeterminada en la ley, mientras que en el de obras puede el dueño rescindirle a su voluntad, con la oportuna indemnización (art. 1.594). El contrato de trabajo implica *subordinación* del trabajador en la realización del trabajo que la empresa dirige, en tanto que en el de obras la dirección corresponde al contratista, sin más que sujetarse a las condiciones pactadas, y por ello la realiza *por su cuenta y riesgo*, respondiendo del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra (art. 1.596 C. c.) (37)”.

Esta sentencia recoge de modo casi exhaustivo los tradicionales rasgos característicos de ambos contratos y puede constituir una pauta para el desarrollo de nuestro estudio.

A) *Obligaciones de actividad y de resultado*

En el Derecho romano, piensa Lorizio (38), de la *l. c. operarum* en la cual sólo se tenía en cuenta la cantidad de trabajo prestada, la jurisprudencia habría distinguido la *l. c. operis*, en la cual el deudor del *opus* se obligaba a cumplir un determinado trabajo en su totalidad.

El configurar el contrato de trabajo (arrendamiento de servicios)

(36) En este supuesto lo correcto sería decir *conductor* y no *locator*.

(37) RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina laboral del Tribunal Supremo*, Madrid 1955, II, pág. 36. El TS tras distinguir ambos contratos concluye, siguiendo su constante criterio, que el de ejecución de obra queda fuera del ámbito laboral.

(38) *Il contratto di appalto*, Padova 1939, pág. 7. MENGONI, sin embargo, pone en duda, en un excelente estudio, la distinción con base en el resultado, ya que “tanto poco le opere si confondono con l’idea di una semplice applicazione soggettiva del lavoratore che la locatio operarum originariamente inquadrata dai giuristi classici sullo schema dell’obbligazione di dare (dare operas) fu costruita dai bizantini come una figura de obbligazioni di facere (facere operas), in termini perfettamente simmetrici a quelli della locatio operis. Il conductor operis ed il locator operarum promettono entrambi aliquid faciendum cio é un risultato: ut pote fossan fodiri vel insulam fabricari vel operas (D.45, I, 72) en *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi*. “Riv. Dir. Com., 1954, I, pág. 191.

como de actividad y el de ejecución de obra como de resultado, se encuadra en la más genérica distinción elaborada por la doctrina francesa y alemana entre las obligaciones de resultado y obligaciones de actividad o comportamiento (39). En las primeras el débito consiste en una realización final en la cual se resuelve, con plena satisfacción, el fin económico del acreedor, mientras que el objeto de las llamadas obligaciones (40) de actividad, es solamente un comportamiento cualificado por un cierto grado de conveniencia o utilidad (41).

Proyectando tal distinción al campo laboral, una corriente doctrinal—cada vez menos seguida—sostiene la correspondencia del contrato de trabajo (42) y del de ejecución de obra con el binomio actividad-resultado, respectivamente. En el arrendamiento de servicios lo que se pretende por el acreedor es que el trabajador le preste sus energías de trabajo según las directrices que se le marquen (43). Por tanto, el tra-

(39) La terminología es muy variada, pero en esencia responde a lo mismo. Los primeros intentos distintivos, se encuentran según afirma SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, Padova 1957, I, pág. 78, núm. 114 en FISCHER, H., *Vis maior iam Zusammenhang mit unmöglichkeit der leistung*, en IHERINGS JAHR-BÜCHER, 1897, págs. 254, 267 y 269, el cual habla de obligaciones subjetivas (luego llamadas de *medios*) y obligaciones objetivas (después denominadas de *resultado*). BEKKER, *Grundbegriffe des Rechts und Missbegriffe der Gesetzgebung*, Berlín, 1910, págs. 330 y ss. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en "Riv. Dir. Civ.", 1918, pág. 350.

Más tarde aparece ya netamente enunciada la distinción en DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, París, 1925, V, págs. 538 y ss. (que distingue obligaciones de *medio* y de *resultado*). MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, París, 1947, I, pág. 108 y TUNC, *Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza*. "Riv. Dir. Com.", 1947-48, I, páginas 126 y ss.

Una amplia exposición crítica reciente en MENGONI, *Obbligazioni...* cit. SUPPIEJ, op. cit., pág. 79, prefiere usar la expresión de "*obbl. di comportamento o di contegno*", más correcta a su juicio que la de obligaciones de "*medios*". MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano 1957, páginas 15 y ss., propone el término de "*obbl. di (mera) attività*", con cuyo término entiende el autor el *opus* en sentido genérico, es decir, la ejecución de una fase del proceso productivo en vistas del término final. Aún siendo meritoria la precisión terminológica, en este punto, tal variedad de términos para designar el mismo fenómeno nos parece un tanto bizantina, con peligro de confusión para los lectores.

(40) Es más correcto hablar de *obligaciones* que de *contratos* de actividad o de resultado, por la correlación existente entre contenido del contrato y obligaciones derivantes del mismo. Cfr. CORRADO, *La nozione unitaria del contratto di lavoro*, Torino 1956, pág. 54.

(41) ARANGUREN, A., *La qualifica nel contratto di lavoro*. Milano 1961, página 16.

(42) Cuando utilizamos el término, contrato de trabajo, sin más especificación, lo entendemos como arrendamiento de servicios.

(43) DUSI, *Istituzioni di Diritto civile*. Torino 1931, II, página 149. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*. Madrid, 1952, IV, pág. 466. MANRESA, *Comentarios al Código civil español*. Madrid, 1950, X, pág. 894, aunque señala que ambos contratos recaen sobre el trabajo "bien en sí mismo considerado (a. de servicios), bien en la concreción del llamado producto u obra (a. de obra)". HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*. Madrid 1960, I, páginas 123-124, que distingue las prestaciones de actividad y de resultado, en atención

bajador es deudor de actividad y el contrato que lo vincula con la otra parte será un contrato del mismo nombre (*Tätigkeitsvertrag*) (44). El derecho del acreedor, por tanto, es solamente un derecho a la prestación que ha sido el objeto del contrato; ello explica la prohibición de que se preste el trabajo por un tercero, distinto del deudor, el cual realizaría el *interés* del acreedor, pero no su *derecho* (45).

En la ejecución de obra, por el contrario, lo que busca el comitente es un resultado concreto, por el cual, y mediante su entrega, paga el precio convenido, al contratista. Existe un señorío del sujeto sobre el bien debido, pero tal bien consiste, no ya en la actividad del obligado, sino en aquello que se dirige a tal actividad (46). Es, por tanto, un contrato de resultado (*Erfolgsvertrag*) (47).

La utilización de tal criterio ha sido duramente criticada. Corrado, que dedica al asunto un amplio estudio (48), opina que hay que “negar radicalmente la posibilidad de establecer una neta contraposición entre un contrato de trabajo que tiene por objeto la prestación de *opere* implicando un deber de esfuerzo, y un contrato de obra que tiene por objeto el perfeccionamiento de un *opus*, es decir, la prestación de

a los fines útiles del contrato según que jurídicamente queden fuera de la prestación o formen parte de la misma. LARENZ, *Derecho de obligaciones* (trad. J. SANTOS), Madrid 1959, II, pág. 306. HADEMANN, *Tratado de Derecho civil*. Madrid 1958, III, pág. 414, aunque une además el elemento *tiempo* (pág. 415).

(44) DE LA VILLA, L., opina que se estará ante una forma contractual u otra según que el personal deba *trabajar* o deba *realizar un trabajo*; distinción difícil, pero útil a su juicio, en *Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración pública*. Doc. Admva., Madrid, junio 1962, pág. 9 (separata).

Vid., asimismo, MOLITOR, *Das wesen des Arbeitervertrages*. Leipzig 1925, páginas 21 y ss.

(45) Vid. ORLANDO, S., *Estinzione dell'obbligazione per conseguimento dello scopo*. Milano 1938, pág. 141.

(46) NICOLÓ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*. Milano 1936, pág. 79.

(47) MOLITOR, op. cit. loc. cit.

Como dice ALONSO GARCÍA, “ambas partes quedan... sometidas a una relación de intercambio en la prestación del contratista se circunscribe a un *momento determinado* y se concreta en un *resultado preciso*”, en *Contrato de trabajo, subcontrata y cesión de mano de obra*. Cuad. de Pol. Soc. núm. 45, pág. 22.

No compartimos, sin embargo, la opinión de CASSI, para el cual el contenido del *rapporio di lavoro autónomo* puede consistir en “un dar, en un consignar o en un hacer”, en *La subordinazione del lavoratore nel Diritto del lavoro*. Milano 1961, pág. 104; pues aún dejando aparte la reciente opinión de que las obligaciones de dar no son sino una subespecie de las de hacer (vid. SUPPIET, op. cit., página 58 y ss. con la bibliografía que cita), pensamos que toda obligación de *trabajo* —autónomo o subordinado— se configura como un *obligación de hacer* (ya sea cosas materiales, *quae tangi possunt*, o inmateriales, como por ejemplo la enseñanza).

KASKEL-DERSCH, *Derecho de Trabajo* (trad. E. Krotoschin), Buenos Aires, 1961, pág. 35, distinguen, asimismo ambos contratos, según que el objeto sea el trabajo o el resultado.

LOTMAR, efectuaba la distinción según el precio se pagase por el tiempo (*Zeitlohnvertrag*) o por el resultado (*Akkörd* o *Stücklohn*), en *Der Arbeitvertrag nach dem Privatrech des deutschen Reiches*. Leipzig 1902-1908, I, págs. 9, 339 y 423 y II, págs. 21 y 920.

(48) *La nozionc...*, cit. págs. 52 y 113.

un resultado" (49). Aunque tal afirmación es un poco tajante, en realidad la validez del criterio es un tanto dudosa por una doble razón: ni en el arrendamiento de servicios se prescinde por completo del resultado, ni, viceversa, en la ejecución de obra de la actividad. Lo veremos por separado.

a) *En el arrendamiento de servicios*

De un modo general, la doctrina más reciente subraya que la actividad considerada en sí misma no tiene un valor económico que pueda justificar su asunción en el objeto de una prestación si no se resuelve en un resultado productivo (50). En virtud de ello, se afirma que la utilidad es un elemento esencial de la prestación de trabajo, justificándose el comportamiento del trabajador sólo en cuanto el mismo sea productivo de un resultado útil (51), aunque el significado de tal utilidad se un tanto oscilante en la doctrina (62). Todo ello es indudable, y de un claro relieve causal—en el plano objetivo y en el subjetivo del empresario—, en cuanto que lo que el Ordenamiento jurídico tutela es "la participación en la producción" (art. 1.º de la Ley de Contrato de Trabajo: LCT), y en cuanto que la finalidad del empresario al contratar es cabalmente la obtención de unos frutos (53).

Además, se manifiesta más claramente si tenemos en cuenta lo siguiente:

a') La prestación debida por el trabajador no es una prestación cualquiera, sino concretamente aquella que surge de trabajar con la diligencia debida a su especialidad, facultades y peculiaridades, debiendo, además, prestar la clase y extensión de trabajo que marquen las normas legales, los convenios, el contrato o, en su defecto, los usos y costumbres (arts. 60 y 64 LCT) (54). Y aun siendo exacto que en las obligaciones de actividad el resultado consiste en la misma conducta del deudor (55) y que en la relación de trabajo tal resultado se identifica con la "conducta obligatoria" del trabajador, no puede olvidarse

(49) Op. cit., pág. 70.

(50) CORRADO, op. cit. pág. 75.

(51) Vid. ARDAU, *Corso de Diritto del lavoro*. Milano 1960, I, pág. 4. RIVA SANSEVERINO, *Il contratto individuale di lavoro*, en *Trattato...*, cit. de Borsari-Pergolesi, II, pág. 13. SANTORO-PASARELLI, *Nozioni di Diritto del lavoro*. Napoli 1960, pág. 64. MAZZONI, *Manuale di Diritto del lavoro*. Firenze 1958, págs. 2 y 184. GRECO, *Il contratto di lavoro*, en *Trattato di Diritto civile* dirigido por Vasalli. Torino 1939, pág. 10. BARASSI, *Elementi...* cit., pág. 33.

(52) Para unos se considera como expresión de patrimonialidad. Así BARASSI cuando afirma que la prestación debe ser útil "es decir, susceptible de cambio", en *Teoría generale delle obbligazioni*. Milano 1964, L, pág. 115. Otras veces se identifica con la idoneidad de la prestación para satisfacer el interés del acreedor y en un tercer significado, utilidad "è quella tipica della specie di comportamento considerato e coincide con il risultato". ASSANTI, C., *Autonomia negoziale e prestazione di lavoro*. Milano 1961, pág. 25.

(53) ALONSO OLEA, *Introducción...*, cit. págs. 110 y 111.

(54) Vid. BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual...*, cit., I, pág. 21.

(55) MANCINI, *La responsabilità...* cit., págs. 18 y ss.

que el acreedor de trabajo, a resultas de la clasificación profesional, concreta la genérica obligación de *facere* del trabajador, haciendo al mismo tiempo determinable el objeto de la prestación (56).

Y es en virtud de tal *clasificación* que condiciona al deber de diligencia, por la que se atemperan —como afirma Osti— los intereses opuestos del deudor y del acreedor, negando al primero la facultad de liberarse ofreciendo trabajos de ínfima calidad y al segundo la de pretenderlos de calidad óptima (57). Hay, por tanto, en materia de cumplimiento unos límites a la libertad de elección del trabajador, que de ser sobrepasados originan para él ciertas responsabilidades.

Podemos concluir, por tanto, que en el contrato de trabajo no se cumple *estando* simplemente a las órdenes del empresario (58), sino *trabajando*, y no de cualquier manera, sino de acuerdo con las facultades profesionales y con lo acordado en el contrato, lo cual se exterioriza en un *rendimiento adecuado* (59).

De un modo nítido —también a efectos de cumplimiento— se observa la dificultad de la distinción en el supuesto de un contrato de trabajo para obra o servicio determinado (art. 27 LCT) (59 bis). En tal

(56) ARANGUREN, op. cit., pág. 25.

(57) OSTI, *Revisione...*, cit., pág. 349, lo cual está en concordancia con lo prescrito, de modo genérico, en nuestro C. c., artículos 1.256 y 1.258.

(58) Puede ocurrir, sin embargo, que tales órdenes se concreten en no trabajar, manteniendo la retribución. Aun siendo difícil que ello se dé, cabría pensar —si la situación fuera continuada— en la nulidad de contrato por falta de causa (art. 1 LCT “participar en la producción”) o bien en un caso de incumplimiento de la obligación del empresario de dar “al trabajador ocupación efectiva, cuando el no dársele perjudicase considerablemente su formación o perfeccionamiento profesional” (art. 75 LCT). Sobre el asunto vid. las agudas observaciones de PÉREZ BOTIJA, *El contrato de trabajo*. Madrid 1954, página 212.

Distintos son los supuestos de los “trabajos” que consisten en una actitud pasiva (por ejem. un modelo vivo) o en una disposición al trabajo (bombercs). Vid. KASKEL-DERSCH, op. cit., pág. 36. Y asimismo los supuestos de interrupciones en el trabajo, legales o no imputables al trabajador.

(59) Al menos lo es en la realidad social de nuestro tiempo, ya que existe un desplazamiento del salario por tiempo hacia el salario por rendimiento. Así se aprecia en la legislación y sobre todo en los convenios colectivos en los que, de un modo casi matemático, se miden los rendimientos y los clasifica a efectos de retribución. Vid., por ej., Convenio de la Industria de Artes Gráficas (Res. 8-II-1963), Transformación de Materias Plásticas (Res. 27-X-1962), etc.

El Prof. Bayón en su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (25-III-1963) “*La defensa jurídica de la paz laboral*” Madrid, 1963, expone toda una serie de fenómenos sociales y económicos actuales que conducen a una consecuencia jurídica indeclinable: la inevitable decadencia futura del contrato de trabajo por tiempo y su aproximación al contrato de ejecución de obra, siendo necesario declarar de una vez para siempre que la dicotomía de las formas de la *locatio* aplicables al trabajo humano ha dejado en buena parte de ser útil para encuadrar jurídicamente los negocios jurídico-laborales.

(59 bis) Lo admite también el 1.583 C. c.: arrendamiento de servicios para “obra determinada” y de modo más complejo el 1.586: “... asalariados por cierto término para cierta obra”.

contrato, que sigue configurado como arrendamiento de servicios (60), la obra o servicio cumplen una función instrumental: concretamente la de fijar la duración del contrato, que se extingue automáticamente al ejecutarse la obra o prestarse el servicio (arts. 27 y 76, 2.º, LCT) (61). Pero el hecho de que se contrate para ejecutar una obra o prestar *un servicio* hace, en la práctica, difícil la distinción, como tendremos ocasión de ver en el apartado C.

b') En cuanto a la *retribución*, el afirmar que en arrendamiento de servicios se retribuyen éstos con independencia del resultado que se obtenga es, a todas luces, inexacto (62). Y ello tanto en la retribución por unidad de tiempo, como, de modo más claro, en la retribución a destajo (63).

— *En el salario por unidad de tiempo* claramente se estatuye que se fijará atendiendo a “la duración del trabajo y al *rendimiento mínimo* en la actividad y categoría profesional correspondiente” (64), pudiendo fijarse tales rendimientos por disposición legal, convenio colectivo (65), reglamento de régimen interior o, en defecto de éste, por la empresa oyendo a los enlaces sindicales, con respecto siempre a la norma superior (66).

(60) Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La relación de trabajo de duración determinada*, Rev. Pol. Soc. Madrid, abril-junio 1961, p. 33 que así lo afirma con fundamento.

(61) Ello es lógico, por la falta de objeto del contrato al llegar al fin de dicha ejecución o prestación. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *op. cit.*, p. 48. La jurisprudencia así lo entiende también reiteradamente: “no ha existido despido, sino simplemente una terminación del contrato por expiración del tiempo convenido para la realización del servicio contratado” S. 6-XII-1962. Sobre la cuestión vid. asimismo ALONSO GARCÍA, *Derecho del Trabajo*, Barcelona 1961, II, págs. 287-289 y PÉREZ BOTIJA, *El contrato... cit.*, p. 109.

(62) Vid. núm. 59.

(63) Art. 38 LCT. PÉREZ BOTIJA distingue el destajo puro (por unidad de obra) en el que no se tiene en cuenta el tiempo y el destajo con garantía del tiempo invertido (salario por tarea). *El contrato... cit.*, p. 135.

En todo lo referente a salarios (arts. 37-60 LCT.) es preciso consultar varias disposiciones que modifican aquellos profundamente. Así el D. 21-IX-1960 sobre ordenación de la retribución del trabajo por cuenta ajena. O. 8-V-1961 (reformada posteriormente en algunos puntos) D. 15-11-1962 y D. 17-I-1963.

(64) O. 8-V-61, art. 1; salario mínimo, que ha sido fijado para todos los trabajadores de la nación en 60 pesetas diarias por D. 17-I-1963.

(65) En todos los convenios debe de fijarse —salvo dificultades técnicas— tablas de rendimientos mínimos y en caso de que no existan se estará a los usos profesionales: O. 8-V-61, art. 12 y Res. de la Dir. Gral de Ord. del Trabajo de 14-VI-1961. Para BAYÓN el cálculo de los rendimientos mínimos puede significar el reajuste o el hundimiento de nuestra economía: *La nueva regulación de los salarios en España*, Madrid 1961.

Sobre estas cuestiones, aparte de las obras generales citadas de autores españoles, puede consultarse: BORRAJO, E., *Configuración jurídica del salario*, en Rev. Pol. Soc. Abril-junio 1961; PESO Y CALVO, *La ordenación de la retribución del trabajo por cuenta ajena*, en Rev. de Trab. 1960, núm. 6; DE LA VILLA, *Criterios determinativos del salario (salario sustantivo y salario aritmético?)*, en Rev. Fac. de Der. de Madrid, 1960, núm. 8.

(66) O. 8-V-61, art. 11. Tal respecto a la norma superior había sido ya defendido por BAYÓN antes de aparecer la Orden, en *La nueva... cit.*, p. 66.

Es interesante observar que en las tablas de rendimientos se han de especificar las circunstancias que han de concurrir para que el *resultado* de trabajo condicione la percepción del salario (67) y que de un modo general forma parte del salario "cualquier percepción... que perciba el trabajador en compensación directa de su esfuerzo y *resultados* del mismo" (68).

Como nuestro intento, en este punto, es indiciario, basta con lo expuesto para apreciar cómo el salario del trabajador está íntimamente ligado a los resultados que produzca, a su rendimiento en el trabajo, siendo regla general la medición de tal rendimiento y excepcional lo contrario (69).

— En la *retribución a destajo*, la intervención del resultado obtenido a efectos de fijar el salario adquiere una singular relevancia. Una definición amplia del destajo podría ser la de aquel sistema de retribución que se atiene al producto obtenido, sin consideración del tiempo empleado; por ello, puede incluirse dentro del mismo el salario por unidad de obra, por tarea, a la parte y la remuneración con incentivo (70). Para Riva Sanseverino, "en la retribución por tiempo, el tiempo es el motivo jurídico y el resultado el motivo económico, en el sentido de que en el contrato a él relativo la causa viene dada por el cambio entre trabajo y retribución por un determinado período de tiempo, con independencia del resultado; en la retribución a destajo, el resultado es el motivo jurídico y el tiempo el motivo económico, en el sentido de que el contrato que a él se refiere la causa viene dada por el cambio entre trabajo y retribución, en vista de la consecución de un resultado (71).

En realidad, el contrato de trabajo a tiempo y el a destajo tienen una estructura base común (72), pero no cabe desconocer la relevan-

(67) O. cit. art. 13.

(68) D. 15-II-62, art. 3.

(69) Vid. arts. 15 y 16 de la O. de 8-V-1961.

Por paradoja son precisamente los rendimientos del personal que integra el servicio médico de la Empresa, los más difíciles de señalar, cuando precisamente los servicios médicos (y en general los de las profesiones liberales) han sido tradicionalmente encuadrados entre las obligaciones de resultado o más concretamente en la *l. c. operis*. Y precisamente por tal dificultad su retribución se identifica con la de otros trabajadores de la Empresa (Técnicos titulados para el caso de los médicos y Técnicos auxiliares para los Ayudantes técnicos sanitarios), art. 89 del Rgto. de los Servicios médicos de Empresa de 21-XI-1959, modificados en este punto por O. 3-V-1960.

(70) Realmente sólo el primero es el auténtico destajo. El resto (por tarea, etc.) lo son en cuanto entra el factor *resultado* con mayor relevancia que el tiempo a efectos de remuneración. Todos ellos están regulados por la O. de 8-V-61, arts. 21 y ss.

(71) *Il contratto... cit. en Trattato... cit.*, II, p. 77. En el mismo sentido SANTORO-PASARELLI, *Nozioni... cit.*, p. 76.

(72) Así lo afirman BARASSI, *Tratado de Derecho del Trabajo*. Buenos Aires 1953, III, p. 124 y CESARONI, *La disciplina giuridica del cottimo*. Milano, 1942, p. 8.

cia que en el segundo adquiere el resultado a conseguir, lo cual dificulta su distinción con el contrato de ejecución de obra. Hay autores que utilizan el criterio de la subordinación del destajista frente a la independencia del contratista (73), y aunque este criterio lo veremos más adelante, cabe decir aquí que aun poseyendo el destajista una mayor autonomía que el trabajador “por tiempo”, lo cual hace disminuir el *poder de dirección*, subsiste íntegro el *poder de mando*, lo cual, a su vez, puede diferenciarlo, en el sentido que veremos, del contratista.

A nuestro juicio, el criterio más fecundo, con base en el resultado y un claro apoyo en el Derecho positivo, está en la *garantía del salario mínimo* a favor del destajista. Realmente, quien trabaja a destajo *arriesga* algo más que el que lo hace por *tiempo*. Concretamente, el “riesgo de la dificultad”, es decir, el que necesite más tiempo o más esfuerzo del previsto para lograr el resultado. Pero, sin embargo, tiene asegurado el “salario mínimo establecido para los trabajadores análogos en la actividad o industria de que se trate”, aunque no se alcance el rendimiento debido, por causas no imputables al trabajador; y en el caso de que se hubiera previsto el salario total del destajo tendrá derecho a éste íntegramente (art. 40 LCT) (74).

En las Reglamentaciones de Trabajo es común calcular las tarifas del destajo de tal modo que el trabajador percibe un salario superior en un 25 por 100 al mínimo fijado para la categoría profesional a que pertenezca (75), garantizando *en todo caso* el salario mínimo, cuando no se produzca el rendimiento debido, *ya que aun en el caso de que tal falta de rendimiento sea imputable al trabajador*, se le abona el salario base, sin perjuicio de la sanción aplicable (76), existiendo, en cuanto al límite máximo, la *posibilidad* de revisar las tarifas cuando las ganancias superen en un 75 por 100 al salario base.

Por tanto, el destajista lo que realmente arriesga es el *exceso* sobre el mínimo. Ese es su *aleas*.

(73) Así SANTORO-PASARELLI, *Nozioni...* cit., p. 76; LEGA, *Il contratto...* cit., p. 425. CESARONI, *La disciplina...* cit., p. 54.

(74) Vid. art. 47 LCT párr. 2.º, en aparente contradicción con el art. 40. Para la remuneración con incentivo, da una regla análoga el art. 34 de la Orden de 8-V-61.

(75) Así Reglamentación de la Industria Papelera, de 28-XII-1958, art. 49; Reglamentación de conservas y salazones de 13-X-1958, art. 55; Reglamentación de la Prensa de 9-XI-1962, art. 56, etc.

(76) Así —y lo mismo en otras Reglamentaciones de Trabajo— en el art. 57 de la Reglamentación de la Prensa. Normalmente, y si la falta de rendimiento es continuada, la sanción será la correspondiente a una falta muy grave.

Respecto a la legalidad de estos preceptos reglamentarios frente a la I.C.T. que requiere en su art. 40 la “no imputabilidad”, es bastante clara por aplicación del principio *pro operario* en general y del de la *norma más favorable* en particular; sobre el asunto vid.: RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El principio de norma más favorable y las Reglamentaciones de trabajo* en Rev. Pol. soc. núm. 53, y BORRAJO, *Naturalidad jurídica de las Reglamentaciones de trabajo*, en Rev. Pol. Soc. número 53

Podemos afirmar, por tanto, que el destajo no da lugar a un contrato de ejecución de obra (salvo cuando el destajista tenga a sus órdenes otras personas que trabajen para él, pues entonces es un empresario, arts. 5 y 121 LCT), sino que se trata de un contrato de trabajo con una retribución típica (77).

b) *En el contrato de ejecución de obra*

Cogiendo el hilo de nuestra argumentación, decíamos que ni en el arrendamiento de servicios se prescinde por completo del resultado —y así lo hemos visto a efectos de *cumplimiento* y de la *retribución*—, ni en la ejecución de obra se prescinde de la actividad, pues nos parece que ésta tiene unos claros efectos jurídicos relevantes para las partes.

Valgan como demostración tres argumentos principales:

1) En el caso de un desistimiento *ante tempus* de la construcción de la obra, por parte del comitente, éste debe de indemnizar al contratista todos sus gastos, *trabajo* y utilidad que pudiera obtener de ella (art. 1.594 C. c.). En realidad, lo que se paga por el comitente es el posible resultado obtenido hasta que se desiste; pero ocurre que para su valoración, al no haberse llegado al *opus* perfecto o final, se toma en cuenta, no ya el precio estipulado por él, sino el *trabajo* —entre otros factores— realizado (78). Se retribuye, en otras palabras, la actividad.

2) En el supuesto de que se encargue la obra a una persona por razón de sus cualidades, el contrato se rescinde por la muerte del contratista (art. 1.595 C. c.). Ello nos indica que lo buscado no es un resultado genérico, sino aquel concreto y específico que ha de obtenerse de la actividad técnica del contratista. Tan es así, que el legislador utiliza una forma imperativa, “se rescinde”, y no dispositiva (79). Además, en tal caso, y lo mismo cuando la obra no pueda acabarla por alguna causa independiente de su voluntad (80, el comitente debe de

(77) Vid. en tal sentido SS. de 9-X-1939, 22-VI-1933, 4-I-1934, etc. denegando en otras, nuestro TS, el carácter de destajista a quien percibe un lucro especial: así SS. 5-XII-1925, 21-III-1928, 5-XII-1941, 29-I-1953, etc. Tomadas de RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina...* cit.

“El tiempo o las unidades parciales de producción son simplemente módulos para fijar la remuneración...” afirma ALONSO OLEA, *Introducción...* cit., p. 114, para quien el destajo sólo consiste en una especial e intensa conexión del salario con la causa del contrato: a saber los resultados o frutos del trabajo.

(78) Da lo mismo que la obra se hubiera comenzado o no. En el primer caso hay un resultado parcial. En el segundo pueden haber existido unos gastos y un trabajo preparatorios —proyectos, etc.— que deben remunerarse sin que exista resultado. Sin embargo, el contrato de ejecución de obra había nacido ya siendo precisamente su existencia la que justifica la acción indemnizatoria.

(79) Este precepto puede entroncarse con el art. 1.161 C. c. según el cual “en las obligaciones de hacer el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero, cuando la calidad y las circunstancias del deudor se hubiesen tenido en cuenta al establecer la obligación”.

(80) No es muy afortunada la redacción de este ap. 3.º del art. 1.595, pues por el sentido del mismo se refiere al contratista por lo que no debiera usar la expresión “el que contrató la obra”.

abonar el valor de la parte de obra ejecutada y de los materiales preparados; en definitiva, abona—entre otros conceptos— el trabajo realizado, ya que en la *valoración* de la obra el contratista hace entrar en juego como partida fundamental—como veremos en el ap. II— el trabajo que le costará realizarla.

3) Por último, y ya que los anteriores supuestos son un tanto “patológicos”, la valoración de la actividad toma un especial relieve, en el caso de las profesiones liberales, que han sido tradicionalmente encuadradas en el contrato de obra; así, por ej., en el Código civil italiano, bajo le denominación de *prestazione d'opera intellettuale* (artículos 2.230 y ss.) (81).

Como afirma Lega (82), en estas hipótesis se ha considerado resultado la misma actividad de trabajo, lo cual resulta impropio. Si lo que se pide al médico o al abogado es el que preste sus servicios, con la adecuada técnica y diligencia, siendo indiferente para el pago que se cure el enfermo o que se gane el pleito, realmente el resultado se esfuma (83); no existe diferencia sustancial con la prestación de servicios de un trabajador atendiendo a la actividad-resultado, aunque sí puede haberla en cuanto a la dependencia, por lo que cabría catalogar la prestación de servicios profesionales como un arrendamiento de servicios civil, no laboral (84).

c) Conclusión

Vemos, por tanto, que es muy difícil trazar la línea divisoria entre el contrato de trabajo (arrendamiento de servicios) y el de ejecución de obra, atendiendo al criterio examinado. Sin embargo, creemos que no hay que desecharlo, ya que constituye un elemento útil, aunque *no el único*, por estar como “telón de fondo” en los demás criterios que vamos a examinar. Por otra parte, la utilidad será mayor o menor según aparezcan el resultado o la actividad con más o menos nitidez como

(81) Sobre las profesiones liberales y su relación con el Derecho del Trabajo puede consultarse: LEGA, *La libera professione*. Milano 1952. DAPRA, *L'ordinamento della professione di avvocato e procuratore*. Torino 1951. SAVATIER, J., *La profession libérale*. París 1947. PÉREZ BOTIJA, *Los intelectuales y el Derecho del Trabajo*, en Estudios en honor de García Oviedo, Sevilla 1954, II.

(82) *Il contratto...* cit., p. 409.

(83) Hay, sin embargo, un supuesto especial en el que el objeto del contrato sí que es un resultado. En el caso de la cirugía estética. Vid. KORNPROBST, *La responsabilité médicale*. París 1947, ps. 101 y ss.

Pero ello es la excepción. Lo normal es que el cumplimiento se concrete en la actividad diligente de la actividad profesional. Así se ha llegado a decir que “*talvolta le prestazioni dei professionisti e quelle di lavoro subordinato vengono accomunate nella contrapposizione a quelle di risultato*”. ASSANTI, *Autonomia...* cit., p. 33.

(84) Vid. BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual* cit., II, p. 653. ALONSO GARCÍA, *Derecho...* cit, II, p. 105, con interesantes observaciones. La jurisprudencia, sin embargo, es cada vez más flexible al apreciar la dependencia de los trabajadores intelectuales. Vid. SS. 30-V-1952, 6-IV-1953, 14-IV-1959, 8-I-1960, 4-II-1960, 9-V-1961, 22-X-1962 (Sala 1.ª), etc. Vid. BAYÓN, *La dependencia...* cit. y SAGARDOY, *Una norma en blanco: el artículo 7.º de la Ley de Contrato de trabajo*, en Rev. Der. Trab. núm. 52.

objetos de los contratos (85). Por ello opinamos que la obligación del contratista es una obligación de *facere*, distinta de las prestaciones de dar (por ej., compraventa), por el hecho fundamental de que en aquélla ha de hacerse algo *ex novo*, no preexistente o coexistente con la actividad, sino el producto logrado con el desarrollo de ésta (86).

En última instancia estamos de acuerdo con la perspicaz observación de Alonso Olea, de que “la división del trabajo ocasiona la pérdida del valor del fruto aislado del trabajo de cada trabajador”, realizándose en tal momento lógico la trasposición desde el *fruto* al *trabajo* como objeto del contrato del mismo nombre (87). Es decir, que la distinción puede estar no tanto —pensamos— en que el arrendamiento de servicios se contrate actividad y en el de ejecución de obra resultado, sino en que en el primero el resultado es complejo (ya que se integra de resultados parciales) y en el segundo el resultado es único y aislado (88).

B) *El valor de la dependencia como elemento diferenciador*

El criterio de la dependencia, para distinguir ambos contratos, tiene una proyección más amplia, ya que constituye la “piedra de toque” para la división fundamental en el Derecho del Trabajo: trabajo autónomo y trabajo subordinado, constituyendo —según regla general del Derecho comparado— sólo este último el objeto de aquella rama jurídica. La amplitud del problema, por tanto, nos excusa de su tratamiento exhaustivo (89). Nos bastarán unas breves observaciones que incidan más directamente en nuestro propósito.

(85) Así, por ej., y sólo con la utilización de este criterio no podría distinguirse una ejecución de obra y un arrendamiento de servicios para obra determinada.

(86) Como afirma ALONSO GARCÍA, *Contrato de...* cit., p. 30, “mientras en la compraventa la cosa a entregar existe ya concluida al perfeccionarse el contrato, en la ejecución de obra el objeto del contrato es precisamente concluir la cosa que ha de ser entregada”.

Un paralelo en el campo administrativo, se da con la división de las prestaciones administrativas a los particulares en prestaciones de *actividad* y prestaciones de *bienes*. La primera consiste en un *facere* y los bienes tienen sólo una función de medio; en las segundas los bienes asumen la función de objeto y consisten en un *dare*. Vid. ALESSI, *La prestazione amministrativa rese ai privati*. Milano 1956, p. 37.

(87) *Introducción...* cit., p. 111.

(88) Por ello dice bien Alonso Olea que cuando el fruto de trabajo es tecnológicamente simple y el proceso de producción muy breve el fruto puede ser el objeto del contrato, tendiendo entonces a confundirse la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios. Op. cit., loc. cit.

(89) BAYÓN en *El concepto de dependencia...* cit., recogiendo ideas ya expuestas por él, con anterioridad, se muestra partidario de que el Derecho del Trabajo “llegue a ser un Derecho de la prestación profesional de servicios de todo tipo” dependientes e independientes, p. 467. Sobre las distintas posturas doctrinales, españolas y extranjerías, vid. p. 456, núm. 16.

En nuestra tesis doctoral, inédita, defendimos la necesidad del ingreso en el Derecho del Trabajo, de los trabajadores *autónomos* por cuenta ajena. Vid. SARGADOY, *El concepto de trabajador en el Derecho español*. Temis 1961, núm. 9.

Para ello tenemos dos caminos: 1) Considerar que la dependencia no es una característica esencial y exclusiva del contrato de trabajo, y que, por tanto, lo único importante para la configuración de tal contrato es el trabajar por cuenta ajena mediante una remuneración. 2) Anotar como esencial tal dependencia y ver a continuación si se da o no y en qué sentido en el contrato de ejecución de obra. En realidad, ambos caminos se complementan.

El primero cuenta más con un apoyo doctrinal que legislativo y jurisprudencial (aunque en ésta se vaya avanzando (90)). Por otra parte, su examen excede de nuestro intento.

El segundo se mueve ya en un terreno "*de iure condito*" (arts. 1.º, 2.º, 69 LCT), y si demostramos que en la ejecución de obra existe también dependencia, respecto al comitente, negamos la fuerza del criterio distintivo, al menos en el sentido en que nuestro Tribunal Supremo—que sigue en este punto una "vía muerta", según Alonso Olea—lo entiende para negar al contratista, de modo constante, el carácter de trabajador (91).

Es difícil, siendo muy diversas las opiniones (92), llegar a un concepto unitario de la dependencia, pero en general, se afirma que de sus tres aspectos—económico, técnico y jurídico—sólo el jurídico adquiere relevancia, definiéndose, bajo tal perfil, como la situación jurídica del trabajador que tiene la obligación de guardar el comportamiento debido, según los actos de volición del acreedor de trabajo, previstos y permitidos por la ley y por el contrato (93). De la dependencia dimanan un poder directivo y un deber de obediencia (artículo 69 LCT) que constituyen las dos caras de un mismo prisma. El poder directivo cumple la función de determinar en concreto las singulares prestaciones de trabajo que el contrato y la clasificación profesional predeterminan sólo en el género, y que las órdenes concretas del empresario (o de sus representantes) individualizan, haciendo posible al trabajador el cumplimiento de su prestación (94). De modo

(90) Ultimamente se nota una cierta amplitud al respecto especialmente al rechazar la dependencia técnica como requisito del contrato de trabajo. Así sentencias 4-II-1960, 9-V-1961, 15-III-1962 ("... amplísimas facultades..." dice esta última) y en especial la S. de 3-II-1961 (Sala IV) estudiada por BAYÓN detenidamente, *El concepto...* cit. Y en el Derecho positivo se ha dado un paso adelante con la admisión en el Derecho del trabajo de los representantes de comercio, al modificarse el art. 6 de la LCT.

(91) Tal suele ser el argumento clave, aunque a veces acuda al criterio del *lucro especial*, mucho más fecundo y sostenible. Vid. ALONSO OLEA, *La materia contenciosa laboral*. Sevilla 1959, ps. 38 y 43.

(92) Vid. CASSI, *La subordinazione...* cit., ps. 61 y ss. así como la lograda síntesis que ALONSO GARCÍA hace, *Derecho...* cit., I, ps. 43 y ss.

(93) CASSI, op. cit., p. 125.

En un proyecto doctrinal de LCT, cuyo ponente fue ALONSO OLEA, se sustituye el término "dependencia" por el de "dirección". Vid. Rev. Pol. Scc. 1962, núm. 54. Sobre los diversos aspectos de la dependencia: BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual...* cit., I, ps. 25 y ss.

(94) D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettivi del lavoratore dipendente*. Milano 1958. n. 79.

correlativo, por el deber de obediencia, el trabajador debe de seguir tales órdenes —con los debidos límites (95)— en cuanto que al estipular el contrato de trabajo renuncia a la propiedad de lo producido, ya que al empresario se le reconoce un interés preeminente: el interés al *resultado económico*, por el que se le atribuye el poder de organizar.

En cuanto a la autonomía, tres son las nociones que de la misma se han dado: con referencia a la *norma* como potestad de autoordenarse (Romano y Zanobini); con referencia a los *hechos* como potestad de decidir una regulación de intereses, que el legislador recibe al menos en sus líneas esenciales (Betti); y con referencia a las *relaciones jurídicas*, como potestad de autodeterminación en la esfera de libertad garantizada por un derecho subjetivo (Allara) (96). Sin embargo, como afirma Corrado, cuando se habla de autonomía en las relaciones laborales, el término asume un significado particular y restrictivo. No se considera como la genérica posibilidad de las partes de determinar el contenido del contrato según una valoración discrecional de los propios intereses, sino como la posibilidad de realizar un trabajo “*al di fuori di ingerenze della controparte*” (97) o, en frase de nuestro T. S., “sin más norma que su saber o entender” (98).

Con base en tal criterio se dice que en el contrato de trabajo existe una dependencia del trabajador respecto al empresario —debe de obedecer sus órdenes—, mientras que en el de ejecución de obra el contratista goza de autonomía, pues sólo se compromete a lograr un resultado con libertad de acción y, sobre todo de elección de los medios y criterios técnicos para conseguir la obra (99).

La doctrina civil francesa concuerda en que la dependencia constituye el elemento típico del arrendamiento de servicios, mientras que la autonomía lo es del contrato de obra (100); y en el campo laboral se acepta el mismo criterio, en general (101). El C. c. italiano sanciona tal diferencia al establecer que existe contrato de obra “*quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un*

(95) Aquí entrarían en juego los problemas de la “obediencia debida”, “desobediencia técnica”, así como lo referente al *ius variandi* enlazado con la clasificación profesional, todo lo cual es marginal para nuestro estudio. Vid. ARANGUREN, op. cit., especialmente ps. 40 y ss. PÉREZ BOTIJA, *El contrato...* cit., ps. 181 y ss. ALONSO GARCÍA, *Derecho...* cit., II, p. 369.

(96) Tomado de CORRADO, *La nozione...* cit., p. 96, que cita las correspondientes obras donde los autores señalados exponen su opinión.

(97) *La nozione...* cit., p. 97.

(98) S. 11-XII-1961.

(99) Hay que advertir con ALONSO GARCÍA que el término “trabajo independiente o autónomo” puede entenderse en dos sentidos: como trabajo por cuenta propia o como trabajo por cuenta ajena, pero sin dependencia. Sólo este segundo es el que nos interesa. Vid. *Derecho...* cit., I, p. 51.

(100) Por todos PLANIOL, *Traité...* cit., XI, 2, p. 16. El contrato de obra se regula en los arts. 1.787 y ss. del Code civil.

(101) ROUAST-DURAND, *Droit du travail*, Paris 1957, p. 389, entre otros.

servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente" (art. 2.222) (102).

En el Código civil español nada se dice al respecto. La LCT, por el contrario, exige la dependencia (arts. 1 y 2) como nota esencial del contrato por ella regulado, si bien se admite que la obligación del trabajador consiste en "la ejecución de una obra o en la prestación de un servicio" (art. 1.º) (103). Ante ello cabe plantearse la cuestión de si la ejecución de obra es incompatible *per se* con la dependencia, o si, por el contrario, pueden existir ejecuciones de obra con subordinación del contratista, constituyéndose en tal caso un contrato *laboral* de ejecución de obra, siendo misión del juez examinar *en cada caso concreto* si el contratista tiene o no tiene autonomía.

La jurisprudencia parece haber seguido el primer camino, pues reiteradamente afirma que "el contrato de trabajo implica *subordinación...* en tanto que en el de obra la *dirección* corresponde al contratista" (104).

Tal criterio —*venia data*— nos parece poco fecundo. Y ello porque no puede negarse, so pena de negar la evidencia, que en la ejecución de obra existe una dependencia, si la entendemos ésta, según es normal, como sometimiento a las órdenes de la otra parte. El comitente ordena, en primer lugar, cuál y cómo ha de ser el resultado. Puede limitar el tiempo de ejecución y, desde luego, puede intervenir a lo largo de ésta para ordenar la modificación o diversas características del resultado. Todo ello en virtud de la titularidad que tiene del interés económico a cuya satisfacción se dirige la actividad del contratista. La dirección que al contratista se deja es un concepto eminentemente elástico, dice Barassi (105), y puede reducirse a proporciones mínimas. Si a ello unimos, por contraste, la auténtica independencia de que gozan ciertos trabajadores en la prestación de sus servicios (106), realmente es preciso concluir, con Alonso Olea, que no hay "términos hábiles para distinguir la ejecución de obra del contrato de tra-

(102) Distinto es el contrato de *appalto* (art. 1.655 Codice civile) que es aquél por el que una parte asume onerosamente la ejecución de una obra o servicio, contando con su organización, medios propios y riesgo a su cargo, siendo su disciplina bastante diversa de la del contrato *d'opera*. Vid. LORIZIO, *Il contratto d'appalto*. Padova 1939. Se parece a la llamada *contrata* en nuestro Derecho.

(103) Poco afortunada redacción porque "obra determinada y servicio determinado" parecen identificarse frente a prestación de "servicios".

(104) S. 22-II-1954. En otras muchas sentencias se apunta el mismo criterio; así las de 30-IV-1925, 16-II-1933, 14-IV-1945, 31-III-1953, 2-VII-1958, etcétera, aunque últimamente se admita, según vimos, una interpretación más flexible de la dependencia. Otras veces utiliza con más acierto el criterio del "lucro especial", S. 27-I-1959, entre otras.

(105) *Il contratto...* cit., p. 29.

(106) Bien afirma BAYÓN que "la dependencia como poder jurídico de mando exige el presupuesto de la igualdad o superioridad técnica del empresario" lo cual no siempre se da. Y por otra parte resalta cómo en los trabajadores "independientes" se dan fuertes limitaciones en su esfera de libertad de ejecución. En *El concepto...* cit., p. 464.

bajo si es la subordinación el elemento que quiere tomarse como criterio distintivo" (107). La fuerza de tal crítica incide en la inadecuada identidad entre dependencia y sometimiento a órdenes. Pero con arreglo a la *teoría de la incorporación* la distinción resulta, a nuestro juicio, muy fecunda.

Afirma Nikisch (108) que debe de considerarse anticuada la teoría que identifica la dependencia del trabajador con su sometimiento a dirección, ya que éste no es la causa, sino, a lo más, un síntoma de su dependencia personal, no comprendiendo, sino tan sólo marginalmente, la esencia de la relación de trabajo (109). Lo esencial de éste se encuentra en la "estrecha vinculación personal entre empresario y trabajador", que se traduce en una relación comunitaria dominada por los principios de fidelidad y protección.

Esta relación comunitaria surge con la incorporación del trabajador a la empresa (supuesto normal) o al *círculo privado de vida* del acreedor de trabajo (110); incorporación que por darse libremente y a través de una relación jurídico-privada presupone un contrato de trabajo, por lo que la relación comunitaria es una *fase posterior* de la relación de trabajo ya iniciada con la entrada en vigor del contrato (111).

Por último, y esto es importante, el trabajador se obliga no a reiteradas prestaciones singulares, sino sólo a incorporarse a la empresa, y por tanto, la relación de trabajo, como toda relación obligacional de duración, se dirige a la constitución y sostenimiento de una situación duradera: la *pertenencia a la empresa o círculo privado* del acreedor de trabajo, durante la cual el trabajador se halla en estado de cumplimiento (112).

(107) *Introducción...* cit., p. 142. El autor (p. 141) entronca, con agudeza, el hecho de que puedan darse órdenes al contratista, lo mismo que se le dan al trabajador, en la identidad de causa del contrato de trabajo y del de ejecución de obra: *la obtención de los productos del trabajo humano*.

(108) NIKISCH, *La incorporación y su significación para el Derecho del Trabajo* (trad. Rodríguez Pifero) Rev. Pol. Soc. núm. 49. Las ideas del autor suponen un notable avance de la teoría de la incorporación (mal llamada "reacionista") de tan valiosa tradición entre los laboristas alemanes (Gierke, Pothhof, Molitor, Siebert).

En prensa este artículo nuestro, aparece la monografía de GARCÍA DE HARO, *La posición jurídica del trabajador subordinado*. Pamplona 1963, que no hemos podido tener en cuenta.

(109) NIKISCH, op. cit., ps. 11-12.

(110) Justamente Nikisch al hablar de "círculos privados de vida" ensancha el valor de la incorporación frente a quienes objetan (por ej., CORRADO, *La nozione...* cit., p. 103 y Hueck), que existen trabajadores que no están incorporados a *empresa alguna*, ps. 14 y ss.

(111) NIKISCH, op. cit., ps. 15 y 19. En este punto es interesante la observación que el autor hace de que "la entrada del trabajador en la Empresa conduce a una relación de trabajo, cuando el contrato que le sirve de base es inválido". Al no contradecir esta solución la teoría contractual, realmente se liquida la polémica doctrinal mantenida por los defensores de aquélla con los de la teoría de la incorporación, p. 22.

(112) Op. cit., ps. 16, 17 y 22. Tal estado de cumplimiento —dice Nikisch—

Aceptando esta teoría —que no contradice a la contractual, sino que la completa—, pueden, a nuestro juicio, distinguirse fecundamente el contrato de trabajo (como arrendamiento de servicios) (113) y el de ejecución de obra. Efectivamente. Todo lo antedicho se da en el primero, mas no en el segundo. Cuando comitente y contratista se ligan por un vínculo contractual no nace entre ellos una relación comunitaria jurídico-personal, ni, por tanto, surgen los correlativos deberes de fidelidad y protección. Lo único que adquiere importancia es el derecho del primero al resultado y del segundo al precio, aunque para ello deban obrar con buena fe, pero no con la buena fe cualificada que constituye la fidelidad.

La razón está precisamente en que el contratista no se incorpora o entra en la empresa o círculo privado de vida del comitente. El contacto —el de relieve causal— entre ambos se reduce a dos momentos: el *inicial*, de estipulación del contrato, y el *final*, de su cumplimiento, con las recíprocas entregas. La zona central o de intervalo —entre uno y otro— queda relegada a un segundo término y se desconecta de la relación entre las partes (114). La actividad desarrollada durante ese tiempo es necesaria para conseguir el resultado, pero irrelevante a efectos de cumplimiento. Con tal actividad el contratista *prepara* el cumplimiento de lo pactado, pero sólo *cumple* cuando entrega el resultado. Por tanto, es un contrato que se agota en un acto singular.

El hecho de que durante la situación de pendencia del resultado el comitente pueda dar órdenes no afecta a nuestra postura. Cuando se dan tales órdenes el comitente *sale de su postura pasiva* y entra en la esfera del contratista para colaborar con él en el logro del interés que persigue con el contrato. Por el contrario, en el contrato de trabajo el trabajador *entra* en la esfera del acreedor de trabajo, cumpliendo con la pertenencia al círculo vital de éste (normalmente, la empresa).

Así se aprecia también la diferencia entre ejecución de obra y arrendamiento de servicios para obra o servicio determinado. En este último, el trabajador no contrata *para* lograr un resultado, sino que se pone a disposición del empresario, *hasta* que se ejecute la obra o

“no puede agotarse en singulares actos de ejecución, pues una comunidad en sentido jurídico no sufre ninguna interrupción”, p. 17.

(113) En general sirve para la distinción entre arr. de servicios —civil o laboral— de la ejecución de obra. Pero habrá que atenerse al Derecho positivo de cada país. En el nuestro no es contrato de trabajo —sin razón jurídica que le apoye— el servicio doméstico (art. 2.º b LCT.), configurándose, por tanto, como un arrendamiento de servicios civil. Sin embargo, se admite en el campo de aplicación de la Seguridad Social: L. 19-VII-1944, D. 17-III-1959 y Estatutos de 6-IV-1959.

(114) En el arr. de servicios (c. de trabajo), sin embargo, la duración entre el momento inicial y final, no es “sufrida”, sino “querida” por las partes, en cuanto que lo útil de la relación es proporcional a la duración misma. Vid. ARDAU, *Corso...* cit., p. 197 y RODRÍGUEZ PIÑERO, *La relación...* cit., p. 29.

se preste el servicio. Por tanto, su trabajo hasta tal término sí que tiene una relevancia causal. Trabajando, cumple.

En definitiva, tales rasgos de ambos contratos están íntimamente ligados con la diversa incidencia del tiempo en uno y en otro, como ahora vamos a ver.

C) *El criterio temporal. Prestación instantánea y prestación duradera*

En la actualidad se ha puesto de relieve con singular fuerza el valor esencial que la duración tiene para configurar el contrato de trabajo, hasta el punto de justificar la especialidad del Derecho laboral por el carácter duradero del contrato de trabajo (115); pues se afirma que tal contrato es de ejecución continuada (o de tracto sucesivo), frente al contrato de ejecución de obra, que pertenece a la categoría de los de ejecución instantánea (o de tracto único).

La incertidumbre de la doctrina sobre la misma noción de contratos de duración y sus opuestos de prestación instantánea, requiere llegar a una determinación de los mismos antes de referirlos a la hipótesis que nos interesa.

Los resultados doctrinales en punto a definir las relaciones obligatorias de ejecución continuada pueden agruparse fundamentalmente en dos categorías (116):

a) Los que sostienen que existe una obligación de ejecución continuada cuando la prestación deba ser realizada durante un cierto tiempo (117).

b) Existe una obligación de tal especie cuando la relación *se fracciona en una serie de prestaciones autónomas y distintas*; aunque esta teoría, que gravita sobre la autonomía de los singulares actos de ejecución, haya asumido diversas posturas: para unos existe unidad de relación y pluralidad de obligaciones (118); para otros se da un solo sinalagma genético al que corresponden varios sinalagmas funciona-

(115) Vid. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La relación...* cit. que recoge esta opinión, haciendo un sistemático estudio de la incidencia del tiempo en las relaciones de trabajo. En general el tema ha sido muy poco atendido por la doctrina patria.

(116) Seguimos a DEVOTO, *Appunti per una definizione delle obbligazioni a esecuzione continuata*. Riv. Dir. com. 1942, núms. 9-10, ps. 297 y ss.

(117) Tal teoría fue formulada por primera vez, de un modo claro, por GIERKE, *Die Dauernde Schuldverhältnisse* en *Ihering's Jahrbücher*, 1914, vol. 64, página 356, el cual distingue entre obligaciones de no hacer, de hacer continuado y obligaciones periódicas, reconduciendo los tres tipos a una sola categoría: relaciones obligatorias de duración, por el criterio de la *extensión en el tiempo de la actividad ejecutiva del deudor*. En las obligaciones instantáneas, sin embargo, el deudor presta en un solo momento del tiempo.

Sobre su teoría se han hecho agudas observaciones críticas. Así STOLFI, *Appunti critici sui contratti di durata* en *Studi in memoria di Bernardino Scorsza*, 1940, p. 837 y DEVOTO, op. cit., p. 298 y ss.

(118) Así OSTI, *Appunti per una teoria della soppravvenienza*, en Riv. Dir. Civ. 1913, p. 481.

les (119); y finalmente, se ha observado que en las obligaciones de ejecución continuada se consigue no uno, sino varios resultados contractuales (120).

Cualquiera que sea el juicio que pueda hacerse a tales opiniones —lo cual es un tanto marginal a nuestro estudio—, hacemos nuestra la concepción de Devoto, para el que la obligación de ejecución continuada “es un complejo de obligaciones simples que nacen de una misma fuente y que son formalmente idénticas, diferenciándose tan sólo por el elemento temporal” (121). Es decir, que en tales obligaciones no son las prestaciones las que se concentran en una sola, sino la *determinación de la voluntad de las partes, que es única* (122). Ello es posible, únicamente, por la *identidad formal* de las singulares prestaciones; es por tal identidad por lo que es factible para las dos partes querer toda la serie de prestaciones con un solo acto (duradero) (123). Y por otra parte, cada prestación singular se distingue —dada su identidad formal— de las demás de la serie sólo por el tiempo (124), en el sentido de que el tiempo es el único elemento diferenciado de cada una de las prestaciones. Por ello las obligaciones de ejecución continuada se extinguen *progresivamente*, ya que cada acto singular de ejecución consigue su fin y está justificado por su causa (125).

A su vez el tiempo, en las obligaciones duraderas, hay que entenderlo en función de la *satisfacción de un interés duradero*, sin confundirlo con la duración de la prestación (tiempo que el deudor debe de emplear para cumplir, como es el caso del contratista), ni con el momento o período de tiempo en el que la prestación debe cumplirse (negocios a término esencial) (126).

Tales obligaciones de ejecución continuada, junto con las de ejecución periódica (aunque con caracteres distintos), constituyen genéricamente las obligaciones de duración, frente a las obligaciones instantáneas (127).

(119) FERRI, *Vendita con esclusiva*, en Dir. e prat. comm. 1933, p. 501. DONATI, *Il contratto di assecurazione in abbonamento*, 1935, p. 195.

(120) D'AMELIO, *Contratti d'acquisto e contratti di somministrazione*, Riv. Dir. Com. 1909, II, p. 501 (esta nota y las dos anteriores son citadas por DEVOTO, *Appunti...* cit., p. 299).

(121) DEVOTO, op. cit., p. 303.

(122) Las partes de *una sola vez* consideran las exigencias, estudian el modo de ejecución y configuran el esquema del contrato, como el más apto para la satisfacción de sus intereses.

(123) Como agudamente observa DEVOTO, op. cit., p. 302, aun queriendo (por el ahorro de energías y de gastos) determinar una sola vez mi voluntad y lograr con un solo contrato de venta de una casa, el arrendamiento de un piso y la permuta del terreno, no podría hacerlo, sino que mi voluntad contractual tendría que dirigirse sucesiva y ordenadamente a la consecución de tres propósitos tan distintos.

(124) La forma, el espacio y el tiempo, constituyen según CARNELUTTI, los tres aspectos por los que la realidad se nos revela. Por ello, y dejando aparte por hipótesis, el espacio, es cierta la opinión que consignamos.

(125) DEVOTO, op. cit., p. 307.

(126) Vid. ARDAU, *Corso...* cit., p. 196 y DEVOTO, op. cit., p. 304.

(127) Tal distinción es jurídica, no natural, ya que la duración es nece-

Aplicando tales conclusiones a nuestro tema, puede afirmarse que en el contrato de ejecución de obra el tiempo tiene la función de preparar el cumplimiento de la obligación, siendo valorado como un medio para llegar a la prestación final, por lo que es un contrato de prestación instantánea; y que, por el contrario, en el contrato de trabajo el tiempo asume un decisivo relieve jurídico, en cuanto que se caracteriza por un *empeño continuado*, de tal manera que trabajar en razón del tiempo es cumplir, siendo indiferente que la duración del contrato sea determinada o indefinida (128).

El acreedor de trabajo y el trabajador, en lugar de pactar sucesivas prestaciones, pactan por un solo acto las prestaciones continuadas, las cuales poseen una identidad formal, distinguiéndose tan sólo por el elemento temporal, de tal modo que aunque cada una de ellas se va extinguiendo con el paso del tiempo, subsiste, en cambio, el fundamental vínculo contractual por el que se satisface un interés duradero, a través de sucesivas prestaciones.

Ello explica el juego de la retroactividad en el contrato de trabajo, que opera *ex nunc* (129), y el hecho —en materia de resolución del contrato— de que las causas extintivas dependientes de la voluntad de las partes operen con independencia de los anteriores comportamientos (130).

Ahora bien, tal distinción es un tanto simple, pues se advierte que pueden existir contratistas que se obliguen de modo reiterado o periódico a conseguir diversos resultados, para el mismo comitente, por lo que parece introducirse en el contrato que estipule un elemento de duración indiscutible (131). Para salvar tal objeción se ha sostenido que los contratos con prestaciones reiteradas son contratos que causan una pluralidad de relaciones que corresponden con cada prestación o cada grupo de prestaciones sucesivas (132). Pero tal opinión resulta un tanto artificial, no salvando, por otra parte, la unidad negocial.

Parece más acertado pensar que tales ejecuciones de obra constituyen contratos de *ejecución periódica*, en los que la relevancia del tiempo viene dada por el interés que la satisfacción de una necesidad tenga en *un momento dado* (que se distingue del siguiente) (133) o, en otras palabras, que la reiteración es de *prestaciones instantá-*

saría para toda actividad humana que tiende a conseguir resultados. Por ello al decir "acto instantáneo" no se emplea el término en un sentido natural, sino como acto en el que, para los fines jurídicos, es indiferente la duración. Vid. CORRADO, *La nozione...* cit., p. 125.

(128) Vid. ARDAU, *Corso...* cit., p. 196 y ss.

(129) ALONSO GARCÍA, *Derecho...* cit., II, p. 286.

(130) El trabajador que siempre ha obedecido, pero que el día X comete una falta muy grave de desobediencia puede ser despedido, pero no porque no haya cumplido hasta entonces, sino por su incumplimiento actual. Lo mismo puede decirse del rendimiento, respeto, etc. Es decir que el contrato de trabajo por ser de duración, exige un debido *comportamiento duradero*.

(131) CORRADO, *La nozione...* cit., p. 132.

(132) STOLFI, op. cit., p. 843.

(133) ARDAU, *Corso...* cit., p. 197.

neas (134), mientras que en los contratos de ejecución continuada (contrato de trabajo) la reiteración es de *prestaciones continuadas* que satisfacen un interés duradero (135).

Como afirma Oppo, “es necesario advertir que la exclusión de la *l. c. operis* del contrato de duración sólo es útil cuando se deba un *opus* singular y aislado; nada excluye que pueda ser debida la repetición de tal resultado, y en tal caso estamos en presencia de un contrato de duración (de ejecución repetida). *Pero se tratará de un contrato, precisamente, de ejecución periódica, no continuada*” (136).

Podemos concluir que la verdadera esencia del contrato de trabajo parece estar en su función de satisfacer un interés duradero a través de prestaciones continuadas, frente a las ejecuciones de obra en las que se da una prestación instantánea, unas veces, o una reiteración de las mismas (ej. periódica), en otras (137).

O sea, que en definitiva, por decirlo con Mengoni, del contrato de trabajo nace una obligación única o, al menos, una obligación fundamental unitaria, en la que las singulares pretensiones, correspondientes a los sucesivos períodos de ejecución, están fundamentalmente ligadas en vista de una *prestación de carácter continuado dirigida a la satisfacción de un interés duradero* (138). De ahí viene, a nuestro juicio, la peculiaridad del contrato de trabajo (como arr. de servicios) y la necesidad de que el trabajador, para cumplir, se incorpore a la empresa o círculo privado de vida del acreedor de trabajo. Lo cual no se da en el contrato de ejecución de obra, aunque las ejecuciones se reiteren en el tiempo.

D) *La asunción de los riesgos*

Es doctrina común que en el contrato de trabajo los riesgos corren a cargo del empresario, mientras que en el de ejecución de obra los asume el contratista, viéndose en tal criterio un elemento diferencia-

(134) CORRADO, *La nozione...* cit., p. 134.

(135) ARDAU, op. cit. loc. cit.

(136) OPPO, *I contratti di durata*, Riv. Dir. com. 1943, I, núm. 9.

En este punto se da justamente el reverso de lo que acertadamente afirma ALONSO OLEA, respecto a la difícil distinción del contrato de trabajo que tiene por causa frutos de producción muy breve y la ejecución de obra (*Introducción...* cit., p. 111). Aquí tienden a confundirse la ejecución de obra de resultados periódicos o reiterados y el contrato de trabajo normal (es decir, el que da frutos de producción larga).

(137) Pero aun en tal caso de ejecuciones de obras repetidas o periódicas, las obras singulares conservan su naturaleza de prestaciones instantáneas, no asumiendo valor jurídico, hasta el momento en que vienen a la existencia como un todo orgánico, siendo irrelevantes por sí mismas la actividad y el tiempo necesarios para conseguirlos. Vid. CORRADO, op. cit., p. 135.

(138) MENGONI, *Ancora sull'impossibilità temporanea della prestazione di lavoro*. Temi 1951, núm. 50.

O como afirma MESSINEO, en la ejecución de obra el tiempo se refiere a la producción de resultado, no a la ejecución del contrato; en *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano 1954, III, I, t. I, p. 194.

dor de primer orden (139), lo que justifica, a su vez, el poder directivo y de organización que el empresario posee (140).

Parece demostrado, sin embargo, que el riesgo en el contrato de obra se atiende más a los efectos jurídicos (*Rechtsfolgen*) que a los elementos constitutivos (*Tatbestände*) del contrato. Es decir, que el contrato de ejecución de obra no es un *contrato aleatorio*, al menos en sentido técnico, por cuanto que el riesgo, entendido como posibilidad de ganancia o de pérdida, no es el objeto del contrato (142). El objeto está constituido por un resultado a cambio de un precio cierto (artículo 1.544 C. c.), con la particularidad de que, según doctrina del T. S., existe *precio cierto* no sólo cuando se fija previamente, sino cuando encargada una obra sin convenir de antemano su coste, *variable durante su ejecución*, por las exigencias de quien la encarga y la calidad de los materiales, resulta el precio conforme al valor de éstos, según facturas del contratista, y justificado todo por prueba pericial (sentencia 25-I-1909). No existe, por tanto, un *aleas* en sentido técnico-jurídico (como ocurre en el contrato de seguro) (143), sino, a lo más, en un sentido económico. En otras palabras, el riesgo no es la base del

(139) Así entre otros, RIVA SANSEVERINO, *Il contratto...* en *Trattato...* citado, p. 25; SANTORO-PASARELLI, *Nozioni...* cit., p. 70; BAYÓN-PÉREZ BORTIJA, *Manual...* cit., I, p. 22, los cuales afirman que en el contrato de obra "el riesgo económico, el riesgo de empresa, se desplaza, el empresario deja de serlo y se transforma en un simple contitente y el trabajador se convierte en su propio empresario". CASSI, *La retribuzione nel contratto di lavoro*, Milano 1954, página 66. BORRAJO, *Derecho del Trabajo*. Madrid 1960, p. 82. Y un notable antecedente en RÜNMELIN, *Diensvertrag und Werkvertrag*, Tubinga 1905, ps. 16 y ss. en especial.

(140) Así ARDAU, *Corso...* cit., p. 20; SANTORO-PASARELLI, op. cit., p. 70. BARASSI, *Elementi...* cit., p. 35, que se refiere especialmente al riesgo económico: que haya o no ganancia, ese es el riesgo.

Una vez más se aprecia la fecundidad de la teoría de la incorporación, pues si por dependencia se entiende *sometimiento a órdenes* y se justifica por la asunción de los riesgos por parte del empresario, ¿cómo se explica que en el contrato de obra —en el que se dice que asume los riesgos el contratista— pueda dar el comitente órdenes para la configuración del resultado? El hecho de que tales órdenes deban de circunscribirse a la consecución de la obra prevista nada nos dice, ya que tampoco en el contrato de trabajo se puede exigir trabajo distinto del acordado, de conformidad principalmente con la clasificación profesional (art. 64 LCT). Los trabajos extraordinarios, para remediar males urgentes, etc., o el *ius variandi* son la excepción, y la razón de que puedan pedirse aquéllos o ejercitarse éste, se encuentra precisamente en el *bien* de la empresa a la que el trabajador se ha incorporado.

(141) CORRADO, op. cit., p. 82.

(142) Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ, F., *La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevinida de la prestación del empresario*. Rev. Pol. Soc. número 56, pág. 80.

Nuestro Código civil define el contrato aleatorio en el artículo 1.790, con evidente falta de rigor, pues parece confundirlo con los contratos condicionales. Vid. CASTÁN, *Derecho...* cit., pág. 636.

(143) Para los seguros sociales, vid. BORRAJO, *Configuración jurídica de los riesgos sociales*. Rev. Ibér. de Seg. Soc., 1961, ns. 1 (en especial pág. 59) y 2.

contrato, sino, a lo sumo, una consecuencia del negocio, un *posteriorius* (144).

a) *Riesgos de ejecución y riesgos de explotación.*

En el proceso productivo laboral pueden darse, a nuestro juicio, dos tipos de riesgos: de ejecución y de explotación (145).

El *riesgo de ejecución* consiste en la posibilidad del advenimiento de ciertos sucesos que impidan o hagan más onerosa la prestación de los servicios o la ejecución de la obra. Tal riesgo puede afectar a la persona o a los materiales, y con los dos efectos de imposibilidad o mayor onerosidad, desde la estipulación del contrato hasta la entrega del resultado (en la ej. de obra) o mientras se prestan los servicios (en el c. de trabajo).

El *riesgo de explotación* incide más directamente sobre el aspecto económico del resultado o fruto de trabajo (que tanto se persigue en un contrato como en el otro, aunque con distinta valoración jurídica) (146) que pasa al patrimonio del comitente o del acreedor de trabajo. Realizada la cesión (si es originaria o no en el c. de ej. de obra, lo veremos más adelante), el trabajador o el contratista se desentiende de la utilidad económica de lo cedido, que sólo afecta al que lo recibe (147). Si los riesgos de explotación se comparten, el contrato será societario, no laboral, y el trabajo por cuenta propia (148).

b) *Asunción de los mismos en el contrato de trabajo y en el de ejecución de obra.*

De lo anterior ya podemos concluir que la distinción se refiere a la distinta incidencia de los riesgos de ejecución, ya que los de explotación ni los asume el trabajador ni tampoco el contratista (149).

(144) CORRADO, op. cit., pág. 78.

(145) La división de tales riesgos se ve muy clara en la legislación administrativa sobre obras públicas. Para conseguir una obra pública la Administración tiene tres posibilidades: *ejecución directa* (corre con los riesgos de ejecución y si luego la explota con los de explotación); *contrato de obras públicas* (no corre con los riesgos de ejecución) y *contrato-concesión* (no asume ninguno de los dos). Tales figuras pueden ser afectadas, sin embargo, por cláusulas de interesamiento (la *règìe interessè*), según ha demostrado la doctrina administrativa. Vid. MARTÍN RETORTILLO, *De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento*, Rev. Ad. Púb. número 36 y NIEVES BORREGO, *La gestión interesada en el Derecho Administrativo español*, id., número 26.

(146) ALONSO OLEA, *Introducción...* cit., pág. 111.

(147) Una editorial puede encargar la redacción de un libro, con su trabajo personal, a un científico, por el que y mediante su entrega se le abonará un determinado precio. Los riesgos de ejecución—si no se dispone otra cosa—pesan sobre el autor. Pero entregado el manuscrito a la editorial, es ajeno por completo a las ganancias o pérdidas que de la venta del libro provengan. Es ajeno, en suma, a los riesgos de explotación.

(148) Y en el caso de que una de las partes sólo aporte su trabajo, se constituirá como socio industrial, cuyos derechos y obligaciones vienen regulados en el C. c., artículos 1.683, 1.689 y 1.691. La participación en beneficios es un problema distinto que veremos más adelante.

(149) Con referencia al trabajador lo expresan BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, Ma-

Por otra parte, es importante consignar que sólo será útil la distinción cuando la refiramos a las variaciones de rendimiento útil dependientes de *causas no imputables* al trabajador, ya que en el supuesto de imputabilidad, el riesgo, traducido en hecho, pesará sobre el mismo (150). Con tales advertencias, podemos ya entrar en la consideración del asunto.

1. En el contrato de ejecución de obra

Trataremos de responder a dos preguntas: ¿Qué es lo que arriesga el contratista?, y ¿por qué asume los riesgos?

a') A la primera se puede contestar diciendo que el contratista arriesga, por una parte, que el resultado le cueste más de lo previsto (mayor onerosidad), que no pueda conseguirlo o que se le destruya, una vez conseguido, antes de su entrega y recepción; por otra, lo que

nual... cit., I, pág. 20, al decir que aquél "es extraño al riesgo y ventura del proceso económico; por ello el resultado económico de la relación laboral es jurídicamente un asunto ajeno a él" y de modo semejante ALONSO GARCÍA, *Derecho...* cit. I, p. 39 para el que "es, sobre todo, el riesgo económico favorable o adverso, el que se da en aquél por cuenta del cual se trabaja".

Pero interesa resaltar desde ahora que lo mismo puede predicarse del contratista (no participa de los riesgos de explotación) y aún nos atrevemos a decir que con un mayor rigor que en el caso del trabajador (ligado por contrato de trabajo). Este último no participa *directamente* de las pérdidas, pero sí que puede hacerlo *indirectamente*. Cuando ALONSO OLEA (*La empresa... cit.*, p. 106), afirma con acierto, que al inmovilizarse los costes de la empresa, nadie tiene un riesgo específico o, mejor aún, todos participan genéricamente de los riesgos, ya que en la medida en que el riesgo sigue subsistiendo "subsiste para la empresa como conjunto y para absolutamente todos los elementos personales que en la empresa están integrados" (riesgo de quiebra, por ejemplo), lo que nos dice es, que en *cierto modo* el trabajador participa de los riesgos de explotación, del resultado económico favorable o adverso de la empresa. Puede influir, por ejemplo, en la posibilidad de despido por crisis (D. 26-I-1944), o sin tanta gravedad en la participación en beneficios.

Tal participación indirecta radica, a nuestro juicio, precisamente en la *incorporación* del trabajador a la empresa, a cuya vida y marcha está, quírase o no, estrechamente vinculado el trabajador. Ello no ocurre, sin embargo, con el contratista, que no se incorpora, que no se une al comitente y por ende es ajeno por completo a los riesgos de explotación. Al entregar el resultado el contratista se desvincula del comitente (salvo el caso especial de la construcción de edificios); el trabajador, sin embargo, sigue *unido* a la empresa, por lo que es de interés para él la prosperidad de la misma: se trata de *su* empresa, en la cual trabaja. Y en la medida en que el contrato de trabajo vaya tomando elementos del contrato de sociedad, de modo inevitable participará el trabajador más intensamente de los riesgos de explotación de la *empresa*.

(150) Así por ejemplo la disminución continuada y voluntaria del rendimiento, causa justa de despido (art. 77, f. LCT), los daños causados a los locales, máquinas, etc. que deben indemnizarse (art. 63 LCT) y en el caso de un riesgo personal como es el accidente, el dolo o la voluntariedad del mismo exonerada de responsabilidad al empresario; vid. RODRÍGUEZ PIÑEIRO, *La conducta delictiva de la víctima en la calificación de accidente de trabajo*. RISS, 1961, 2, p. 519 y ss.

arriesga es su trabajo personal y, por ende, la remuneración del mismo, con exclusión de un lucro o beneficio especial. Veámoslos por separado.

— *la mayor onerosidad*

Puede ocurrir que durante la ejecución sobrevengan una serie de acontecimientos que sin imposibilitar la prestación hagan ésta particularmente onerosa. El objeto de la obligación puede alcanzarse, pero en condiciones más gravosas para el deudor, por causas que afecten directamente a la persona del contratista o bien a los materiales (151). La alteración de las circunstancias es subjetiva y relativa, porque ni la misma referencia al sujeto es en términos absolutos de imposibilidad, sino de dificultad y, por tanto, de relativa imposibilidad (152). El problema cardinal que la alteración de las circunstancias plantea es el de si en virtud de aquélla procede una revisión del contrato para equilibrar de nuevo las recíprocas prestaciones (153).

Respecto al contrato de ejecución de obra, el Código civil nada dice al respecto, salvo para un caso especial: el de construcción de edificios; convenida la construcción con arreglo a un plano, no puede el contratista o arquitecto pedir aumento de precio aunque se haya aumentado el de los jornales o materiales (art. 1.593 C. c.) (154). Pero salvo esta disposición específica, que nada autoriza a convertirla en genérica, el Código no se refiere a la mayor onerosidad sobrevenida en la ejecución.

En principio, y atendiendo a la noción de arrendamiento de obra que da el artículo 1.544, será preciso concluir que la obligación del contratista consiste en la realización y entrega de la obra por un pre-

(151) El C. c. sólo se refiere a los materiales defectuosos para el supuesto de destrucción, artículo 1590.

(152) BELTRÁN DE HEREDIA, *El cumplimiento de las obligaciones*. Madrid 1956, p. 308. Siguiendo a este autor, la configuración jurídica de la mayor onerosidad, requiere que las prestaciones se desarrollen en el tiempo, que el contrato sea oneroso, no aleatorio, y que sobrevenga efectivamente las circunstancias que hagan más gravosa la prestación. Aunque la ejecución de obra no sea de tracto sucesivo, el hecho de que la obra deba de ejecutarse requiere un elemento temporal indudable, con valor para este supuesto. Además, no puede olvidarse que la cláusula *rebus sic stantibus* aplicada en un principio sólo a los contratos de tracto sucesivo se amplió más tarde: *omnis pactum omnis promissio, rebus sic stantibus intelligenda est*. Un buen estudio histórico de BARMANN, J., *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contract consensuel*. Rev. inter. de droit comp., en marzo, 1961, ps. 18-53.

(153) Un examen de las distintas teorías en BELTRÁN, *El cumplimiento...* cit.

(154) El hecho de que pueda pedirse el aumento, por modificación del plano que exija aumento de las obras y *siempre con la autorización del empresario* (art. 1593, *in fine*), no es en realidad una genuina alteración de circunstancias, sino un pacto novatorio posterior del precio y de la obra.

Por otra parte, como veremos en el ap. II, el contrato de construcción de edificios, se configura en la realidad, casi sin excepción, como un contrato de empresa, no de obra.

cio y que, por tanto, el comitente es ajeno al mayor sacrificio que pueda constituir la consecución de aquélla.

Sin embargo, tal principio general sufre una notable restricción, a nuestro juicio, en tres supuestos. Tales son: que la ejecución suponga un sacrificio extraordinario para el contratista; cuando se precise la cooperación del comitente; y, por último, en el caso de fijación previa de un presupuesto de gastos, simplemente orientador.

En el primero de ellos, es opinión común que cuando la consecución de la obra, por la causa que sea (desde luego, no imputable al contratista), suponga para éste la puesta en juego de un sacrificio extraordinario, queda exento de responsabilidad. La dificultad extraordinaria —dice Castán— (155) se ha de considerar como imposibilidad liberatoria, de suerte que no pueda exigirse al deudor que venza esa dificultad (la llamada prestación exorbitante). En el mismo sentido Terraza (156), según el cual “si las contraprestaciones no son ya una relación equitativa de valor por sobrevenir un cambio en el estado de hecho anterior, es legítima la resolución del contrato”, y así un amplio sector doctrinal (157). Y aunque ello tropiece con el artículo 1.184 C. c., que exige para la exoneración en las obligaciones de hacer que la prestación sea legal o físicamente imposible, opinamos con Pérez González y Alguer, que el principio de buena fe (art. 1.258 C. c.), puede y debe de ser base suficiente para que tal artículo no se interprete en su rigor literal llevándolo a un extremo incompatible con un prudente espíritu de justicia (158). Si entendemos así el sacrificio extraordinario, puede constituir una de las causas por las que el contratista no pueda acabar la obra, dando lugar, si se le contrató por sus cualidades personales, a la rescisión del contrato y oportuna indemnización (artículo 1.595 C. c.) (159), aunque se trate de una imposibilidad subjetiva y relativa.

En los casos en que la alteración de las circunstancias no suponga un sacrificio extraordinario o prestación exorbitante, sólo con gran cautela se podría aplicar la cláusula “*rebus sic stantibus*”, por razones de seguridad jurídica, y en todo caso “la revisión contractual al amparo de esa cláusula sobreentendida con fundamento subjetivo en la voluntad de los contratantes, sólo debe tender a la modificación equita-

(155) *Derecho...* cit. III, p. 264.

(156) *Modificación y resolución de los contratos*. Barcelona, 1947, p. 45.

(157) Vid. FERNÁNDEZ CANTOS, *La resolución de los contratos por causa de incumplimiento*. Rev. gral. de Leg. y Jur., julio-agosto 1960 y bibliografía que cita en p. 198, n. 156.

(158) Así lo apoya el TS.: “es justa consecuencia de la buena fe, en sentido objetivo, el restablecimiento de la base contractual con reciprocidad real y equitativa de las obligaciones para el mejor cumplimiento de la finalidad legal, conforme a la causa motivadora del contrato, cuando median excepcionales circunstancias”, s. 23-XI-1962 (sala 1.*).

(159) Tal artículo (1595) puede constituir una base muy útil para una interpretación jurisprudencial menos rigorista del principio *pacta sunt servanda* en los contratos de obra; máxime cuando en el contrato de obra, como veremos, existe un trabajo *personal* del contratista.

tiva de los pactos del contrato, sin darle un alcance rescisorio o exoneratorio de las obligaciones" (160). La razón está en que *se puede cumplir*.

En el segundo supuesto, cuando para la ejecución de la obra se precisa la cooperación del comitente, como por ejemplo, suministro de material, poner el local de trabajo, dar ciertas medidas, etc., si aquélla no se da, estamos en presencia, por analogía, en un caso de mora, que exime de responsabilidades al contratista. En el Derecho alemán en tales casos de omisión debe dar el comitente la indemnización adecuada (161).

Y, por fin, es frecuente que antes de comenzar se confeccione por el contratista un presupuesto de gastos con arreglo al cual se ejecutará el resultado. Tal presupuesto, al que se ha llamado "base subjetiva del negocio" (162), sirve en la generalidad de los casos como una orientación para el comitente de la cuantía aproximada de los gastos, fijándose definitivamente el precio con arreglo a los gastos efectivos, número de horas empleadas, etc. En tales casos existe también *precio cierto* (s. 25-I-1909), quedando los riesgos notablemente disminuidos.

— *imposibilidad o destrucción de la obra*

La doctrina civil distingue una imposibilidad objetiva—que afecta a la entidad intrínseca del contenido de la obligación—y una imposibilidad subjetiva—cuyo fundamento reside en las relaciones simplemente personales del deudor o de éste con la cosa—.

En nuestro Código, salvo la referencia a la imposibilidad del 1.595, sólo se atiende a la destrucción de la obra antes de ser entregada.

Cuando el contratista se obliga a poner el material debe sufrir la pérdida en el caso de destruirse la obra antes de ser entregada, salvo que hubiese existido morosidad en recibirla (art. 1.589). Nada dice este artículo de la aprobación por el comitente (163), de la obra que se le entrega, por lo que hay que entender que los riesgos de la destrucción pasan al comitente una vez hecha la entrega, salvo en el caso de construcción de edificios, en el que responden el arquitecto o contratista durante diez años desde que se terminó el edificio (164).

(160) Aunque para un supuesto diferente sienta esta doctrina el TS. en s. 23-XI-1962 (sala 1.ª). Vid. además, ss. 17-V-1957, 21-X-1958, 6-VI-59, 31-III-1960 (todas de la sala 1.ª).

(161) LARENZ, op. cit., p. 324.

(162) LARENZ, op. cit., p. 323.

(163) La cual, en todo caso, ha de ser como conviene a un hombre honorable, "*Si in lege locationibus comprehensum sit, ut arbitratur domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit*" (D. 19, 2, 24) Vid. TRAVIESAS, M., *El contrato de arrendamiento*, Rev. De. Priv. 1919, p. 45.

Nuestro C. c. parece subordinar la producción de efectos de la aprobación, a la estipulación expresa de tal extremo en el contrato (art. 1.598).

(164) Art. 1591 C. c. La bifurcación de la responsabilidad entre el arquitecto y el contratista responde a la diversa función de uno y de otro: técnica

Queda claro, por tanto, que la destrucción de la obra, sin culpa del deudor, extingue la obligación (art. 1.182 C. c.) sin ningún derecho para las partes y una mayor carga para el contratista. En el caso de que intervenga dolo, culpa o negligencia, nos parece que no sólo deberá el contratista sufrir la pérdida del material, sino que cabe que deba una indemnización de daños y perjuicios al comitente (arts. 1.101 y concordantes del C. c.), ya que éste tiene un derecho a la obra que no puede desconocerse (art. 1.546 C. c.) (165).

Es importante añadir, sin embargo, que la admisión del contrato de obra con aportación de materiales (no sólo de *útiles* de trabajo) por el contratista es un tanto cuestionada en la doctrina, que discute si es un contrato de obra, una compraventa o un contrato mixto de locación y venta. Suele distinguirse según que la cosa a entregar sea fungible o no lo sea. En el primer caso se tratará de un contrato de compraventa porque la obligación de *hacer la cosa personalmente* es menos importante que su entrega y transmisión. Será una compraventa "con la particularidad de que ordinariamente el vendedor es al mismo tiempo fabricante de la cosa" (166). Si se trata de algo no fungible (traje a medida, mueble especial, etc) será un contrato de obra *impropio* (c. de obra nueva o *Werklieferungsvertrag*), pues "el comitente se interesa esencialmente por la actividad del contratista para la ejecución del trabajo que pretende y *después* por la adquisición de la obra" (167). Aún en este último caso, nos parece que se tratará de un contrato de empresa y no de obra, sin posibilidades de encaje en el Derecho del Trabajo, por razón del lucro especial perseguido por el contratista, como luego veremos (168).

Si el contratista "se obliga a poner sólo su trabajo o industria no puede reclamar ningún estipendio si se destruye la obra antes de haber sido entregada", salvo el caso de *mora accipiendi* o de que la destrucción provenga de la mala calidad de los materiales, siempre que se haya advertido esta circunstancia al dueño (art 1.590 C. c.).

y directiva la del primero y ejecutiva y económica la del segundo. Sin embargo, no parece existir una presunción de culpa, sino que la prueba de la misma corresponde al dueño. Vid. MANRESA, op. cit., p. 921. Para la responsabilidad frente a terceros vid., art. 1.909 C. c.

(165) En el Derecho romano, afirma GARCÍA ENTERRÍA, la *vis maior* que destruya la obra desplaza la responsabilidad al *locator*, el cual debía pagar la remuneración si la obra destruida antes de la entrega estaba acabada de tal suerte que hubiese tenido que aceptarla. Y la remuneración sería parcial cuando le destrucción fuese parcial. En *Riesgo y ventura en el contrato administrativo*, Rev. Ad. Púb., n. 2, p. 94.

(166) LARENZ, op. cit., p. 328. ENNECERUS, *Tratado*. II, 2.º, p. 298 y ss.

(167) LARENZ, op. cit., p. 329.

(168) Vid. ALONSO OLEA, *Pactos colectivos...* cit., p. 150.

Distinto es a nuestro juicio lo dispuesto en el artículo 5.º LCT, según el cual "se consideran empresarios... los contratistas, subcontratistas, destajistas que encarguen trabajo a domicilio, pagando a tarea o a destajo, *dando o no los materiales y útiles de trabajo*" Creemos que se está pensando en la posibilidad de que el trabajador ponga los materiales y (no emplea la disyuntiva) útiles, pero no la materia prima sobre la cual desarrollará su actividad.

El hecho de que los materiales sean propiedad del comitente, hace que el contratista sólo arriesgue su trabajo, el valor del mismo, sin que deba ninguna indemnización por la destrucción, salvo que a él sea imputable.

— *trabajo personal y ausencia de lucro especial*

El Tribunal Supremo, con buen criterio, hace un llamamiento al lucro especial para deslindar las figuras del contratista-empresario y del contratista-trabajador. Así dice que “el demandante no tiene el carácter de obrero, pues si bien él trabajaba, lo hacía por su cuenta y riesgo, obteniendo una *ganancia independiente* del trabajo manual (s. 10-XII-1929), ya que “la típica distinción entre trabajador en sus distintas modalidades y empresario o contratista se advierte en la idea de *lucro* obtenido por sí mismo o con el esfuerzo de otros; es decir, que el primero no pretende más que salario, y el segundo pretende, además del suyo si él trabajó, *otro especial y aparte* (s. 2-X-1951). Criterio repetidamente usado en numerosas sentencias (169).

Alonso Olea (170), de modo rotundo afirma que “para que el contrato de ejecución de obra siga subsistiendo como contrato de trabajo y no pase a ser un contrato de empresa es absolutamente preciso que lo que el contratista arriesgue sea exclusivamente su remuneración”.

Aun adhiriéndonos a tal criterio, vemos la dificultad de saber cuándo se busca o no un lucro especial distinto del salario. No parece apto acudir a un criterio cuantitativo, por su enorme variabilidad. Por ello pueden ser muy útiles unos índices distintos. Concretamente, el hecho de que el contratista trabaje *personalmente*, siendo su trabajo lo único que arriesgue. Si arriesga los materiales (en el sentido de materia prima), un capital previo, el trabajo de otros a su servicio, etc., entonces se tratará de un contrato de empresa, no de obra (encajando aquí el artículo 1.589 C. c.). De todo ello se deduce que el verdadero contrato de obra “es el celebrado entre el comitente y el realizador directo del trabajo” (171), que no busque o arriesgue un beneficio especial.

(169) “trabajo... del que obtenía un lucro que lo constituyó en patrono de sí mismo”, s. 17-XI-1944. “Resalta el propósito de lograr particular lucro distinto y excedente del posible personal, y por ello le convierte en empresario a quien así procedió”, s. 21-XI-1941 y con idéntica doctrina en ss. 7-V-1918, 11-II-1926, 31-XI-1941, 27-V-1949, 29-I-1953, 4-II-1960, etc.

(170) *Pactos...* cit., p. 150. ...

(171) BAYÓN-PÉREZ BOTIJA, *Manual...* cit. II, p. 647, distinguen una serie de supuestos, atendiendo al contratista, afirmando que cuando el contratista trabaja personalmente solo o ayudado por otros a la parte, no puede ser indiferente al Derecho del trabajo, por ser un hombre que vive de su trabajo. Late en tal postura la idea de *profesionalidad*, para la delimitación del Derecho del Trabajo. Vid. BAYÓN, *El contrato de intercambio...* cit. NAPOLE-TANO, *Il lavoro...* cit., p. 102. DE LA CUEVA, *Derecho mexicano del Trabajo*. México 1949, p. 407. DEVEALI, *Lineamientos del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires 1956, p. 223. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*. Padova 1948, p. 77 y ss. Para LEGA la nota común del trabajo autónomo con el trabajo subordinado consiste en que ambos “se caracterizan por la obligación

Que el trabajo sea personal no significa que sea único, pues cabe un contrato de obra con un grupo de trabajadores, siempre que entre los mismos no exista uno que se constituya en empresario de los demás aunque sí puede existir un jefe de grupo (172), trabajador como los demás.

Por otra parte, la prestación, como afirma Alonso García (173), evita la confusión con aquellos supuestos de ejecuciones de obra en los que actúa un intermediario que, a su vez, contrata con un tercero o terceros al verdadero prestador del trabajo. Tal intermediario, en sus múltiples formas, no es un trabajador, aparte de la normal configuración delictiva de su actuación (174).

Nos queda, por último, resolver la segunda pregunta que hicimos: ¿Por qué responde el contratista de los riesgos, que hemos visto, cuando no son los hechos imputables a él?

El asunto es delicado por su entronque con la misma esencia del contrato de ejecución de obra.

En principio, una limitada tradición jurídica, que viene ya desde las Partidas (175), fundamenta la responsabilidad del contratista en una presunción de culpa por su parte. Pero ello puede constituir un fundamento material poco convincente.

Más riguroso parece opinar que la asunción de los riesgos por parte del contratista reposa en el hecho de que su compromiso obligatorio se contrae a un resultado concreto y completo, en virtud del cual, y no por el trabajo o tiempo empleados, el comitente entrega la remuneración. Por tanto, mientras el resultado esté en manos del contratista —salvo *mora accipiendi*— no se puede decir que ha *cumplido*,

de prestar una actividad personal de trabajo, profesionalmente por cuenta de un tercero, no a título especulativo, sino de sustentamiento”, en *Il contratto...* cit., p. 439.

(172) Muy expresivo al respecto era el artículo 3.º, ap. 3, del Rgto. de Accidentes de Trabajo, de 31-I-1933, que consideraba como trabajadores a “los contratistas de un trabajo por parejas o grupos, bien contraten su salario y el de sus compañeros y auxiliares, bien el contrato se haga a su solo nombre, por una cantidad alzada o a destajo, siempre que el contratante no obtenga por ella un *lucro especial distinto del salario* o parte que en la cantidad alzada o en el destajo le corresponda como obrero”.

Sobre la cuestión nos remitimos a ALONSO OLEA, *Pactos...* cit., y al minucioso estudio de RODRÍGUEZ-PIÑERO, *El auxiliar asociado*. Sevilla 1960.

(173) *Derecho...* cit., p. 53 y de modo más amplio en su estudio, *Contrato...* cit.

(174) Vid. ALONSO OLEA, *Pactos...* cit., p. 152 y ss. Asimismo, s. de 7-IV-1960 (Sala 1.ª). La reacción legislativa contra tales actividades de tráfico de mano de obra, se manifiesta en el D. L. de 15-II-1952 (sobre cesión de mano de obra), y en Italia recientemente por L., de 23-X-1960, que prohíbe los intermediarios en las prestaciones de trabajo. (Vid. Serie Legislativa, OIT, Ginebra, mar-abr. 1962).

(175) “... e si por ventura la labor que fuese fecha de nuevo se derribase o se moviese antes que acabase o quince años después que fuese fecha sospecharon los sabios antiguos que por mengua, culpa o falsedad de aquellos que eran puestos para hacerlas aconteciera aquel fallecimiento”, Ley 21. Tít. XXXIII, Part. 3.ª

y por ello los sucesos desfavorables a la obra pesan sobre él. Sólo cuando *cede* el resultado al comitente queda libre de los riesgos. Se trata, sencillamente, de la aplicación de la regla *res perit domino*.

Tal parece ser la construcción de Alonso Olea, para el cual “mientras en el contrato de trabajo los resultados del esfuerzo del trabajador pasan originaria y automáticamente a ser propiedad del empresario, que en esto consiste la ajenidad del trabajo, en la ejecución de obra hay una *asunción inicial de titularidad* por parte del ejecutor seguida de una cesión al que ha hecho el encargo” (176). Esta teoría constituye una notable aportación a la difícil tarea de separar el contrato de trabajo y el de la ejecución de obra, apoyándose su autor en la diferencia *causal* de ambos contratos: en un caso, *trabajo*, y en el otro, *resultado*.

Aun admitiendo la coherencia de tal opinión no podemos aceptarla sin algunas observaciones. La semejanza con la compraventa a que Alonso Olea se refiere nos parece predicable del contrato de empresa más que del de ejecución de obra, en cuanto que aquél más que éste es un “procedimiento de lanzar al mercado frutos completos y complejos del trabajo por cuenta ajena” (177). Y es que, en realidad, la obligación del contratista-empresario termina configurándose como una obligación *in dando*; se compromete a *dar* un resultado que *otros* —*trabajadores suyos—harán*. La intervención de terceros hace que el resultado conseguido sea *inicialmente* del contratista, y *posteriormente*, del comitente.

En la genuina ejecución de obra —trabajo personal con ausencia de lucro— existe una relación *directa* entre el ejecutor y el comitente. Aquél trabaja para éste o, si se quiere, busca un resultado que se integrará en el patrimonio del segundo. No creemos que el resultado, ya sea parcial o completo, sea en ningún momento propiedad del contratista; y no es propiedad porque no tiene el “derecho de gozar y *disponer* de la cosa” (art. 348 C. c.). Desde el nacimiento del contrato, el comitente tiene *un derecho a la obra* (art. 1.546 C. c.), un *ius exigendi*, que no puede vulnerarse sin la oportuna indemnización. Y tal derecho existe no desde que la obra se completa, sino *ab initio*, es decir, desde el momento en que el contratista se compromete a hacer aquella obra.

En la ejecución de obra no existe, como en la compraventa, un desinterés de las partes por el proceso productivo de la cosa que se adquiere, pues precisamente se contrata con el ejecutor la consecución de tal o cual cosa, que luego la entrega, sí, pero entrega *algo que él personalmente ha hecho*, porque así se lo encargó el comitente (178).

(176) *Introducción... cit.*, p. 112 y también en p. 48.

(177) ALONSO OLEA, *Introducción... cit.*, p. 112, aunque se refiere genéricamente a la ejecución de obra.

(178) No sin razón emplea el C. c., verbos distintos al tratar ambos institutos jurídicos. Así en el artículo 1.445 (compraventa) utiliza el de *entregar*, mientras en el 1.544 (c. de obra) utiliza el de *ejecutar*. Como dice HEDEMANN, *op. cit.*, p. 415, “la compraventa da lugar a una *transmisión* de bienes, mientras que el contrato de obra se concibe como una forma de ayuda o asistencia para la *elaboración o producción* de bienes”.

Se trata de una obligación *in faciendo*, y si adquiere una relevancia especial *el momento de dar* el resultado conseguido, ello se debe, a nuestro juicio, a que el contratista *está fuera de la empresa o círculo vital del acreedor de trabajo*, resaltando por tal motivo el momento de contacto por el que se realiza la entrega (179).

Así se resuelve la aparente contradicción que existe entre los artículos 1.589, 1.590 y el 1.595 del C. c. Los dos primeros son una aplicación estricta del principio *res perit domino*: cada uno pierde lo que pone, el trabajo o el material (180). Sin embargo, en el supuesto del 1.595, si no se puede terminar la obra o muere el contratista (181), se instaura una rotunda excepción a la regla según la cual si no hay resultado no hay precio. ¿Por qué razón, en el caso de contratación por cualidades personales, debe de abonarse el valor de lo ejecutado sin que se haya conseguido aún la obra? ¿Cómo se justifica, si el resultado —aun parcial— está en el patrimonio del contratista, que repercuta su no consecución en el del comitente? A nuestro juicio, la respuesta está en que cuando se contrata atendiendo primordialmente a las cualidades personales del contratista, en realidad se valora más el trabajo que el resultado; o dicho de otro modo, interesa el resultado *no en sí mismo*, sino en lo que tiene de *expresión del trabajo de tal persona*. Existe una implicación de la persona que de algún modo indefinible se vincula más estrechamente al comitente. Hay un declive del resultado frente a un robustecimiento de la actividad.

Podemos concluir, por tanto, que la asunción de los riesgos por parte del contratista está en íntima conexión con su obligación de entregar un resultado, el cual condiciona el pago del precio (art. 1.599 Código civil). Las observaciones anteriores no tienen otro objeto que resaltar adecuadamente lo que el contrato de ejecución de obra tiene de prestación personal de trabajo, de obligación de hacer, con todas las consecuencias que de ello se derivan, especialmente las señaladas en el artículo 1.595 C. c. Y aunque nuestras reflexiones sean un tanto de *lege ferenda*, ello se debe a que aunque “la teoría de los riesgos en el contrato privado de obra cuenta a su favor, sin duda, con una innegable coherencia lógica-dogmática, acaso no pueda decirse que llegue

Lo que ocurre es que una vez ejecutada debe de *entregarlo* a quien la encargó existiendo tal deber, precisamente porque la obra no es *suya*, es para el comitente, siempre claro está que éste cumpla su contraprestación, pues si no la cumple, el contratista puede (si la ejecución se ha hecho en cosa mueble) retenerla en *prenda* hasta que se le pague (art. 1.600 C. c.).

(179) En realidad el trabajo a domicilio se resuelve, en la mayoría de los casos, en auténticos contratos de ejecución de obra.

(180) Cuando *sólo* se pone el trabajo (caso normal del c. de obra), en el supuesto de destrucción el contratista *no pierde la obra*, sino el trabajo que ha incorporado a la misma, del cual es únicamente titular, perdiendo por el contrario el comitente aquello que es o era suyo: el material.

(181) Si la obra encargada en razón de cualidades personales se termina y destruye antes de ser entregada, parece que deben aplicarse los artículos 1.589 ó 1.590, según proceda, pues el 1.595 sólo se refiere al supuesto de que el resultado no pueda alcanzarse (por muerte del contratista u otras causas independientes de su voluntad).

siempre a consecuencias justas; y es obvio que entre la deducción lógica y la exigencia de la justicia, si el conflicto llega efectivamente a plantearse, el Derecho —que no es un artificio dialéctico, sino una disciplina social— deberá inclinarse a favor del segundo término” (182).

Por último, parece evidente que en la medida en que los riesgos se compartan (así el repetido art. 1.595) (183) se efectúa de modo insensible una trasposición del resultado a la actividad, a la mayor valoración del trabajo, con el consiguiente interés del contrato de ejecución de obra para el Derecho del Trabajo, para el cual la división fundamental no sería tanto la de arrendamiento de servicios (c. de trabajo) y ejecución de obra en razón del resultado o de la actividad, sino más bien la de *trabajo desarrollado dentro de la empresa y trabajo fuera de ella*, sin que exista en tales formas una valoración única y separada de la actividad o del resultado (184).

2. En el arrendamiento de servicios

Poco hay que decir al respecto. No es el trabajador el que asume los riesgos, sino que estos se traspasan al acreedor de trabajo. Este responde del posible riesgo de que no se llegue al resultado que él ha previsto (riesgos de ejecución) (185) y, además, de la posibilidad de ganancia o pérdida que aquél pueda reportarle (riesgos de explotación). La razón está en que ha contratado al trabajador para que le preste sus energías. Por tanto, *si las presta adecuadamente* y no producen lo previsto, el trabajador es ajeno a tal riesgo, no es responsable (186).

Ello se ve claro en el destajo, pues según el artículo 40 LTC, cuando no da el rendimiento debido por causas imputables al empresario, el trabajador tiene derecho al salario total previsto o al mínimo (187). El hecho de que, fuera de tal caso, la retribución veríe según sea el resultado obtenido, no significa *exactamente* que se retribuya éste y no el trabajo, pues frente *al contrato de ejecución de obra, en el que el resultado condiciona el precio, en el destajo los resultados miden la retribución*.

Ahora bien, por ser el trabajo lo que el trabajador aporta es por

(182) GARCÍA ENTERRÍA, *Riesgo...* cit., p. 93, el cual demuestra —frente a opinión muy difundida— cómo el contrato de obras públicas es menos riguroso, en cuanto a la asunción de los riesgos, que el privado de obras.

(183) En el Cód. civile italiano se ordena “que si la ejecución de la obra resulta imposible por causa no imputable a alguna de las partes, el prestador de obra tiene derecho a una compensación por el trabajo prestado en relación con la utilidad de la parte de la obra cumplida”, artículo 2.228.

(184) Vid. LEGA, *Il contratto...* cit., p. 439.

(185) No hay en la vigente LCT de 1944, un precepto tan claro, respecto a la titularidad de los resultados, como el artículo 23 de la LCT, de 1931.

(186) Por ello a falta de rendimiento —causa justa de despido— es precisamente la *voluntaria* y continuada (art. 77 LCT).

(187) Y en el caso de interrumpirse el destajo antes de su terminación el trabajador tiene derecho al salario correspondiente al trabajo u obra realizados (art. 41 LCT).

lo que se explica que los riesgos que sobre aquél pesan repercutan en el trabajador mismo, con independencia de la voluntariedad. Nos referimos a la ineptitud —justa causa de despido—, la cual se refiere al trabajo y no ya al resultado (como lo hace la falta de rendimiento). Esa ineptitud del trabajador vale tanto como “habilidad deficiente para realizar el compromiso de trabajo que se ofreció, para cumplirlo según las circunstancias de lugar y tiempo que el momento exija” (188). Tal ineptitud, que puede sobrevenir, es un riesgo que afecta al trabajador, por ser justo título para la extinción del contrato, mediante el despido sin derecho a indemnización (189).

II. CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA Y CONTRATO DE EMPRESA

Todas las consideraciones anteriores nos eximen de tratar el asunto largamente. Baste señalar los caracteres del contrato de empresa para que, por acotamiento, emerja más nítida la figura del contrato de ejecución de obra.

En el contrato de empresa, como en el de obra, se persigue un resultado. Pero aquí acaban las semejanzas.

En el contrato de empresa, aunque no existe un riesgo de explotación en el sentido que vimos, ya que entrega el resultado al comitente, se da un *riesgo de ejecución cualificado*. Ello proviene del hecho de utilizar terceras personas respecto de las cuales se constituye en empresario, surgiendo así un contrato de trabajo entre éste y aquéllas.

Por otro lado, si se pone el material (útiles y materia prima) para elaborar el resultado, o un capital previo, realmente los riesgos afectan a su patrimonio de modo más intenso que al simple contratista que sólo pone su trabajo. En definitiva, la obligación del contratista-empresario tiene más de *dar* que de *hacer*, y lo que arriesga no es tanto su remuneración, supuesto que él trabaje, sino un beneficio especial que procede de la organización de bienes y de personas que tiene a su servicio. Por ello parece exacto denominarle *contrato de empresa* (190). Se encarga una obra no a una persona aislada, sino a una persona que tiene una empresa (en sentido amplio).

Sólo del contrato de obra puede predicarse el carácter laboral y del contratista su condición de trabajador, ya que el vínculo que nace entre el contratista-empresario y el comitente tiene un claro carácter civil (191).

(188) S. 21-XII-1943. Además el TS. afirma que no es preciso que la ineptitud sea absoluta (es difícil que así ocurra) para que pueda despedirse justamente.

(189) Vid. ss. 2-X-1940, 9-III-1943, 7-VIII-1945, etc.

(190) Vid. NART, *Contrato de obra y de empresa*. Rev. Der. Priv., 1951.

(191) Un supuesto curioso de admisión del contrato de empresa en el ámbito laboral es el de los toreros. El TS. ha declarado que los toreros (en virtud de la Reglamentación de 17-VI-1943) están ligados con la empresa taurina por un contrato de trabajo por pactarse “voluntariamente entre la empresa y los matadores la celebración del espectáculo en el que éstos

III. LA ADMISIÓN DEL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Después de perfilar la figura del contrato de ejecución de obra, parece evidente que se trata de una realidad social que reúne todos los caracteres para que sea regulada por el Derecho del Trabajo.

Fundamentalmente, porque el contratista (en el c. de obra) se compromete a la consecución de un resultado para un tercero, mediante su trabajo libre y personal y sin perseguir un lucro especial, sino simplemente una remuneración.

Los elementos que en tal contrato resaltan de un modo especial, son, por un lado, el resultado, y por otro, el hecho de conseguirlo fuera de la esfera del comitente, fuera de la empresa o de su círculo de vida; es decir, con la autonomía que antes vimos. Es por ello por lo que puede hablarse de un *contrato especial de trabajo* frente al general o típico regulado en la Ley de Contrato de Trabajo, que se configura como arrendamiento de servicios.

Como afirman Bayón y Pérez Botija, "junto al contrato de trabajo estricto, cabrá considerar otros tipos posibles de contratos de trabajo" (192). Asimismo, Alonso García opina que el Derecho del Trabajo no puede rechazar de plano el llamado trabajo de ejecución de obra, "que además de ser por cuenta ajena, por prestarse personalmente, cuenta con el proceso total de su desenvolvimiento y hasta la consecución del resultado último, con un conjunto de relaciones que, objetivamente, en nada se diferencian de las auténticas prestaciones de servicios" (193).

Y en un intento más avanzado, algunos civilistas —de modo un tanto futurista e incierto— pretenden unificar toda clase de contratos que tengan por objeto un trabajo, frente a los que lo tienen en una cosa o en un derecho (194).

se comprometen a tomar parte en lugar, fecha y hora determinadas, mediante una retribución fijada de antemano y bajo la dependencia también de la empresa respecto al número y clase de reses que hayan de lidiar", s. 25-VI-47. En idéntico sentido la s. 9-VI-1947. Pero a continuación se señala que ello no obsta para que a su vez sean los toreros "patronos del resto del personal que forma la cuadrilla", s. 15-III-1962. Vid. nuestro artículo: *Notas sobre la prestación de trabajo del torero y su cuadrilla*, en Rev. Pcl. Soc. (en prensa).

(192) *Manual...* cit. I, p. 30.

(193) *Derecho...* cit. I, p. 53. De un modo claro LEGA, *La libera...*, p. 39 para el que el punto central, tanto se trate del arrendamiento de servicios como de la ejecución de obra "es la actividad laboral humana" como fuente de sustentamiento y no de especulación. Vid., asimismo, ALONSO OLEA, *Pactos...* cit., p. 150.

(194) Así PLANIOL, *Traité...* cit. II, n. 1.352. STOLFI, *Diritto...* cit., p. 5 y ss. Tales construcciones nos parecen un tanto peligrosas y estamos de acuerdo con RIVERO de que *frente a las grandes síntesis parece que la investigación científica de nuestro Derecho debe de optar por el análisis en Le regime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*. Archives de Philos, du Droit, Nouvelle Serie, 1952, p. 166. Tal postura metódica ha presidido la redacción de este artículo nuestro y creemos que puede ser muy fecunda para toda la investigación laboral, por sus intensas raíces sociales.

En nuestro Derecho positivo, en el artículo 1.º LCT se admite como contrato de trabajo a la ejecución de obra que se haga bajo la dependencia de uno o varios patronos o empresarios, mediante una remuneración.

La inclusión de la "ejecución de obra" no fué fruto del azar o precipitación del legislador. Como hace notar Alonso Olea (195), en el primer Proyecto de Bases de la Ley de Contrato de trabajo de 1904, el contrato del mismo nombre tenía por objeto la *prestación retribuida de servicios*, sin incluir el contrato de obra. Con cierta indecisión y confusión, los Proyectos de La Cierva (1908) y el de Burgos (1919) no admiten el contrato de ejecución de obra como contrato de trabajo, hasta que la cuestión se resuelve definitivamente, en el Código de Trabajo y subsiguientes leyes de 1931 y la vigente de 1944, en el sentido que hemos indicado.

Aparte de los artículos 1.º y 2.º, los más importantes, en la LCT, con cierto descuido y bastante imprecisión, se habla en sucesivos artículos de "obra ejecutada". Así, en el artículo 6, al definir el obrero a domicilio; en los artículos 27 y 28, respecto a la duración del contrato. En el 47 se dice que si el trabajador no pudiera prestar sus servicios o *producir sus obras...* Respecto al artículo 56, ha dicho Pérez Botija que no es muy feliz su estilo. Efectivamente, ya que en él se incluye como contrato de trabajo el trabajo por unidad de obra, por tarea o *por precio alzado*. Por último, y baste la enumeración, se hace referencia a "obra" en los artículos 23, 24 (contrato de obras públicas, distinto del contrato de obra laboral, pues se trata de un contrato de empresa regulado por el Derecho administrativo, en cuanto a las relaciones del contratista y la Administración), 73, 75, 76 y 118, 2.º, a) (196 bis).

En la Ley de Accidentes de Trabajo de 22-VI-1956 se define al trabajador con criterio más amplio, como "toda persona que ejecute un trabajo por cuenta ajena fuera de su domicilio" (art. 3.º). Y en el Reglamento de la misma fecha, con cierta ligereza, se nos da una definición distinta: "se entiende por trabajador toda persona que ejecuta *habitualmente una obra o un servicio* por cuenta ajena fuera de sus domicilio" (art. 9). En este artículo se introduce la habitualidad y se traduce el trabajo, del artículo 3 de la Ley, por obra o servicio (196).

(195) Pactos... cit., p. 70 y ss.

(196) BAYÓN, *La nueva legislación de accidentes de trabajo*, RDT, número 15, p. 52, opina que se trata de una imprecisión debiendo de entenderse por *obra*, el trabajo administrativo, de dirección, etc. Nosotros entendemos que hay que interpretarlo o como admisión pura y simple de la ejecución de obra, o bien como admisión del arrendamiento de servicios para *obra o servicio determinado* (art. 27, LCT). La interpretación jurisprudencial parece inclinar la balanza por la segunda opinión.

(196 bis) Las referencias que la LCT hace a la "obra" no hay que entenderlas, sin embargo, como al "contrato de ejecución de obra", sino que en la

Pues bien, la jurisprudencia, de modo reiteradísimo, excluye el contrato de ejecución de obra del ámbito de la LCT. Puede citarse las sentencias de 29-I-1940, 2-XII-1957, 13-III-1952, 31-III-1953, etcétera, etc. Y en materia de accidentes su criterio es aún más rigorista: sentencias 8-VI-1949, 31-V-1951, 27-V-1950, etc.

En este punto no podemos menos de disentir del camino seguido por el Tribunal Supremo, que ha procedido con un criterio excesivamente conservador. Hay un dato fundamental, y es que el artículo 1 de la LCT admite como contrato de trabajo la ejecución de obra. El hecho de que luego no se regule a lo largo de la Ley (que sólo se atiene al arrendamiento de servicios), no nos parece un obstáculo insuperable para admitir al contratista como trabajador, lo mismo que no lo fué para el mismo Tribunal el admitir la enfermedad profesional o el accidente "*in itinere*" (lo cual es loable) como accidentes de trabajo, cuando aún no estaba regulada la primera por una Ley específica y el segundo sólo con una interpretación amplia podía ser encajado en el concepto de accidente. Y qué duda cabe que tanto la enfermedad como el accidente *in itinere* son *accidentes de trabajo especiales* (199 bis).

Por tanto, cabe concluir que el contratista que trabaje personalmente mediante *remuneración* (197) es un trabajador por cuenta ajena (198) y el contrato que le liga con el comitente un *contrato de trabajo especial*, al cual es aplicable, en lo posible, la LCT, y en lo que en ella no esté previsto (que es lo más), el Código civil, según ordena el artículo 16 de este cuerpo legal, aunque sería deseable una regulación específica del contrato de ejecución de obra que tuviera en cuenta sus peculiaridades (199).

Como acertadamente ha dicho el profesor Bayón —y con ello terminamos—, "la ampliación de los supuestos personales de obligación que reciben la calificación de trabajo, se realiza en lo jurídico con una

mayoría de los casos utiliza la palabra a efectos retributivos o de duración, no así en el art. 1.º vid. BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual...* cit. I, pág. 278.

(197) La dependencia como sometimiento a órdenes vimos que puede darse tanto en el c. de trabajo como en el de ejecución de obra. Y el prestar el trabajo incorporado o no a la empresa sirve para regular el c. de ejecución de obra de un modo especial, no para excluirlo del Ordenamiento laboral (que por otra parte está incluido aunque no regulado). Por tanto, el buen criterio es el de la remuneración. Vid. la interesante s. de 13-V-1950.

(198) No es autónomo porque no vende directamente al público los productos (art. 115 LCT) y es por cuenta ajena en cuanto realiza la obra "por encargo de otra persona, sin más beneficio para el que lo realiza que el sueldo o remuneración que por él recibe", artículo 3 de la L. de Descanso Dominical de 1940 (Incidentalmente, hay que alabar la precisión jurídica de tal definición del trabajo por cuenta ajena).

(199) Aunque es un problema marginal, para los indudables problemas que ofrece la inclusión de los contratistas en la Seguridad Social, podrían utilizarse las fórmulas que brindan las Mutualidades de trabajadores autónomos o la Mutualidad de Previsión Social Agraria.

(199 bis) En prensa este artículo se ha publicado la Ley de Bases de la Seguridad Social (28-XII-1963) que cambia profundamente toda la legislación sobre la materia, estando pendiente de promulgarse el texto articulado.

parsimonia que produce una desarmonía entre las realidades sociales y su regulación por el Derecho (exclusión del servicio doméstico, de los cargos directivos, de los contratos de ejecución de obra, etc.). De esta forma, el momento jurídico actual nos ofrece un "contrato de trabajo" que no es sino uno de los tipos posibles, el más frecuente, pero sólo uno, de los "contratos de trabajo" que la realidad nos muestra como vigentes cada día y por timidez legislativa no comprendidos dentro del ámbito laboral" (200).

(200) *El contrato de intercambio...* cit., pág. 19. Timidez legislativa en el caso del servicio doméstico o de los cargos directivos (arts. 2 y 7 LCT) pero timidez jurisprudencial en el supuesto del contrato de ejecución de obra admitido en la LCT, aunque regulado en el Código civil, como antes de promulgarse disposiciones específicas lo estaba también en éste el arrendamiento de servicios, hoy contrato de trabajo.

Sobre la especialidad de los diversos *contratos* de trabajo, vid. DE LA VILLA, L., *Contratos especiales de trabajo. Particularidades extintivas*, en Rev. Fac. Der. Madrid 1959, número 6, págs. 349 y ss."

El artículo 51 del Código civil.-Sus relaciones con el 69

Mariano Fernández Martín-Granizo
Fiscal

SUMARIO: I. *¿Existe antinomia entre los artículos 51 y 69 del Código civil?*
1. El artículo 51 desde el punto de vista de la Dogmática jurídica: a) Posición de la doctrina científica patria. b) Posición de la jurisprudencia. c) Nuestra opinión. 2. El artículo 51 desde el punto de vista de la Política o Crítica jurídica: a) ¿Tiene historia el artículo 51? b) El artículo 51 y el Derecho comparado. c) Nuestra opinión, d) Conclusiones.—II. *Tratamiento jurídico de los matrimonios celebrados en las condiciones determinadas en el artículo 51 del Código civil.* 1. Situación actual de la cuestión. 2. Posición de las legislaciones extranjeras. 3. Posición de la doctrina científica extranjera. 4. Posición de la doctrina científica patria. 5. Posición de la doctrina jurisprudencial. 6. Nuestra opinión. 7. Conclusiones.

El contenido de este trabajo nos ha sido sugerido, en gran parte, por la sentencia del T. S. de 29 de mayo de 1962, en la que al hacer aplicación en un supuesto de bigamia del artículo 51 del C. c., se priva al cónyuge inocente de los beneficios del matrimonio putativo estimando que el artículo 69 no es aplicable a los matrimonios contraídos con el impedimento de ligamen.

Mas no ha sido sólo este el motivo que nos impulsó a estudiar los artículos citados, sino también el comprobar cómo en la doctrina científica patria no existía uniformidad ni acuerdo en lo que a dichos preceptos se refiere, especialmente en lo que respecta a si existe o no entre ellos antinomia, y a la adecuada calificación jurídica de la sanción que establece el artículo 51 (1).

(1) El hecho es que, pese a esa aparente contradicción, antinomia o como quiera llamársele que parece existir entre los arts. 51 y 69 del C. c., lo cierto es que son muy pocos los trabajos monográficos que sobre el primero de estos preceptos se han escrito. De ahí que la mayor parte de las opiniones formuladas sobre estas cuestiones y la problemática de ambos preceptos que hemos recogido y se manejan en el presente trabajo hayan sido tomadas de tratados generales o de estudios relativos a otras cuestiones matrimoniales.

Así, y sin que ello quiera decir que no puedan existir más trabajos sobre la materia, lo cierto es que nosotros solamente conocemos uno que vaya directamente dirigido a tratar de este tema, el de LALAGUNA DOMÍNGUEZ (E.), "El artículo 51 del Código civil y los conflictos de doble matrimonio", publicado en A. D. C., tomo XIV, fasc. II, págs. 383 a 428, 1961, y posteriormente en "Estudios de Derecho matrimonial", publicación del Estudio General de Navarra, 1962, páginas 16 y ss.

Parece ser existe otro trabajo del jurista cubano A. DÍAZ PEIRÓ, publicado

Dos son, pues, los puntos que aquí vamos a tratar; en primer lugar, el relativo a esa contradicción o antinomia que muchos autores ven entre ambos preceptos del C. c.; en segundo lugar, el tratamiento de los matrimonios contraídos con infracción de lo dispuesto en el artículo 83, 5.º, de dicho cuerpo legal, en relación con el artículo 51.

A su vez, la antinomia entre dichos artículos la contemplaremos proyectando preferentemente nuestra atención sobre el 51, que estudiaremos desde un doble punto de vista: el de la Dogmática y el de la Política jurídica o Nomotesia.

En cuanto al problema del tratamiento jurídico del impedimento de ligamen, lo contemplaremos desde el punto de vista del Derecho comparado, la doctrina científica y la jurisprudencial.

en la Rev. cubana de Derecho, julio-septiembre 1935, que cita el profesor VALVERDE en su "Tratado...", t. IV, 4.ª edic., Valladolid, 1938, págs. 200-201, nota 2, trabajo que no hemos podido localizar.

Por lo demás, existen, como indicábamos, otros trabajos monográficos que se ocupan del tema, pero incidentalmente, ya que en realidad van dirigidos a tratar otros aspectos del matrimonio, tal acontece, por ej., con la magnífica obra de GARCÍA CANTERO "El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español", editada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas en Cuadernos del Instituto Jurídico Español, Madrid-Roma, 1959, que se refiere a este problema principalmente en págs. 113, 223 a 225 y 230 a 233. También merece citarse la monografía del profesor JORDANO BAREA sobre "El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial", en A. D. C., t. XIV, fasc. II, 1961, donde hace una referencia al art. 51; y con FUENMAYOR CHAMPÍN, en "El derecho sucesorio del cónyuge putativo", en R. G. L. J., núm. 170, 1941, donde hace un interesantísimo estudio de la figura de la inexistencia con relación a los matrimonios celebrados en las circunstancias a que se refiere el art. 51. También hacen unas brevísimas referencias a dicho precepto ROMERO VEITEZ, en "Las normas de derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado", en Rv. D. P., 1941, pág. 183, y DÍEZ GÓMEZ (Aurelio), en "La Ley de reforma del Código civil de 24 de abril de 1958, con un breve exégesis en Rv. D. Not., núm. XXI-XXII, julio-diciembre 1958, en pág. 349 concretamente.

Además de estos trabajos que pudiéramos decir monográficos, en los que, como indicábamos, se trata del art. 51 incidentalmente, lo contemplan también en sus tratados generales con bastante detalle BENET RAMÓN, en "Compendio de Derecho civil", t. IV, Der. de familia, 1960, págs. 454-455 y 483 a 485, principalmente; CASTÁN, en "Derecho...", t. V, vol. I, 8.ª edic., 1960, págs. 677 a 679, 684, 685, 711-712; SÁNCHEZ ROMÁN, en "Estudios...", t. V, vol. I, 2.ª edic., Madrid, 1912, principalmente en págs. 485 a 488; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en Comentarios al t. IV, vol. I de la ob. de Ennecerus, edic. 1947, especialmente en § 11, págs. 83-84; MUCIUS SCAEVOLA, en "Código...", t. II, Madrid, 1907, págs. 202 y ss., y en la 5.ª edic. con comentarios de ORTEGA LORCA, Madrid, 1946, págs. 383 a 386; MANRESA, en "Comentarios...", t. I, 1.ª edic., Madrid, 1890, pág. 260, principalmente, y también en 7.ª edic., Madrid, 1956, págs. 458-459 (a).

(a) Ya en vías de concluir el presente trabajo, hemos tenido ocasión de leer, bien que muy ligeramente, un nuevo estudio sobre el art. 51, el de CONDE-PUMPIDO FERREIRO (Cándido), titulado "El artículo 51 del Código civil: alcance de su precepto y su sanción", publicado en Rv. G. L. J., núm. 4, abril 1963, págs. 481 a 553, que citamos al tratar del problema de la sanción de los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen.

I. ¿EXISTE ANTINOMIA ENTRE LOS ARTÍCULOS 51 Y 69 DEL CÓDIGO CIVIL?

1. *El artículo 51 desde el punto de vista de la Dogmática jurídica.*

Vamos a limitarnos en esta primera parte del trabajo a contemplar el artículo 51 del C. c. desde el estricto prisma de la Dogmática jurídica, observando, por tanto, la interpretación y sistematización que de su contenido hace la doctrina científica y jurisprudencial, para concluir desarrollando la posición que nosotros adoptamos ante dicho precepto.

a) *Posición de la doctrina científica patria.*

Dos son las posiciones que nuestros juristas mantienen en orden a la contradicción o antinomia que se dice existe entre los artículos 51 y 69 del Código civil:

a) La de quienes estiman que el artículo 51 goza de preferencia respecto del 69; y

b) La que pudiéramos llamar ecléctica.

Dentro de la primera posición podemos incluir a GARCÍA CANTERO (2), SÁNCHEZ ROMÁN (3), BONET RAMÓN (4), FUENMAYOR CHAMPÍN (5), DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ (6) y CASTÁN TOBEÑAS (7).

En cuanto a la dirección que hemos llamado ecléctica, cabe distinguir dentro de ella diversos matices. Así, en primer lugar, podemos señalar a aquellos que proyectan sobre los Tribunales la determinación de cuál pueda ser la norma aplicable en cada caso concreto, si el artículo 51 o el 69 (8).

Otra manifestación de esta dirección es la representada por los que consideran que la aplicación del artículo 51 o del 69 depende de que exista o no buena fe.

(2) En ob. cit., pág. 231, donde dice: "En el conflicto que resulta de la simultánea aplicación del art. 51 y del 69, damos preferencia al primero y, en consecuencia, anulado el matrimonio contraído por el bigamo en segundo lugar, los hijos, sea cual fuere la buena o mala fe de los padres, carecerán de la cualidad de legítimos."

(3) "Estudios...", cit., t. V, vol. I, págs. 487 y ss.

(4) Compendio...", cit., t. IV, págs. 454 y 483.

(5) "El derecho sucesorio...", pág. 469, cuando nos dice que "... el art. 51 significa una excepción del 69".

(6) En "El Derecho civil interpretado por el Tribunal Supremo", Madrid, 1910, pág. 268. Esta cita se encuentra tomada de la cit. ob. de FUENMAYOR, página 454, y no hemos tenido ocasión de comprobarla, ya que únicamente pudimos tener a nuestra disposición la 1.ª edic. de "El Derecho civil...", editada en Madrid en 1900, en cuyo vol. I, pág. 283, los autores recogen no la opinión que indica FUENMAYOR, sino la de MANRESA, estimando, por tanto, que el art. 69 es la regla general y el 51 la excepción.

(7) "Derecho...", cit., t. V, vol. I, 8.ª edic., pág. 711.

(8) En este sentido se pronuncian los comentaristas de Ennecerus, en t. IV, vol. I, § 29, pág. 178.

A su vez, dentro de esta tendencia podríamos distinguir los siguientes matices:

a) Se aplicará el artículo 69 del C. c. al cónyuge no casado anteriormente si ignoraba dicho impedimento y a los hijos. El artículo 51 se aplica sólo al contrayente de mala fe.

En el caso de que la mala fe concurra en ambos cónyuges, el artículo 69 se aplicará únicamente a los hijos.

Esta posición es seguida principalmente por MUCIUS SCAEVOLA (9), ORTEGA LORCA (10) y MANRESA (11), así como por el profesor DE DIEGO (12), VALVERDE (13), SANTAMARÍA (14), e incluso podríamos incluir aquí a COMAS (15).

9) "Código...", t. II, 1892, págs. 110-111 y en edic. 1907 mismo t., páginas 203 y ss.

(10) En la revisión y puesta al día de la ob. de MUCIUS, 5.ª edic., 1946, t. II, págs. 384-386.

(11) En "Comentarios...", 1.ª edic., t. I, 1890, pág. 260, lo que reitera en la 7.ª edic., 1956, pág. 458.

Nos ha llamado la atención el hecho de que algún autor, al examinar la problemática de los arts. 51 y 69 del C. c., incluye a MANRESA entre los que otorgan preferencia a este último artículo sobre el primero.

Y decimos esto porque, en nuestra opinión, la posición de este tratadista es inconfundiblemente ecléctica. Mas por si pudiéramos estar equivocados, transcribiremos lo que sobre la cuestión dice:

Tomo I, Madrid, 1890, comentando el art. 51, en pág. 260: "*No existe contradicción entre los dos textos, puesto que el primero expresa la regla general, y el segundo establece la excepción de que habrán de valerse el contrayente de buena fe y los hijos para lograr que se les reconozcan los derechos compatibles con su situación anormal.*"

Mismo t., 5.ª edic., 1924, pág. 313, comentando el mismo precepto: "*No existe contradicción entre los dos textos...*". "*Por tanto, cuando el matrimonio contraído de buena fe por una persona se anula por resultar que el otro contrayente se hallaba legítimamente casado con anterioridad, no rige respecto de los hijos y el cónyuge inocente el precepto del art. 51, sino el 69, que es especialísimo y expresamente dictado para el caso.*" Ello lo reitera en la 7.ª edición, 1956, págs. 458-459.

(12) En "Curso...", t. VI, 1926, uág. 278, así como en "Instituciones...", t. II, pág. 470, nota (1), donde aplica el criterio de la buena o mala fe de los contrayentes a los efectos del juego de los arts. 51 ó 69.

(13) "Tratado...", t. IV, 4.ª edic., Valladolid, 1938, pág. 118.

(14) "Comentarios al Código civil", t. I, Madrid, 1958, pág. 137, sigue análogo criterio que Manresa.

(15) En efecto, este ilustre jurista, que intervino activamente en las discusiones parlamentarias sobre el Código civil, si bien no se manifiesta concretamente sobre estos preceptos, ni alude en sus discursos ni en su obra "La revisión del Código civil español" (editada en Madrid el año 1895) al problema del art. 51, lo cierto es que en su "Proyecto de reforma del Código civil español" (editado el mismo año), formula dos artículos, el 288 (en págs. 79-80) y el 313 (pág. 88), en íntima relación con la cuestión, apareciendo claramente de ellos que su posición no es otra que la de MANRESA, VALVERDE, etc., o sea, que la buena fe del cónyuge no ligado por matrimonio anterior motiva que le sea de aplicación lo que constituía el art. 69 del C. c.

Dichos preceptos dicen así:

"Art. 288. El matrimonio, aunque sea declarado nulo, si hubiere sido contraído de buena fe por ambos cónyuges, produce entre ellos todos sus efectos civiles, a excepción del señalado en el núm. 3.º del art. 315. Si sólo uno de los

b) El artículo 69 se aplicará única y exclusivamente a los hijos habidos de matrimonios celebrados por personas de las cuales, una al menos, estuviere ya casada legítimamente (16).

c) Los que estiman que “el artículo 51 atendería ahora —como cuando entró en vigor el C. c.— a impedir la posibilidad de un ulterior matrimonio canónico por parte de quien ya se encuentra casado civilmente con otra persona”, mientras que el artículo 69 se aplicará “... al matrimonio putativo, uno de cuyos supuestos originarios y tradicionales es el del matrimonio nulo por impedimento de vínculo” (17).

d) Aquellos para los cuales la aplicación de uno u otro precepto se llevará a cabo en la siguiente forma:

El artículo 69, a los supuestos de

1. Matrimonio civil de persona ya casada civilmente.
2. Matrimonio civil de persona ya casada canónicamente.
3. Matrimonio canónico de persona ya casada civilmente (18).

El artículo 51, al caso de quien encontrándose casado canónicamente contraiga un segundo matrimonio civil (19).

e) Los que, como DÍAZ PEIRÓ, estiman que el artículo 51 se aplicará al supuesto de que una persona casada civilmente se case canónicamente

cónyuges lo hubiere contraído de buena fe, únicamente en su favor se producirán los efectos civiles que se acaban de indicar.

Los efectos civiles del matrimonio se producirán siempre en favor de los hijos concebidos hasta el día en que quede firme la sentencia de nulidad del matrimonio, cuando se haya celebrado con buena fe por alguno de los cónyuges.

La buena fe se presume si no consta lo contrario.”

“Art. 313. El matrimonio canónico, el civil y el celebrado en la forma establecida por las leyes de países extranjeros, producirá todos los efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes”.

“No producirá, sin embargo, efectos civiles el matrimonio canónico, ni el civil, ni el celebrado en la forma establecida por las leyes de países extranjeros, cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente”.

“Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de los efectos civiles que por razón de la buena fe de alguno o ambos cónyuges produce el matrimonio, según lo establecido en el art. 288.”

(16) Así opina ROBLES POZO en “El Código civil y la jurisprudencia”, Madrid, t. I, 1896, pág. 183. También sigue este criterio, según Fuenmayor, SCAEVOLA, bien que no estemos conformes enteramente con tal manifestación, en cuanto que lo que dice realmente Mucius en su cit. ob., t. II, 1907, pág. 203, es lo siguiente: “La oposición entre la doctrina de ambos artículos es evidente, pudiendo haberse evitado (de querer conservar la disposición del art. 51, que no la creemos necesaria) mediante un párrafo en el que se consignase lo siguiente: “Respecto del cónyuge que hubiere procedido de buena fe, y de los hijos, regirá el art. 69.”

(17) Así se manifiesta JORDANO BAREA en “El matrimonio...”, cit., pág. 350.

(18) En este sentido, LALAGUNA, “El art. 51 del C. c...”, cit., págs. 20, in fine, a 23.

(19) Mismo autor y obra de nota anterior, págs. 24 a 27.

camente sin estar disuelto el primer matrimonio, o viceversa, y el artículo 69 a todos los demás casos de bigamia (20).

Existe, por último, un grupo de tratadistas patrios que se abstienen de formular opinión sobre esta cuestión, dentro del que pueden incluirse Puig Peña y De Buen.

Mas no es ésta la única clasificación que puede hacerse con las teorías que se han formulado en nuestra doctrina científica, respecto de la problemática de los artículos 51 y 69 del Código civil.

Así, considerada la cuestión desde el punto de vista de la posible contradicción o antinomia entre dichos preceptos, pueden distinguirse estas dos posiciones:

I. La de quienes estiman existe antinomia entre los artículos 51 y 69 (21); y

II. Los que niegan exista tal contradicción (22).

b) *Posición de la jurisprudencia.*

El criterio jurisprudencial en lo que a la antinomia o concordancia de los artículos 51 y 69 del C. c. se refiere, es, en nuestra opinión, clara e inalterable en lo que al Tribunal Supremo se refiere: no existe contradicción entre ambos preceptos, en cuanto son distintos los supuestos en ellos regulados.

Mas no acontece lo mismo con todos los Tribunales españoles, cuya posición discrepa en ocasiones de la mantenida por el T. S., inclinándose hacia la tesis de quienes estiman que mediando buena fe debe

(20) Vid. VALVERDE, ob. cit., t. IV, págs. 200-201, nota 2.

(21) Así acontece, entre otros, con DE DIEGO, en "Curso...", t. IV, 1926, pág. 71, y en "Instituciones...", t. II, 1930, pág. 365, nota 1; FALCÓN y ROMERO GIRÓN, en "Código civil español", Madrid, 1888, pág. 86, nota 1; VALVERDE, ob. cit., t. IV, págs. 117-118; MUCIUS SCAEVOLA, ob. cit., t. II, 1907, pág. 202; ORTEGA LORCA, en comentarios a la cit. ob. de Scaevola, t. II, 5.ª edic., 1946, pág. 384; DE BUEN, CASTÁN TOBEÑAS y CASTÁN VÁZQUEZ, en comentarios al t. I del "Curso...", de Colín y Capitán, 3.ª edic., Madrid, 1952, pág. 539. A su vez, PUIG PEÑA parece incidir en la misma opinión, bien que no rotundamente, en ob. cit., t. II, vol. I, pág. 536. También siguen dicho criterio GARCÍA MARTÍNEZ (Francisco), en "Derecho civil. Contestaciones al programa de oposiciones directas a Notarías", t. II, Valencia, 1942, pág. 31, y DÍAZ GUIJARRO y MARTÍNEZ RUIZ, en la 1.ª edic. de "El Código civil interpretado...", t. I, Bilbao, 1900, pág. 283, etc.

(22) En este sentido se manifiestan MANRESA, ob. cit., t. I, 1890, pág. 260, y mismo tomo, 1956 (7.ª edic.), pág. 458, así como SÁNCHEZ ROMÁN, en ob. cit., t. V, vol. I, 2.ª edic., págs. 485-486, donde, además, nos dice que el art. 51 "no es un precepto innecesario".

En la misma línea argumental parecen encontrarse, bien que no aludan directamente a la cuestión, BONET RAMÓN, en "Compendio...", t. IV, págs. 456 y ss., en cuanto distingue los campos de aplicación de uno y otro precepto; FUENMAYOR, en ob. cit., pág. 469, y a que para él "...el art. 51 significa una excepción del 69; GARCÍA CANTERO, en ob. cit., pág. 231, al resolver el posible conflicto entre ambos artículos en favor del 51; y el propio LALAGUNA DOMÍNGUEZ, en ob. cit., toda vez que si bien alude en diversos lugares a la antinomia entre uno y otro precepto, determina en qué casos es aplicable uno y otro.

aplicarse el artículo 69 del C. c., aun tratándose de matrimonios en que concurra el impedimento de vínculo anterior no disuelto.

Hemos de tener, sin embargo, en cuenta, que como esta disparidad de criterios no siempre ha obedecido a diferencias interpretativas, sino también, en ocasiones, a la existencia de disposiciones legales dictadas para resolver situaciones de excepción, no puede decirse —o al menos tal es nuestra opinión— que siempre que surjan tales discrepancias, éstas sean verdaderas (23).

En consecuencia, estimamos, que esa falta de acuerdo que en ocasiones se observa en la doctrina jurisprudencial puede ser debida:

a) A la existencia de alguna disposición legal especialísima que así lo establezca.

En estos casos somos de la opinión que no puede hablarse, en realidad, de desacuerdo, y sí, a lo sumo, de necesidades derivadas de la aplicación de disposiciones legales.

Un ejemplo de ello lo tenemos en la S. T. S. de 14 de julio de 1953, que en un supuesto de posteriores nupcias sin estar disuelto el primer matrimonio, considera de aplicación al artículo 69 del Código civil, bien que dicha interpretación sea debida a no estimar la existencia del impedimento de ligamen, por el juego de las leyes de matrimonio civil de 1932 y la de 21 de septiembre de 1939 (24).

(23) Nos referimos aquí, principalmente, a la Ley de 23 septiembre 1939, derogatoria de la Ley de Divorcio de 1932, en cuanto su Disposición transitoria 4.^a autoriza a extender los beneficios del matrimonio putativo, al menos en lo que se refiere a los hijos, a los casos de segundos matrimonios civiles.

También puede incluirse aquí la Ley de Matrimonio civil de 28 julio 1932, que al ser derogada por Ley de 12 marzo 1938 ha sido motivo de resoluciones judiciales un tanto excepcionales en orden a la aplicación del art. 69 del C. c.

(24) El supuesto de hecho sobre el que se construye esta sentencia es el siguiente:

Un individuo contrae matrimonio canónico el 26 de abril de 1937, del que tiene un hijo.

Posteriormente, el 28 de agosto de 1938, al amparo de la Ley de Matrimonio civil de 28 de agosto de 1932, contrae nuevo matrimonio, éste civil, con otra, de quien tiene dos hijas.

El T. S., en los Considerandos de dicha sentencia, establece la siguiente doctrina:

“Derogada por Ley de 12 de marzo de 1938 la de 28 de junio de 1932, en la que se había establecido que, a partir de su vigencia, sólo se reconocía como forma de matrimonio el civil, y ordenado en la primera de dichas Leyes, además de la expresada derogación, que los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley derogada producirían todos los efectos civiles desde su celebración... al hacer aplicación de esta Ley al caso de quien había contraído matrimonio civil ante el juez municipal el día 28 de agosto de 1938., anulada la inscripción de dicho matrimonio en el Registro civil a instancia del marido el 17 de junio de 1939, el cual el día 26 de abril de 1937 había contraído matrimonio canónico con otra mujer, existiendo de este último matrimonio un hijo, y dos hijas del primero, y resultar que por el carácter legal y efectos retroactivos que se reconocen al matrimonio canónico, el civil, existente con anterioridad, que cuando se contrajo era el único que estimaba nuestra legislación de entonces como legítimo, y para el que no existía, por lo tanto, el impedimento dirimente establecido por el artículo 51 del Código civil, ha pasado, al

b) A una errónea interpretación del artículo 69, único supuesto en el que cabe hablar efectivamente de disconformidad.

Pueden ser incluidas en este apartado la sentencia de la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 25 de enero de 1957 (25) y la de la Sala de lo Civil de la de Granada de 28 de octubre de 1957 (26).

empezar a regir dicha Ley, a ser un segundo matrimonio, al que afecta tal impedimento, lo que da lugar a decidir si es de aplicación a este matrimonio lo establecido en el artículo 51 citado, o lo prevenido en el 69 del mismo Cuerpo legal; y teniendo en cuenta que el primero de dichos preceptos se refiere al caso de que uno de los cónyuges, al contraer matrimonio, estuviese ya casado legítimamente, LO QUE NO OCURRÍA CUANDO SE CELEBRÓ ESTE MATRIMONIO CIVIL, por tener en aquel tiempo sólo un carácter sacramental el matrimonio canónico, y que era cuando se contrajo, y muchos meses después en el tiempo en que fueron concebidas las dos hijas de este matrimonio el único de efectos civiles que existía, no puede aplicarse a esta unión civil esa disposición legal por referirse a otro supuesto; Y ES, POR EL CONTRARIO, EL ARTÍCULO 69 EL APLICABLE, pues por su carácter general comprende todos los casos de nulidad de matrimonio establecidos en el Código civil por impedimentos dirimentes que no sean la concretamente prevista y sancionada en el artículo 51..."

(25) Esta resolución dice así: "CONSIDERANDO: Que así despejada la competencia del fuero secular sobre los temas de este pleito, cabe afirmar rotundamente que el segundo matrimonio celebrado por ... con ..., debido al anterior nexo no disuelto, concluido con ..., es nulo a los efectos simplemente civiles de que aquí tratamos, puesto que el impedimento de vínculo matrimonial anterior, al no funcionar como tal, produce la nulidad del segundo enlace, a tenor del número 5.º del artículo 83, en estrecha armonía con el número 1.º del 101 del Código civil; y claro es que la esposa no podía ignorar la existencia del primer matrimonio o dejar de tener plena conciencia del mismo, por ser acto propio inconfundible en la vida individual y social, que deja huella en los espíritus, aun en los de escasas facultades rememorativas, circunstancia que le acusa de mala fe en el ámbito civil en donde operamos, con la consecuencia de no poder alcanzar ninguna ventaja patrimonial, a tenor del artículo 69 del Código, para ella y sus posibles derechos-habientes o sucesores..."

Independientemente de la crítica que merece esta resolución, por fundamentar la mala fe de uno de los contrayentes en una simple presunción "iuris tantum", cual es la trascendencia individual y social que tenga el matrimonio, y refiriéndonos concretamente al llamado matrimonio putativo, vemos cómo en esta sentencia se admite implícitamente la posibilidad de aplicar el artículo 69 del Código civil a los matrimonios celebrados con el impedimento de ligamen, siempre que exista buena fe en uno o en ambos cónyuges, desde el momento que la mala fe excluye dicha aplicación.

Al margen de esto, pero también en relación con el matrimonio putativo, parece seguir el criterio erróneo de extender la mala fe, o mejor dicho, sus consecuencias a los derecho-habientes y sucesores en general.

(26) La sentencia que se ha indicado en el texto dice así: "CONSIDERANDO: Que si bien puede objetarse la aplicación de tal precepto legal (art. 69 C. c.) en vista de su encuadramiento en el Código civil y de su dicción literal, que dicho artículo presupone un matrimonio nulo y no uno inexistente, parece en el caso de autos más ajustada a derecho la solución contraria por lo siguiente: a) La consideración de que la doctrina científica moderna más autorizada estima la existencia del vínculo matrimonial como determinante de lo que al lado de la capacidad plena y de la capacidad especial se ha llamado capacidad concreta, con repercusiones en la eficacia del matrimonio distintas de las pretendidas. b) El hecho de que el artículo 69 no excluye de su ámbito los matrimonios que adolecen de inexistencia —como es natural, debió hacer expresamente si quería este re-

En cuanto al Tribunal Supremo, su posición es clara, como decíamos al comenzar el presente epígrafe, manteniendo en sus resoluciones reiteradamente la tesis de la inexistencia de contradicción y la perfecta distinción de los campos de aplicación de los artículos 51 y 69 del Código civil. Y como muestra de ello, pasamos a exponer unos esquemas de las más importantes sentencias de dicho Tribunal en esta materia:

S. 12 de marzo de 1942: Referida a un español que, casado canónicamente en España, se divorcia en Francia y vuelve a casar en Rusia. Fallecido, la segunda mujer reclama a la primera sus derechos a los bienes del difunto. Desestimada la demanda en todas las instancias, el T. S. dice: "... por aplicación del principio que informa dicho artículo 9, y *más concretamente*, por virtud de las normas que contienen los artículos 11, en su párrafo final, 51, 52, 83, núm. 5.º, y 104 del mismo Código...".

S. 12 de mayo de 1944: El supuesto que contempla es el siguiente: Un español, soltero, contrae matrimonio con una francesa divorciada, cuyo marido vive. Sobre estas bases y otras que se recogen en los antecedentes de hecho, el T. S. declara que "Los artículos 51 y 52 del Código citado establecen que no producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente, y que el matrimonio sólo se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges...", de lo que resulta que "... don... no pudo válidamente contraer el matrimonio que celebró en Londres porque subsistía su Ley nacional, el vínculo del canónico anteriormente llevado a efectos por doña...".

S. 29 de mayo de 1962: El supuesto fáctico es el siguiente: La actora contrae matrimonio en 1916 con un individuo que aparecía como soltero, pero que posteriormente se descubre estaba casado en Argentina desde el año 1909. Se solicitaba que el segundo matrimonio produjera efectos civiles para la actora y los hijos habidos. La sentencia de la Audiencia Territorial, accediendo a lo solicitado, es casada por el T. S., que dice:

"... y el 69 no puede ofrecerle liberación al matrimonio del bigamo, *por existir precepto específico que sanciona su prohibición, como es el 51, ya que si el legislador hubiera querido extender los efectos de aquél no lo hubiera incluido en su texto...*".

c) *Nuestra opinión*:

En verdad, no resulta fácil adoptar una posición en lo que se refiere a estos dos artículos del Código civil, dado el gran número de

sultado—... c) La falta de rigor sistemático y terminológico—especialmente en lo referente a la teoría de la eficacia de los actos jurídicos— del Código civil, que impide apoyar la interpretación del precepto en una confusión del Código... d) La circunstancia de que el Código de Derecho Canónico, cuyo contenido es muy de tener en cuenta, dada la forma canónica del segundo matrimonio de que nos ocupamos, estima matrimonio nulo.

opiniones contradictorias que sobre los mismos se han emitido por destacados representantes de la doctrina científica patria, desde la promulgación de dicho cuerpo legal hasta nuestros días.

No obstante, estimando que es obligación de todo el que se enfrenta con un problema o cuestión dar su opinión (acertada o no) para que otros la contrasten y juzguen, vamos a cumplir este difícil cometido, advirtiendo que dicha opinión viene referida al aspecto dogmático-jurídico de la materia que estamos examinando, como ya se indicaba en el primer epígrafe del presente trabajo.

Dos son los puntos que estimamos más interesantes en lo que a las relaciones de los artículos 51 y 69 se refieren: en primer lugar, el de si son o no antinómicos o contradictorios; en segundo lugar, el de conocer los supuestos fácticos que regulan uno y otro.

1.—¿Antinomia o compatibilidad?

Es esta, sin duda, una de las cuestiones más interesantes que nos ofrece el estudio de los dos preceptos que estamos contemplando, en cuanto de la solución que se la dé va a depender en gran medida la del juego de dichos artículos en la regulación de la efectividad de los matrimonios contraídos en las condiciones en ellos descritas.

Así, si se estimare que entre los artículos 51 y 69 del C. c. no existe antinomia, resultaría evidente que teniendo cada uno su propia esfera de aplicación, no podría discutirse ésta.

Por el contrario, si la antinomia existiere, habría que entrar, en primer lugar, a determinar si es o no plena y absoluta para, a la vista de lo que resultare, adoptar la pertinente solución.

Pues bien, ante la interrogante que se plantea en este epígrafe, ¿qué solución cabría adoptar?

Si por antinomia se entiende la “*oposición entre dos leyes o dos lugares de una misma ley*”, no nos parece aventurado afirmar que entre los artículos 51 y 69 del C. c. no existe una auténtica e insalvable contradicción.

Bástenos, sino, con observar dichos preceptos, que dicen así:

Artículo 51

“No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente.”

Artículo 69-1

“El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo.”

Aunque a primera vista pueda parecer que existe una cierta antinomia entre ambos preceptos, un más detenido examen de los mismos nos permite comprender que aquella no es absolutamente irreductible, y sí, por el contrario, aparente, dado:

1.º Que el contenido de cada artículo es, en principio al menos,

claramente distinto, en cuanto mientras el 51 se refiere únicamente a los matrimonios contraídos con el impedimento de ligamen, el 69 regula la figura jurídica del llamado matrimonio putativo.

2.º Que mientras el primero de estos dos preceptos viene referido a un supuesto de ineficacia concretísimo, el de los matrimonios celebrados en las condiciones que en él se indican, el artículo 69 contiene una excepción a las normas generales de ineficacia de los matrimonios nulos.

3.º Que uno y otro precepto se encuentran sistemáticamente radicados en lugares distintos del C. c. Así, el 51 lo está en la Sección 2.ª del Capítulo I, Título IV, Libro I, y el 69 en la Sección 5.ª del mismo Capítulo, Título y Libro.

Claro es que se nos podrá decir que en el segundo de estos supuestos es donde radica precisamente la antinomia. De acuerdo en que, de existir ésta, sería en dicho punto; el de la efectividad o inefectividad de los matrimonios nulos, más precisamente por eso, porque sólo es ahí y porque, además, la contradicción no resulta irreductible, es por lo que nos inclinamos a considerarla más aparente que real (27).

II.—*Ámbito de aplicación de los artículos 51 y 69.*

Supuesto que para nosotros no existe una auténtica contradicción entre ambos preceptos, y sí, a lo sumo, cierto aparente confusionismo en la materia por ellos regulada, vamos a procurar fijar su esfera de aplicación.

Para ello tomaremos como punto de partida su contenido, transcrito en el epígrafe anterior, del que aparece con claridad:

1.º Que el artículo 51 viene referido única y exclusivamente a los matrimonios contraídos con el impedimento de ligamen (art. 83. núm. 5.º del C. c.).

2.º Que en consecuencia, el artículo 69 vendrá referido a todos los matrimonios cuya causa o motivo de nulidad no sea el impedimento de ligamen (arts. 83, núms. 1.º a 4.º, y 84 del C. c.).

Esta determinación, si se quiere un tanto apriorística, del ámbito de aplicación de los artículos 51 y 69 del C. c., la fundamos en las siguientes consideraciones: La de que si así no fuere carecería de razón de ser el artículo 51; y la de la propia naturaleza de dicha norma.

(27) En realidad, y aun cuando en nuestra opinión no existe antinomia o contradicción entre ambos artículos, no creemos pueda negarse tajantemente la existencia de una aparente incompatibilidad, o, si se prefiere, una cierta confusión, entre el contenido de dichos preceptos. Basta, como decíamos, contemplarlos someramente.

Pero es que, además, las posiciones terminantes y categóricas en lo que a esta cuestión se refiere no las estimamos acertadas: 1.º Porque es un considerable sector de la doctrina científica patria el que afirma que la antinomia existe, lo cual implica que la distinción no es tan clara y pristina como hubiere deseado el legislador; y 2.º Porque son también muchos los tratadistas que afirman pueden aplicarse separadamente ambos preceptos, encontrándose sus campos perfectamente diferenciados.

Vamos a contemplar estos dos puntos, si bien, alterando el orden en que los hemos enunciado, comenzaremos por el último.

A.—*Calificación jurídica del artículo 51 del Código civil.*

La doctrina científica patria, al ocuparse de la posible antinomia entre los artículos 51 y 69 del C. c., suele escindirse en dos grupos: el de quienes atribuyen al artículo 51 el carácter de norma especial frente al 69 (28), y el de aquellos otros que siguen el criterio opuesto (29).

La solución de este aspecto ofrece indudable interés, en cuanto de ella dependerá en gran parte la primacía en la aplicación de una u otra norma.

Así, si la especial es el artículo 51, entrarían en juego las reglas jurídicas "*leges generales non debent extendi ad leges, quae habent suam particularem provisionem*" y "*generi per speciem derogatur, in toto iure*" (Dig., Lib. I., Tit. XVIII; ley 80), lo que daría lugar a que, en principio al menos, prevaleciese dicho precepto sobre el 69 (30).

(28) Siguen este criterio, entre otros, BONET RAMÓN, en ob. y t. cits., página 454; LALAGUNA, en ob. cit., pág. 17; GARCÍA CANTERO, ob. cit., pág. 231; CASTÁN, "Derecho...", cit., t. V, vol. I, pág. 711; DÍAZ GUIJARRO, y MARTÍNEZ RUIZ, en ob. y t. cits., edic. 1900, pág. 284; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. y t. cits., página 487, y FUENMAYOR, ob. cit., pág. 469.

(29) En el sentido que se indica en el texto se manifiestan MANRESA, ob. cit. t. IX, 1890, pág. 260, y mismo t., edic. 7.^a, 1956, págs. 458-459; PEDREGAL Y CAÑEDO, "Textos y comentarios al Código civil español", t. I, Madrid, 1889, página 135; MUCIUS SCAEVOLA, en ob. cit., t. II, 1907, pág. 202, y ORTEGA LORCA, en misma ob. de Scaevola, 5.^a edic., 1946, pág. 383; SANTAMARÍA, ob. cit., t. I, pág. 137, que sigue la tesis de Manresa; VALVERDE, ob. cit., t. IV, pág. 118.

(30) Sin entrar en disquisiciones sobre el valor de estas máximas o reglas de derecho, por exceder ello del contenido del presente trabajo, y remitiéndonos en todo a lo dicho respecto de las mismas por DE CASTRO en "Derecho..." I, 2.^a edic., págs. 432 y ss., y CASTÁN en "Derecho...", cit., t. I, vol. I, 9.^a edic., págs. 329 y ss., sí diremos que la doctrina científica al estudiar las llamadas leyes generales y especiales, suele admitir, bien que con grandes reservas, el criterio que señalan dichas máximas, criterio que además acoge la doctrina jurisprudencial, entre otras, en sentencias del T. S. de 8-V-1878, 3-I-1908, 18-III-1944, 29-XI-1945 y 10-V-1947, a tenor de las cuales la norma general sólo se aplicará en defecto de la especial, estableciendo respecto de estas últimas que las leyes especiales o excepcionales son siempre de aplicación preferente.

A mayor abundamiento, el T. S. en un supuesto de aplicación del artículo 61 del C. c., en relación con los artículos 1.261 y 1.262, establecía que "cuando la Ley establece excepciones a estos artículos (1.261 y 1.262), la regla aplicable es la específica, *ya complete ya modifique la genérica*", y lo mismo acontece con otra sentencia del mismo T. S. de 5-VII-1904, a tenor de la cual la regla general del artículo 60 está subordinada a las especiales que rigen en materia de bienes parafernales; y con la de 4-VI-1955, en la que se afirma la prevalencia de la norma especial sobre la general; y la de 13-X-1952, que confirma dicho principio, siempre, claro es, que la regla especial no pugne con el sentido general del Derecho reflejado en las demás normas.

Por último, la sentencia del T. S. de 4-VI-1955, relativa a un supuesto de daños y perjuicios de los artículos 1.101 y 1.106 del C. c., después de decir que dichos artículos fijan el concepto de daño y perjuicio, y que tienen un carácter

Por el contrario, si, como estiman otros, la especialidad radicara en el artículo 69, tendríamos que su régimen se aplicaría incluso a los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen y, consiguientemente, estos surtirían plenos efectos civiles para el contrayente de buena fe y siempre para los hijos.

Pues bien, así las cosas, ¿qué calificación merece el artículo 51 del Código civil? ¿Será norma especial o general?

Iniciaremos el estudio de esta cuestión contemplando la significación gramatical de ambos términos.

“General” equivale a tanto como “común, frecuente, ordinario”, sirviendo para designar a “lo que es común y esencial a todos”.

A su vez, el calificativo “especial” se reserva para determinar lo “singular o particular, en oposición a lo general u ordinario”.

Tomando como punto de partida estas bases gramaticales para resolver la cuestión planteada, vamos a contemplar los artículos 51 y 69 desde un doble punto de vista: el de la nulidad del matrimonio y el de la buena fe de los cónyuges, ya que son los dos presupuestos sobre los que se construye por la doctrina científica, e incluso jurisprudencial, la posible preferencia de uno u otro precepto.

Nulidad (31).

Si los matrimonios contraídos sin impedimentos de ninguna clase y con los requisitos de forma establecidos por el Derecho canónico y el Código civil producen plenos efectos civiles, parece evidente “a contrario sensu” que los matrimonios celebrados en las condiciones determinadas en el artículo 101 del C. c. merezcan la consideración de nulos y, en consecuencia, no produzcan efectos civiles (*quod nullum est, nullum producit effectum*).

Esta constituye, por tanto, la regla general en orden al tratamiento jurídico de los matrimonios contraídos en las circunstancias que se recogen en los artículos 83 y 84 en relación con el 101 del C. c., en la que parece inspirarse el artículo 51 al negar la producción de efectos civiles al matrimonio que se celebre con el impedimento recogido en el artículo 83, 5.º

general en su aplicación, agrega: “... que cede ante disposiciones que específicamente regulan las indemnizaciones en las hipótesis que ellas previenen, como ocurre con las artículos 451 y siguientes de dicho Cuerpo legal...”.

(31) Hemos de advertir que empleamos aquí el concepto nulidad, siguiendo la terminología legal (epígrafe de la Sección 5.ª, Tít. IV, Lib. I del C. c.: “De los efectos de la nulidad del matrimonio y del divorcio”; epígrafe de la Sección 3.ª, Cap. III del mismo Tít. y Lib.: “De la nulidad del matrimonio”, y artículos 68 y ss., que hablan de matrimonio nulo, 101 y 103, que se refieren a los matrimonios nulos, etc.).

En consecuencia, cuando hablamos de nulidad lo hacemos en un sentido amplísimo y hasta posiblemente inadecuado, ya que más bien debería hablarse de “ineficacia”. Más adelante, al tratar de la sanción que merecen los matrimonios celebrados en las circunstancias a que se refiere el artículo 51, tipificaremos la para nosotros verdadera calificación de estos matrimonios.

Mas esta improductividad de efectos civiles peculiar de los matrimonios afectados de nulidad, presenta una excepción; la de los llamados matrimonios putativos regulados en el artículo 69 de dicho cuerpo legal.

Consiguientemente, y por lo que a la nulidad del vínculo matrimonial se refiere, tendremos:

Regla general: No producción de efectos civiles de los matrimonios nulos.

Excepción: Producirán efectos civiles los llamados matrimonios putativos, respecto del contrayente de buena fe y los hijos.

Considerada la cuestión desde este punto de vista, parece resultar que la regla general se encuentra representada por el artículo 51, que priva de efectos al matrimonio contraído con el impedimento de ligamen, como nulo que es, y la excepción por el artículo 69, que otorga dichos efectos a los contrayentes de buena fe, aunque la unión sea nula.

Buena fe.

En este principio es en el que se apoyan principalmente los que atribuyen al artículo 51 el carácter de norma general frente al artículo 69, al que califican de excepcional, considerando:

1.º Que el artículo 51 establece con carácter general la ineficacia de los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen.

2.º Que el artículo 69, por el contrario, sanciona como especialidad o excepción a dicho supuesto el principio de la buena fe, que eliminando la ineficacia de lartículo 51 motiva la productividad de efectos civiles incluso por los matrimonios civiles contraídos con el impedimento referido (32).

Tomando, pues, estas alegaciones como punto de partida para el montaje de la regla general y la excepción, tendríamos:

Regla general: El matrimonio contraído sin estar legítimamente disuelto el anterior, es ineficaz (art. 51).

Excepción: Si se contrae de buena fe, producirá efectos civiles (art. 69).

De lo hasta ahora expuesto, fundado todo ello en la opinión de los tratadistas y autores que del estudio de esta cuestión se han ocupado, podría extraerse la consecuencia de que la especialidad del artículo 69 es, en principio al menos, más fuerte que la del 51 y, por tanto, que aquél debe prevalecer sobre éste.

Mas, en nuestra opinión, ello no es exacto, en cuanto ni el artículo 51 ni el 69 puede decirse sean normas generales. E incluso llegamos a más, estimando que el 51 no es tampoco regla especial, si entendemos por tales aquellas que hacen referencia a categorías determinadas de personas, cosas o actos (33).

(32) Así, MANRESA, SANTAMARÍA y demás autores citados en nota 26.

(33) En este sentido, vid. CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vol. I, pág. 268.

¿Cuál es, pues, su verdadera calificación jurídica? Para nosotros, *el artículo 51 constituye un auténtico privilegio en sentido estricto*, en cuanto está dado para regular una concreta y determinada relación jurídica; la de los matrimonios que se celebren cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado legítimamente, estableciendo un trato especialísimo para dicha situación.

Nos apoyamos para hacer esta afirmación en que si bien el término privilegio suele proyectarse sobre las personas, lo cierto es que viene referido no sólo a éstas, sino también a las cosas y a las relaciones jurídicas (34).

Pues bien, en el concreto caso del artículo 51 del C. c. que estamos contemplando, se observa:

1.º Que dicho precepto no regula una relación de tipo abstracto, sino concreta y determinada: los efectos del impedimento de ligamen en el vínculo matrimonial.

2.º Que no es válido para regular otras relaciones jurídicas de nulidad matrimonial.

3.º Que crea una situación jurídica concreta: la ineficacia civil de los matrimonios que se celebren concurriendo el impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83 del C. c.).

4.º Que constituye una auténtica excepción, en cuanto altera una situación ya de por sí especial; la regulada en el artículo 69 del C. c.

Téngase en cuenta, además, que en el Código civil se contienen normas de privilegio, como son, entre otras, el artículo 85, relativo precisamente a cuestiones también matrimoniales, como la dispensa de impedimentos; el 92, que se refiere a la dispensa de la publicación de edictos; el 127, en materia de legitimación; el 19, después de la Ley de 15 de julio de 1954 (35), etc.

La consideración del artículo 51 como privilegio no supondría, por tanto, una situación excepcional en el conjunto sistemático de dicho cuerpo legal, dado que tal carácter lo merecen ya otras normas.

Pero es que, además, la calificación del artículo 51 como norma privilegiada contribuiría en gran medida a solucionar el problema que tiene planteado la doctrina científica y, en cierto modo, la jurisprudencia, en cuanto por virtud de tal caracterización dicho precepto

(34) Vid. sobre esto CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vól. I, págs. 270-271; DE CASTRO, "Derecho..." cit., **v**, págs. 104 y ss.; PUIG PEÑA, "Tratado...", cit., t. I, págs. 52-53; CULI (Federico), Voz "Privilegio", en Enciclopedia Jurídica SEIX, t. XXV, pág. 877. Concretamente, el profesor DE CASTRO, al ocuparse de esta cuestión, considera privilegio aquella "Disposición jurídica creadora de modo inmediato de una situación jurídica concreta".

(35) DE CASTRO, ob. cit., I, pág. 106, y CASTÁN, ob. t. y vcl. de nota anterior, pág. 271.

Por su parte, SCAEVOLA, en ob. cit., t. II, 1946, concordada por ORTEGA LORCA, en página 385 dice así: "Por lo tanto, o el artículo 51 infringe la doctrina del artículo 69... o no es cognoscible la oportunidad de su inserción, a no ser que el legislador haya querido establecer un privilegio en favor del impedimento de vínculo matrimonial...".

gozaría de preferencia respecto del 69, en todas las situaciones de vínculos matrimoniales contraídos concurriendo el impedimento de ligamen.

B.—*La proyección de la buena fe recogida en el artículo 69 sobre el 51, haría de éste un precepto innecesario y sin contenido.*

Esta afirmación podemos verla con claridad a través de los siguientes esquemas:

<i>Norma general para los matrimonios nulos</i>	<i>Artículo 51</i>	<i>Excepción del artículo 69</i>
<i>No producen ningún efecto jurídico.</i>	<i>Confirma y refuerza el criterio general para los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen.</i>	<i>Produce efectos civiles:</i> 1.º <i>Para el contrayente de buena fe.</i> 2.º <i>Para los hijos, siempre.</i>

Mas si se aplicaran los principios de la buena fe que caracterizan el matrimonio putativo regulado en el artículo 69 a los supuestos de bigamia, tendríamos:

<i>Artículo 51</i>	<i>Artículo 69</i>
<i>Produce efectos civiles:</i> 1.º <i>Para el cónyuge de buena fe.</i> 2.º <i>Para los hijos, siempre.</i>	<i>Produce efectos civiles:</i> 1.º <i>Para el cónyuge de buena fe.</i> 2.º <i>Para los hijos, siempre.</i>
<i>No los produce para el contrayente de mala fe, lo que ya está previsto en la teoría general de la nulidad del matrimonio por virtud del principio "nullum..."</i>	<i>No los producirá, "a contrario sensu", para el cónyuge de mala fe.</i>

Tenemos, pues, que aplicando el principio de la buena fe al supuesto regulado en el artículo 51, éste quedaría con un contenido idéntico al del 69. Consiguientemente, carecería de razón de ser y de auténtico contenido.

¿Puede esto ser? En nuestra opinión, no. ¿Por qué? Vamos a verlo.

En el Derecho, como forma de vida social, cabe distinguir dos grandes grupos u órdenes de funciones:

- a) Las de creación de las normas jurídicas; y
- b) Las que van dirigidas a la aplicación y elaboración del Dere-

cho, que comprenden las operaciones de crítica, interpretación e investigación del mismo (36).

La función creadora de las normas jurídicas corresponde, claro es, al legislador. La de aplicación y elaboración del Derecho, a la doctrina jurisprudencial y científica, que tienen a su cargo interpretar e investigar el Derecho.

Ambas funciones se encuentran perfectamente diferenciadas, ya que una cosa es crear y otra aplicar e interpretar, adaptando las normas a las exigencias y necesidades de la vida real (37).

La misión, pues, del intérprete es la de investigar e inquirir el contenido de la norma y no la de crear estas. Esto compete sólo al legislador.

Ello sentado, vamos a proyectar su contenido sobre el problema que estamos examinando, o sea, el de si puede o no ser eliminado el artículo 51 por el 69.

Cuando el legislador de 1889 estableció en el artículo 51 que no producirá efectos civiles el matrimonio contraído por quienes estuvieren ligados con vínculo anterior no disuelto, y en el artículo 69 reguló el llamado matrimonio putativo, de cuyos beneficios quedaban exceptuados los comprendidos en el 51, parece lógico que lo hiciera con algún motivo, como, efectivamente, así fué; la repugnancia que en aquellos tiempos inspiraba la bigamia como ataque directo al principio monogámico que debía imperar en el matrimonio, y el respeto a los derechos legítimos del cónyuge e hijos del primer matrimonio, que se verían seriamente lesionados si se extendieran los beneficios de la buena fe propios del matrimonio putativo al cónyuge y a los hijos de estos segundos matrimonios (38).

Pero es que a mayor abundamiento, posteriormente, el legislador de 1958, si bien se preocupó de modificar ciertos preceptos del C. c. re-

(36) Vid. CASTÁN, "Derecho...", cit. t. I, vol. I, págs. 253 a 383; y "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho. Metodología y técnica operatoria en el Derecho privado positivo", Madrid, 1947. También DE DIEGO, "La interpretación y sus orientaciones actuales", Discurso de apertura de los Tribunales, de 15-IX-1942; y DE CASTRO, "Derecho...", cit., I, págs. 327 a 520; así como LEGAZ Y LACAMBRA, "Filosofía del Derecho", Barcelona, 1953, págs. 379 y ss., etc.

(37) En ocasiones, sin embargo, es preciso aplicar la norma legal a supuestos no exactamente previstos ni regulados, dando lugar con ello a la denominada "elaboración judicial y extrajudicial, o por vía legitimadora del Derecho. Vid. sobre esto CASTÁN, ob., t. y vol. cit. en nota anterior, págs. 382-383.

(38) Vid. sobre esto "Discusión parlamentaria del Código civil. Discursos pronunciados en el Senado durante la legislatura de 1888 a 1889, coleccionados y publicados por la Revista de los Tribunales". Madrid, Editorial Góngora, 1891, y especialmente los discursos del señor Comás en las partes que figuran en páginas 110 y 221-222, en los que se ocupa de los derechos que pueden corresponder a los hijos habidos de matrimonios nulos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 69 criticando tal criterio con gran dureza, lo mismo que hace dicho tratadista en "La revisión del Código civil español", Madrid, 1895, págs. 193-194.

Vid. también "Código civil español", de FALCÓN (Modesto) y ROMERO Y GIRÓN (Vicente), Madrid, 1888, en cuyas páginas 74 a 76 se hace un encendido elogio de la indisolubilidad del matrimonio, que consideran necesario reforzar al máximo.

lativos al matrimonio que eran fuente de duda y discusión (39), mantuvo sin reformar el artículo 51 y el 69, lo que permite suponer un implícito reconocimiento por parte de quien legisla de que cada uno de dichos preceptos tiene su razón de ser y su esfera de aplicación.

Ante esta situación, estimamos que la misión del intérprete no puede ser otra que:

a) Reconocer que entre ambos preceptos no existe contradicción alguna; o

b) Admitir la existencia de una auténtica antinomia.

Si se llegare a la primera solución, el problema dejaría de serlo, en cuanto ello lleva implícito que cada precepto tiene su esfera de aplicación, que será: la del artículo 51, los matrimonios que se celebren por personas ya ligadas con vínculo anterior no disuelto; la del 69, el resto de los matrimonios nulos.

A su vez, si se considerase que, efectivamente, existe antinomia o contradicción entre ellos, opinión que parece ser la dominante, las posiciones a adoptar sólo pueden ser dos:

a) Que la contradicción es irreductible (*antinomia fuerte*); y

b) Que la contradicción es más aparente que real (*antinomia débil*).

Si se estimase lo primero, el intérprete no tiene otra posibilidad que hacer uso de la llamada "*interpretatio abrogans*", teniendo por no existente aquel de los dos preceptos que implique o suponga una desviación de los principios generales (40).

Mas no creemos que tal solución pueda ser tenida en cuenta seriamente, dado que la contradicción o antinomia entre dichos preceptos, de existir, sería débil:

1.º Porque el mero hecho de discrepar la doctrina científica en orden a su existencia, estimando unos que la hay y otros que no, implica duda y, consiguientemente, que no se presenta con trazos fuertes y acusados.

2.º Porque el propio Tribunal Supremo, órgano de aplicación e interpretación de la Ley por excelencia, viene aplicando de siempre ambos preceptos, lo que implica que cada uno tiene su campo determinado (41).

(39) Tal aconteció, por ejemplo, con el artículo 42, cuya interpretación tantas discusiones suscitó; con el 45, número 1.º, fuente también de dudas; con el 77, etc.

(40) Sobre esta cuestión, vid. CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vol. I, página 374; BONET RAMÓN, "Compendio...", cit., t. I, págs. 181-182; WINDCHEID, en "Diritto delle Pandette", traducido por Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino, 1925, § 23, pág. 73; SAVIGNY, en "Sistema...", traducción de Jacinto Messia y Manuel Poley, 2.ª edic. Madrid, 1878-1879, t. I, págs. 216 y ss.

(41) Así, y por lo que se refiere al artículo 51, concretamente las sentencias T. S. de 19-I-1926 y 29-V-1926, sin olvidar las de 12-III-1942, 12-V-1944 y 14-VII-1957, que hacen también referencia más o menos directa al artículo 51 como precepto vigente y, por tanto, de actual aplicación, no estando influido ni mediatizado por la doctrina del artículo 69.

3.º Porque, en consecuencia, se trata de dos preceptos dotados de plena vigencia y efectividad.

No nos hallamos, por tanto, ante una antinomia fuerte, irreductible, y sí, a lo sumo, débil o aparente.

Pues bien, si ello es así, la antinomia debe resolverse en el sentido que indica SAVIGNY, esto es, acudiendo a lo que él llama "*conciliación sistemática*", que se opera "*asignando un objeto especial a cada uno de los textos contradictorios y fijando los límites de su aplicación*" (42).

En consecuencia, y por lo que a nosotros hace, la llamada por un sector de la doctrina "antinomia entre los artículos 51 y 69 del C. c." (que, en nuestra opinión, no es realmente tal), caso de existir, ha de resolverse:

a) Señalando a cada uno de dichos preceptos un objeto determinado, fijando, por tanto, su esfera de aplicación.

b) Dicha delimitación debería hacerse sobre las siguientes bases:

1.ª Los matrimonios contraídos concurriendo el impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83, en relación con el 101, núm. 1.º del C. c.), *no producirán en ningún caso efectos civiles*.

2.ª Los restantes matrimonios nulos, esto es, los contraídos concurriendo cualquiera de los impedimentos señalados en los artículos 83, números 1.º a 4.º u 84, o con ausencia de los requisitos que para su validez se determinan en los artículos 101, números 2.º a 4.º, o quebrantamiento de las formas esenciales que se establecen en el artículo 42, producirán efectos civiles, respecto de los contrayentes de buena fe, y siempre en cuanto a los hijos.

3.ª La aplicación del artículo 69, a los supuestos contemplados en el artículo 51 podrá, no obstante, verificarse, siempre que haya una disposición que especialmente lo estableciere (43).

2. El artículo 51, desde el punto de vista de la política o crítica jurídica.

Si en la primera parte de este estudio hemos contemplado los artículos 51 y 69 bajo el prisma de la dogmática jurídica, estudiando su contenido legal y sus posibles puntos de fricción o antinomia pro-

(42) En "Sistema...", cit., mismo t., de nota 40, § XLIV, pág. 222. Se manifiesta también en este sentido CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vol. I, página 374, recogiendo la opinión de Savigny. Igual criterio parece ser el seguido por BOJET RAMÓN, en "Compendio...", cit., t. I., págs. 181-182, y el que parece predominar en la generalidad de la doctrina científica española y extranjera, que se inclinan por la conciliación de los preceptos antinómicos, tal acontece, por ejemplo, con FERRARA, en su "Trattato...", I, págs. 219-223, y principalmente en página 222; con WINDSCHEID, en "Diritto...", cit. t. I, § 23, páginas 73 y ss., etc. :

(43) Un ejemplo de esta legislación especialísima y, por tanto, con prioridad sobre el artículo 51, lo tenemos, en nuestra opinión, en la Ley de 23-IX-1939, que permite aplicar los beneficios del matrimonio putativo a los hijos nacidos de las segundas nupcias (vid. su Disposición transitoria 4.ª).

rando compatibilizarlos, siempre, claro es, dentro del cauce legal, vamos aquí a examinar el artículo 51 desde otro punto de vista, el de la Nomotesia o Crítica jurídica.

A tales efectos, y para lograr en la medida de lo posible una más acertada crítica de dicho precepto, vamos a examinarlo a las luces de la Historia y del Derecho comparado, cerrando este estudio Nomotésico con las pertinentes conclusiones críticas.

a) *¿Tiene historia el artículo 51?*

He aquí el primer extremo a resolver si queremos realizar una adecuada crítica del precepto.

Precedentes legales: ¿Tiene precedentes legales el artículo 51 de nuestro C. c.? Según MUCIUS SCAEVOLA, no; criteriø que parece ser el más generalizado por no decir único, y así, en los diferentes textos legales, trabajos monográficos y artículos consultados, solamente hemos podido encontrar lo que acaso pudiera considerarse como un precedente remoto del mismo.

Nos referimos a la Ley 8, título I ("*de los casamientos*"), libro III del Fuero Real, que dice así:

"Ningún home que después que fuere otorgado derechamente por marido con alguna muger, no sea osado de casar con otra mientras que ella viviese; maguer que no haya tomado bendiciones ni moraron en uno. Eso mesmo mandamos de la muger que fuere otorgada con alguno. Otrosí, defendemos, que con tal home o muger, como dicho es, *ninguno dellos case con ella, sabiendo que tal Pleyto ha con otra: e quien alguna destas cosas lo contrario ficiere, peche cient maravedís, la meytad al Rey e la otra meytad a aquel a quien fizo el tuerto y el Pleyto que fizo non vala*" (44).

Fuera de esta referencia, en la que parece establecerse la invalidez de los matrimonios contraídos con impedimento de ligamen, nada más hay en nuestro Derecho histórico (o al menos no lo conocemos) que permita justificar o apoyar la existencia legal del artículo 51. Otra cosa acontece con el 69, que cuenta con numerosos precedentes legales en nuestra legislación histórica, entre los que podemos citar hasta el siglo XIX, momento en que comienza el movimiento codificador, los siguientes:

a) Dig. Ley 57, párr. 1, tít. 2, lib. 23.

b) Partida 4.^a, tít. 3, ley 3.^a; tít. 13, ley 1.^a y tít. 15, ley 2.^a; Partida 5.^a, tít. 14, ley 50.

(44) No es, desde luego un precedente claro y terminante, en cuanto se limita a establecer la invalidez de los matrimonios contraídos en las circunstancias que relata dicha Ley sin más explicaciones ni referencias, pero es, sin embargo, la única disposición legal, incluidas las Partidas y la Nueva y Novísima Recopilación, en la que tal pronunciamiento puede verse. La Ley que se transcribe está tomada de "Los Códigos españoles concordados y anotados", t. I, Madrid, 1847, pág. 377.

c) Real Cédula de 5 de febrero de 1770, dada por Carlos III (45).

Si del Derecho histórico pasamos a la época de la codificación, nos encontramos en lo que a esta cuestión se refiere:

1.º Que en el Proyecto de 1851 hay precedentes claros del artículo 69, mas no del 51 del C. c. vigente (46).

2.º Que la Ley de Matrimonio civil de 18 de junio de 1870 regula en sus artículos 94 y 95 la figura del matrimonio putativo, con criterio parecido, aunque no idéntico, al del artículo 69 del C. c. (47).

3.º Que única y exclusivamente en el Proyecto de los libros I y II, que se publicó como Ley el 24 de abril de 1882 y fué presentado a las Cortes para su aprobación, lo que no se consiguió se encuentra un precedente claro e inmediato del artículo 51, en el 38 de dicho Proyecto, que aparecía redactado así:

“Artículo 38. No producirá efectos civiles el matrimonio canónico, cuando cualquiera de los cónyuges estuviese ya casado conforme a las disposiciones de este Código” (48).

Como puede observarse, existe una evidente diferencia entre este precepto y el artículo 51 del C. c., en cuanto aquél iba dirigido a provocar la ineficacia exclusivamente del matrimonio canónico, mientras que el actual comprende ambas formas, la canónica y la civil.

(45) Esta Real Cédula dice así: “... se falta a la fe pública del contrato, se engaña a la segunda mujer y ofende a la primera, invierte el orden de la sucesión y legitimidad establecido por las leyes civiles, cuanto precisa con su dolosa malicia que los hijos del segundo matrimonio, siendo verdaderamente adúlterinos, se tengan por legítimos, por la buena fe de la madre, y sucedan a sus padres...”.

(46) Así, el actual artículo 69 se encontraba reflejado en el artículo 93 del Proyecto, bien que no exactamente.

(47) Es digno de tener en cuenta, a los efectos críticos que aquí perseguimos, que esta Ley del Matrimonio civil parece ser constituye uno de los precedentes de nuestro C. c., en lo que a la regulación del matrimonio se refiere, y así lo indicó uno de los que intervinieron en su formación, el señor ROMERO GIRÓN, en uno de los discursos pronunciados en el Senado contestando al señor Comas con motivo de la discusión parlamentaria del C. c., al decir: “Pero ya estoy oyendo la observación que se me opondrá. ¿Es, preguntarán algunos, que la Ley de Matrimonio civil se puede considerar como precedente de nuestro Derecho? ¡Ya lo creo que sí!...”. (En “Discusión parlamentaria...”, cit., págs. 165 *in fine*-166).

(48) Tomado del “Proyecto de Código civil”, editado en Madrid por la Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1882. También contenía dicho precepto un precedente del artículo 69 representado por el artículo 57, que decía así:

“Artículo 57: El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos los efectos civiles, así en favor de los cónyuges como de sus hijos.”

“Si ha intervenido buena fe de parte de uno solo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos.”

“La buena fe se presume si no consta lo contrario.”

En cuanto a la distribución sistemática de ambos preceptos, era muy similar a la del vigente C. c., ya que ambos se encontraban comprendidos en el Título III del Libro I, que trataba “del matrimonio”, así como en el Capítulo primero, correspondiendo el artículo 38 a la Sección primera, epígrafe “De las formas del matrimonio y requisitos para su celebración”, y el 57, a la Sección cuarta, que trataba “De los efectos de la nulidad del matrimonio y del divorcio”.

4.º Que, pese a ello, en el Proyecto de Bases de 1885 se vuelve al criterio mantenido por el Proyecto de 1851, al establecerse en su Base III:

“La institución del matrimonio en sus formas, requisitos, modos de prueba, derechos y obligaciones entre marido y mujer, capacidad jurídica de los contrayentes, paternidad y filiación, *efectos del contrato respecto a las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes*, patria potestad, *nullidad del vínculo* y divorcio se ajustarán en sus principios y disposiciones esenciales al estado legal, creado por virtud de la aplicación del R. D. de 9 de febrero de 1875 y la Ley de 18 de junio de 1870, armonizando los principios en que una y otra disposición se inspiran, y manteniendo, como criterio en la solución de las dudas que ha suscitado la experiencia, el respeto estricto a la jurisdicción y doctrina de la Iglesia sobre los españoles que profesan la religión católica y al derecho constitucional de los que al amparo de la tolerancia religiosa deseen constituir consorcio *perpetuo y familia legítima sin la santificación del Sacramento*”.

Inspirarse en los principios contenidos en la Base transcrita supondría que al ser de aplicación la Ley de Matrimonio civil de 1870 y el R. D. de 1875, habría de estarse a lo dispuesto en los artículos 94 y 95 de aquella, que, como hemos dicho, consagran la figura del matrimonio putativo, mas no la excepción del artículo 51, que no aparecía en ninguno de los precedentes legislativos del C. c., salvo en el Proyecto de 1882.

5.º Que es la propia Ley de Bases de 1888 la que establece en su Base 4.ª:

Las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio... *efectos civiles del contrato*, y, en suma, cuantas constituyen el derecho de familia, *se determinarán de conformidad con los principios esenciales en que se funda el estado legal presente*, sin perjuicio de lo dispuesto en las Bases 17, 18, 22 y 25.”

El estado legal vigente en aquella época estaba representado en materia matrimonial por la citada Ley de Matrimonio civil de 1870, con las modificaciones establecidas en la misma por el R. D. de 1875, las normas de Derecho canónico y la Novísima Recopilación.

Pues bien; toda esa legislación, incluido el Derecho canónico, consagran el principio del matrimonio putativo, pero no el regulado en el artículo 51 del C. c.

Resumiendo, pues, la evolución histórica de ambos preceptos, podemos concluir diciendo que los precedentes legislativos se inclinan abrumadoramente hacia el artículo 69, siendo inconsistentes en lo que hace al artículo 51, que bien puede decirse es un precepto extraño en nuestro Derecho histórico.

Precedentes doctrinales: Nos vamos a referir únicamente a los de la época codificadora.

Comenzaremos por el señor GARCÍA GOYENA, ilustre comentarista del Proyecto de 1851, quien con ocasión de realizar la glosa del artícu-

lo 93 de dicho Proyecto, casi equivalente al actual artículo 69, y apoyándose sin duda en la frase "... y de los hijos de este matrimonio" que figura en aquel precepto, estima extendible el beneficio del matrimonio putativo a los supuestos de bigamia, al decir: "Pero quedará sujeto a todas las obligaciones legales y contractuales para con el otro esposo e hijos, y a las penas de los artículos 386 y 387 del Código penal" (49).

Ello prueba, en nuestra opinión, que para este insigne jurista los efectos del matrimonio putativo *se extendían a todos los supuestos de nulidad del vínculo matrimonial*, bien es verdad que en el Proyecto por él comentado no existía ninguna prohibición, como acontece precisamente en el vigente C. c.

Tampoco en NAVARRO AMANDI puede observarse la más mínima alusión o referencia a una posición que pudiere estimarse como precedente, siquiera puramente doctrinal, del futuro artículo 51 del Código civil, y sí únicamente examina y estudia la figura del matrimonio putativo (50).

A su vez, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, con ocasión de estudiar el impedimento de ligamen, extiende al mismo los beneficios de la buena fe que caracterizan al matrimonio putativo (51) y FERNÁNDEZ ELÍAS sigue, en lo que a ello se refiere, el criterio marcado por la Ley de Matrimonio civil de 1870, ya indicado (52).

Merece también aludirse, en relación con este examen histórico-doctrinal, a las discusiones parlamentarias originadas por la codificación, y más concretamente a los discursos que en el Senado se pronunciaron con motivo de la elaboración del C. c.

En ellos, la única preocupación que parece traducirse, con referencia a la cuestión que examinamos, es la de que el artículo 69, cuyo proyecto se discutía, hubiere extendido los beneficios de la buena fe a los hijos, aunque el matrimonio se hubiere contraído de mala fe por ambos cónyuges. Ninguna referencia hemos encontrado, sin embargo, en los mismos, ni a la posible antinomia entre dicho artículo y el 51 del futuro y entonces discutido C. c., ni al porqué de este último precepto.

Parece, por tanto, como si dicho artículo 51 no existiera en la discusión parlamentaria del C. c., o no ofreciera problema alguno. Y así, el señor COMAS, en uno de los discursos pronunciados en que hace

(49) "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", t. I, Madrid, 1852, págs. 103-104.

(50) Así, en su "Código civil de España", t. I, Madrid, 1880, se contiene una especie de articulado construido sin duda alguna por el propio autor, y en él, bajo el epígrafe de "Artículo 176", regula la figura del matrimonio putativo que configura así: "El matrimonio nulo contraído de buena fe por ambos cónyuges producirá todos sus efectos civiles mientras subsista, y la legitimidad de los hijos" (en pág. 118 de dicha obra).

(51) En "Códigos o estudios fundamentales de Derecho civil español" 3.^a edic., t. I, Madrid, 1871, pág. 319.

(52) En "Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español" Madrid. 1873.

una referencia concreta al artículo 69, después de reprochar al legislador su criterio de extender dicho precepto comprendiendo en los beneficios del matrimonio putativo a los hijos en todo caso, incluso existiendo mala fe por ambas partes, da a entender que ese artículo es aplicable incluso a los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen (53).

Vemos, pues, cómo en la doctrina científica inmediatamente anterior al C. c., e incluso en la coetánea a su discusión y elaboración, no se observan antecedentes directos ni indirectos de lo que iba a ser el artículo 51 de dicho Cuerpo legal (54).

Pero más interesante es aún, que ni siquiera en la que surge como consecuencia de la publicación de aquél se da una explicación de dicho precepto, ni se procura aclarar el porqué de un artículo que no ha figurado nunca en nuestra legislación histórica, ni tampoco en ninguno de los elementos que parece ser informan el Código (55).

Así, son bastantes los juristas que con ocasión de comentar por vez primera el Derecho civil después de la promulgación del Código, no se ocupan, o lo hacen simplemente de pasada, del artículo 51; tal acontece, por ejemplo, con ABELLA, que se limita a transcribirlo (56), y con BORREL Y SÁNCHEZ, que hace lo mismo (57).

A su vez, GARCÍA BURÓN lo menciona de pasada y sin ocuparse de los problemas que puede plantear, con ocasión de tratar del matrimonio canónico (58), y el propio COMAS, que confeccionó un Proyecto de Código civil, en el que pretendía resolver las dudas y defectos de dicho texto legal, parece prescindir en absoluto del artículo 51, bien que no del 69 (59).

(53) "Discusión parlamentaria...", cit., pág. 110.

(54) Al menos, nosotros no los hemos podido encontrar, lo que no quiere decir que no pueda haber alguno, en obras o autores que no hayamos consultado, bien que lo estimemos casi imposible, dado el criterio que observamos se seguía en aquella época.

(55) Así, ni en el Proyecto de 1851, ni en las Leyes especiales, y más concretamente en la de Matrimonio civil de 1870, ni en las legislaciones forales, ni tampoco, como veremos más adelante, en los Códigos civiles de Francia, Italia o Portugal, ni en el Derecho consuetudinario, ni, como hemos visto, en la doctrina científica o jurisprudencial, pueden observarse los más mínimos, indirectos o mediatos precedentes del artículo 51.

(56) En "Código civil español", 5.ª edic., Madrid, 1904, en cuya obra se limita a transcribirlo. Posteriormente, en páginas 70-71, hace un breve comentario al artículo 69, mas sin referencia alguna a su aparente antinomia con el 51.

(57) En "Código civil español", t. I, Barcelona, 1890, págs. 123 y 140.

(58) En "Derecho civil español", t. I, Valladolid, 1898, pág. 323.

(59) "La revisión del Código civil español", t. I, Madrid, 1895, págs. 185 a 197. En esta obra el autor pasa del examen del artículo 50, que critica, al del 52, dejando sin examinar, por tanto, el artículo 51. Pero es que, además, al trata del 69 en las páginas indicadas, parece prescindir en absoluto de la tesis sustentada por aquel artículo, o al menos eso es lo que deducimos del siguiente párrafo contenido en las páginas 193-194: "Estos hijos, tan inocentes como desgraciados, así como todo hijo natural, serán, no obstante, de peor condición que aquellos de matrimonio putativo, cuyos padres ya casados, y, por tanto, adúlteros, o sacerdotes o ligados por voto religioso, y, de consiguiente, sacrílegos,

b) *El artículo 51 y el Derecho comparado.*

Así como en el anterior epígrafe nos preguntábamos si tenía o no historia este precepto, cabe aquí formular esta otra interrogante: ¿tiene concordancias en el Derecho comparado el artículo 51 de nuestro Código civil?

Sin que nos atrevamos a contestar con un rotundo y tajante no, dado que resulta imposible examinar toda la legislación mundial, podemos, sin embargo, sentar la afirmación de que en ninguno de los Códigos civiles y Leyes especiales consultados nos ha sido posible encontrar un precepto similar.

Y decimos esto, toda vez que la única excepción encontrada no merece en realidad tal consideración, en cuanto se trata del C. c. de Cuba, idéntico al español (60).

Las legislaciones positivas consultadas a los efectos que acabamos de indicar, son las siguientes:

Alemania occidental y oriental (61), Argentina, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Francia, Haití, Holanda, Honduras, Italia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia (62), Rusia (63), Salvador (El), Suecia, Suiza, Uruguay y Venezuela.

De ellos, unos regulan la figura del matrimonio putativo, que extienden, en términos generales, a todos los supuestos de nulidad (64):

no sólo no hubieran reparado en provocar la generación, *sino que se hubiesen atrevido por medio de la celebración de un matrimonio nulo...*".

Parece claro, por tanto, que para el señor Comas los beneficios del artículo 69 son aplicables incluso a los matrimonios contraídos con impedimento de ligamen.

(60) En efecto, el R. D. de 31 de julio de 1889 hizo extensivo a la Isla de Cuba, entre otros lugares, el C. c. español, y posteriormente, declarada su independencia, por una disposición de fecha 1 de enero de 1899, fué mantenido como C. c. del nuevo país.

Buen ejemplo de ello lo tenemos en su artículo 51, que dice lo mismo que el correspondiente del C. c. español, primera edición, y transcribimos: "*Art. 51. No producirá efectos civiles el matrimonio cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente.*"

(61) En Alemania occidental rige en esta materia el B. G. B., mientras que en la oriental se encuentra regulada por la "Ley sobre el matrimonio" de 20 de febrero de 1946 y la Ordenanza referente a la celebración y disolución del matrimonio de 24 de noviembre de 1955.

(62) El llamado "Código de familia polaco" ha sido promulgado por Ley de 27 de junio de 1950. (Vid. *Rv. I. J.*, núms. 220-221, de 1961, págs. 3 a 16.)

(63) Nos referimos al Código de Familia ruso de 1 de enero de 1927, con las modificaciones introducidas en él por Ley de 8 de julio de 1944.

(64) Queremos indicar con ello que en estas legislaciones los beneficios derivados del llamado matrimonio putativo son de aplicación a toda clase de matrimonios nulos, no encontrándose, por tanto, exceptuada ninguna clase de nulidad, a diferencia de lo que acontece en el nuestro, en que por disposición del artículo 51 no se aplica dicha figura al matrimonio contraído con impedimento de ligamen.

Las legislaciones que siguen dicho criterio son, entre otras, *Argentina* (artículos 230 a 232 y Ley sobre el Matrimonio civil de 1-XII-1889, arts. 9.º, nú-

otros no contienen ningún pronunciamiento en orden al matrimonio putativo, tal acontece con el austriaco, el C. de Familia ruso, e incluso con el C. de Familia polaco (65); no faltando tampoco las legislaciones que si bien reglamentan en cierto modo esta figura, lo hacen en forma distinta a la que pudiéramos llamar clásica, en cuanto suelen proyectar la buena fe sobre la indemnización de daños y perjuicios (66).

c) Nuestra opinión.

Del estudio histórico y de Derecho comparado que acabamos de hacer puede extraerse como consecuencia evidente la inexistencia de precedentes legales del artículo 51 y la carencia de concordancias en las legislaciones positivas de otros países.

Ello hace que, pese a defender, como hemos hecho en la primera parte de este trabajo la aplicación de dicho precepto con un campo o

mero 5.º, 84 y 87), *Bélgica* (arts. 201, 202), *Bolivia* (arts. 119-120), *Costa Rica* (artículos 55, núm. 1.º y 98), *Francia* (arts. 201-202), *Holanda* (arts. 150, 151), *Italia* (art. 128), *México* (art. 156, en relación con los 253, 255 y 256), *Perú* (artículo 157), *El Salvador* (arts. 167 y 168), *Suiza* (art. 133), *Panamá* (artículos 419, 431 y 1.687 y ss.), *Venezuela* (art. 122 y especialmente el 127), *República Dominicana* (art. 61, 20.º), *Brasil* (art. 221), etc.

(65) En este Código de Polonia no se regula en realidad el matrimonio putativo, si bien se contiene en su artículo 12 una referencia a la buena fe. También podemos incluir aquí a Alemania oriental.

(66) Entre ellas, podemos destacar el B. G. B., que, como dice ENNECERUS en ob. cit., t. IV, vol. I, pág. 174, sigue una posición intermedia abandonando el punto de vista del D. común. Dichos efectos se regulan en los artículos 1.345 a 1.347, y comprenden, entre otros, la obligación de prestar alimentos por el cónyuge de mala fe, la revocación de donaciones, etc. Independientemente de esto, hay que tener en cuenta, en relación con los hijos, lo prevenido en el artículo 1.699.

También puede incluirse aquí al llamado Código del Matrimonio. sueco (vid. FORSSIUS, "Le Code du mariage", Ley de 11-VI-1920, con las modificaciones habidas hasta el 1-X-1954, París, 1955), en cuanto en los arts. 6.º y 8.º del capítulo X habla de buena fe respecto del matrimonio nulo, pero proyectándola sobre las indemnizaciones, abono de alimentos, y si es la mujer la culpable, extendiendo los efectos de la buena fe del marido a la prohibición de que pueda usar el nombre de éste.

Por su parte, el Código colombiano hace jugar la buena o mala fe de los contrayentes en los supuestos de matrimonios nulos, sobre la indemnización de daños y perjuicios, así como la validez o nulidad de las donaciones recibidas (vid. arts. 112, 140 a 142, 164 y 1.846 del C. c.).

Supuesto especialísimo es el regulado en la Ley de 2-IV-1952 de Chile, por virtud de la cual se aplica únicamente al matrimonio nulo, radicalmente, por haber sido celebrado sin presencia de testigos, el beneficio de considerar legítimos a los hijos habidos sin necesidad de acreditar la buena fe ni de que se justifique la causa del error, quedando, por tanto, excluidas de este trato las restantes causas de nulidad.

Sobre esta cuestión, merecen consultarse, entre otras, las siguientes obras:

GALLARDO (Ricardo), "Divorcio, separación de cuernos y nulidad del matrimonio en las naciones latino-americanas", Madrid, 1957; FERNÁNDEZ CLÉRIGO (Luis), "El Derecho de familia en la legislación comparada", México, 1947; ARMINJÓN, NOLDE y WOLFF, "Traité de Droit compare", Paris, 1951-1952, y BOURBOUSSON (E.), "Du mariage, des regimes matrimoniaux, des successions dans les cinq parties du monde", Librairie Marchal et Billard, Paris, 1934.

esfera de aplicación distinto del que corresponde al artículo 69, no podamos por menos que llegar a la conclusión de que debería ser suprimido.

Y decimos esto porque una cosa es, como indicábamos, el estudio del artículo 51 desde el punto de vista de la dogmática jurídica, posición desde la cual no están admitidas las críticas y sí sólo el estudio del precepto, y otra muy distinta su examen bajo el prisma de la Política jurídica o Nomotesia, que es el actualmente contemplado.

Pues bien, considerada la cuestión desde este plano tenemos:

a) Que el artículo 51 ha sido, es y será fuente de dudas y discusiones en el seno de la doctrina científica.

b) Que actualmente, por lo menos, no tiene tan clara justificación el severísimo trato a que somete dicho precepto el impedimento de ligamen.

c) Que tampoco tenía una clara y definida justificación su inclusión en el articulado del Código civil cuando éste fué redactado.

d) Que es el único Código civil en el que se contiene una disposición de esta naturaleza.

e) Que carece de precedentes en nuestro Derecho histórico.

f) Que igualmente carece de precedentes en la legislación canónica (67).

g) Que por razón de circunstancias y momentos históricos, ha habido ya excepciones legales a la doctrina del artículo 51 en España (68).

Evidentemente no puede olvidarse, sin embargo, que son muchas las alegaciones que pueden hacerse en favor del artículo 51 y en contra, por tanto, de su supresión. Mas estimamos que carecen de efectiva so-

(67) En efecto, el Código canónico sigue, en lo que al impedimento de ligamen se refiere, el más generalizado criterio de aplicarle también los beneficios del matrimonio putativo en cuanto, si bien el canon 1.069 establece efectivamente la invalidez del matrimonio contraído con dicho impedimento, el 1.015 establece como criterio general y sin limitación alguna, en su apartado 4.º, lo siguiente:

"Canon 1.015, 4.º: Si por lo menos uno de los cónyuges ha procedido de buena fe al celebrar el matrimonio inválido, éste se llama putativo hasta que ambos comozcan con certeza la nulidad."

Comentando este canon, MIGUELES DOMÍNGUEZ, ALONSO MORÁN y CABREROS DE ANTA, en "Código de Derecho canónico, bilingüe y comentado", 5.ª edición, Edit. Católica, dicen: "Para que exista matrimonio putativo se exigen dos condiciones: matrimonio inválido y buena fe. Ahora bien, para que exista matrimonio inválido es preciso que el acto tenga figura o apariencia de matrimonio." Pues bien, estas condiciones concurren, en nuestra opinión, en el celebrado con impedimento de ligamen. A su vez, MONTSERRAT MELIÀ, en "Derecho matrimonial canónico", 1.ª edic., Barcelona, 1961, dice, en el núm. 16, pág. 31: "El matrimonio putativo es una especie dentro de la invalidez genérica, por el motivo que fuere: defecto de forma, carencia de consentimiento o presencia de un impedimento dirimente."

(68) Ejemplo de esto lo tenemos en los momentos inmediatamente posteriores a nuestra guerra civil, y concretamente en la Ley de 23 de septiembre de 1939 que derogó la Ley de Divorcio de 2 marzo 1932, en cuya disposición transitoria 4.ª se contiene una auténtica excepción al art. 51, motivada, como decimos, por especialísimas circunstancias.

lidez, al menos si se las compara con las que hemos alegado en contra, y, por tanto, nos inclinamos hacia la supresión de dicho precepto, a fin de poner nuestro C. c., en lo que al tratamiento de los impedimentos dirimientes se refiere, a la altura de las legislaciones extranjeras y del Derecho canónico.

Así, el hecho de que el artículo 51 parezca ser fué plasmado en el C. c. para fortalecer la unidad e indisolubilidad del matrimonio, a la vez que para impedir la poligamia y la poliandria, carece actualmente de razón de ser, en cuanto el verdadero peligro para la indisolubilidad del matrimonio lo representa hoy el divorcio, no la bigamia. Además, la poligamia se impide mejor sancionando penalmente a quien contraiga matrimonio sin estar legítimamente disuelto el anterior, que privando de derechos civiles a quienes han actuado de buena fe, y lo que es peor aún, a quien, como los hijos, ninguna intervención han tenido en los hechos.

Este, al menos, es, como se ha indicado, el criterio que sigue la propia Iglesia. Parece, pues, extraño que las consecuencias del matrimonio celebrado con la concurrencia de dicho impedimento sean medidas con más severo rigor por la legislación civil que por la canónica.

También se ha argumentado, en favor del artículo 51, el hecho de que si se aplicare en los supuestos de concurrencia del impedimento de ligamen la doctrina del matrimonio putativo, ello implicaría grave lesión para la filiación legítima (69).

Dicha consecuencia no puede efectivamente negarse cuando del primer matrimonio exista descendencia, toda vez que conceder a la prole habida del segundo derechos civiles, disminuirá, y en muchos casos, considerablemente los que corresponden a los primeros (70).

(69) Tal argumento había sido ya visto por el legislador español en épocas anteriores a las de la codificación. Así, Carlos III, en la Real Cédula de 5-II-1770, hace una descripción de los males de la bigamia diciendo que con ella "... se falta a la fe pública... se invierte el orden de la sucesión y de la legitimidad establecido en las leyes civiles, en cuanto precisa con su dolosa malicia que los hijos del segundo matrimonio, siendo verdaderamente adúlteros, se tengan por legítimos por la buena fe de la madre y sucedan a sus padres...".

(70) A propósito de esto, merece citarse lo dicho por el señor ROMERO GIRÓN en su discurso de contestación al señor Comas (vid. "Discusión parlamentaria..." cit., pág. 175), donde con ocasión de examinar el art. 69 del C. c. en relación con las manifestaciones que había hecho este último, nos dice:

"Si este artículo dijese que eran legítimos, tendría razón el señor Comas, pero respecto a esas infelices criaturas, hijos quizá del crimen y de la perversidad moral y de todo lo que se quiera, hasta del sacrilegio, la ley determina su protección, no les da el carácter de hijos, *les da derechos civiles*. ¿Cuáles? El único derecho, el más reducido que puede darles, pero el más fundamental y que no se les puede negar" (se refiere el señor Romero Girón al de alimentos prevenido en el art. 107 del C. c.).

A estas alegaciones del señor Romero Girón opone, nuevamente las suyas el señor Comas (vid. misma ob., págs. 221-222), con más acierto, en nuestra opinión, que aquél, en cuanto considera que los "*efectos civiles*" de que habla el artículo 69 vienen referidos necesariamente a la legitimidad de los hijos, y no a lo que decía su oponente.

Mas por la misma razón habría de eliminarse la aplicación del artículo 69 en todos aquellos casos en que pudieran concurrir los derechos civiles de hijos legítimos con otros que no lo son.

En efecto, supongamos un matrimonio del que han nacido varios hijos. Uno de los esposos, que mantiene relaciones extramatrimoniales con otra persona, decide, de común acuerdo con ésta, y para poder contraer matrimonio con ella, privar de la vida al otro cónyuge. Consumado el delito, se unen ambos en matrimonio y tienen descendencia.

Evidentemente, este segundo matrimonio no es válido, pues se ha celebrado concurriendo un impedimento dirimente, el del adulterio con conyugicidio (canon 1.075 y artículo 84, núm. 8.º C. c.). No obstante, lo cierto es que los hijos habidos de dicha unión nula entran de lleno en el ámbito del artículo 69 del C. c. y, por tanto, gozan de los mismos derechos civiles que si fuere el matrimonio válido, con el consiguiente perjuicio para los hijos habidos de la primera unión.

Otro supuesto que puede darse en la práctica, máxime en circunstancias como las actuales en que la última conflagración separó a familias enteras, es la del matrimonio entre ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural, o entre colaterales por consanguinidad en primero y segundo grado (y, por tanto, no dispensables, art. 84, 1.º, 2.º; y 85 C. c.) en el matrimonio civil, o hasta el tercer grado en el canónico (canon 1.076).

Descubierto el impedimento, el matrimonio es declarado nulo, mas entra en juego, al menos para los hijos, el principio del matrimonio putativo. Si posteriormente cualquiera de los contrayentes celebra matrimonio válido con otra persona y tienen descendencia, ésta se verá perjudicada.

Estimamos, pues, que el argumento del perjuicio para los hijos del primer matrimonio no es lo suficientemente sólido para que pueda fundamentarse en él el mantenimiento del artículo 51.

d) Conclusiones.

Para cerrar esta primera parte del trabajo, en el que hemos contemplado el artículo 51 y sus relaciones con el 69 del C. c. desde el punto de vista de la Dogmática y la Política jurídica, sin olvidar el aspecto histórico y de Derecho comparado, vamos a sentar las siguientes conclusiones:

I.—Entre los artículos 51 y 69 del Código civil no hay contradicción absoluta o irreductible, y sí únicamente una aparente antinomia, que se resuelve señalando a cada precepto su objeto a la vez que fijando los límites de aplicación de cada uno.

II.—Consiguientemente, en la actual situación legal, los dos artículos tienen su respectiva y delimitada esfera de aplicación.

III.—Es la del artículo 51, los matrimonios celebrados sin estar legalmente disuelta la unión anterior, los cuales, a tenor de dicho pronunciamiento legal, *no producirán efectos civiles algunos para los contrayentes ni para los hijos habidos, exista o no buena fe.*

A su vez, el artículo 69 se aplicará a los restantes matrimonios nulos, o sea, a los contraídos incumpliendo lo dispuesto en el artículo 42 del C. c., o con la concurrencia de los impedimentos establecidos en el artículo 83, números 1.º a 4.º, y artículo 84 de dicho Cuerpo legal.

IV.—El artículo 51 del Código civil carece de precedentes históricos, tanto legales como doctrinales, así como de concordancias en el Derecho comparado.

No acontece lo mismo con el artículo 69, que cuenta con abundantes precedentes y concordancias.

V.—Pese a lo indicado en las conclusiones I a III, lo cierto es que el artículo 51 del Código civil ha sido y es fuente de discusiones y discrepancias, tanto en el campo de la doctrina científica como de los Tribunales.

VI.—Por ello sería conveniente su supresión, ampliándose el campo de acción del artículo 69 a los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83 del C. c.), lo que estaría más en concordancia con nuestro Derecho histórico, así como con el comparado y el canónico.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN LAS CONDICIONES DETERMINADAS EN EL ARTÍCULO 51 DEL CÓDIGO CIVIL

Contemplado este precepto desde el punto de vista de la Dogmática, la Historia y la Crítica jurídica, sin olvidar el Derecho comparado, vamos a proceder en este apartado a estudiar las consecuencias que puedan derivar de la celebración de uno de estos matrimonios, cuidando de advertir que nos referimos única y exclusivamente a las consecuencias civiles, prescindiendo en absoluto de las penales.

1. *Situación actual de la cuestión.*

El problema de los matrimonios celebrados en las condiciones que se describen en el artículo 51 del C. c. español, esto es, del contraído pese a concurrir el impedimento de ligamen, considerada la cuestión en términos generales y abstractos, es el de todos los matrimonios que se celebran concurriendo impedimentos, o sea, el de su grado de ineficacia o invalidez. ¿Cuál ha de ser ésta?

Comenzaremos por decir que, ante el problema de los matrimonios inválidos o ineficaces, la doctrina científica suele escindirse en dos grandes grupos:

a) El de quienes estiman que no es aplicable al matrimonio la teoría general de la invalidez de los negocios jurídicos (71).

(71) Siguen esta posición, entre otros, los siguientes juristas, que agrupamos por nacionalidades:
 ESPAÑA: BONET RAMÓN, en "Derecho civil", t. II, Madrid, 1940, pág. 258, y en "Compendio...", cit., t. IV, págs. 445 y ss.; GARCÍA CANTERO, en "El vínculo...", cit., págs. 223 a 225; PUIG PEÑA, en "Tratado...", cit., t. II,

b) El de los que aplican dicha teoría general al matrimonio. Esta segunda posición es, sin duda, la más numerosa.

El problema es en realidad interesante, estimando en relación con él que no debe adoptarse una posición extrema.

En efecto, el matrimonio, por sus especiales características, es una institución que tiene más diferencias que semejanzas con los llamados negocios jurídicos.

Parece; por tanto, lógico y evidente que no puedan aplicarse a él con toda su pureza las normas que rigen la teoría general de la invalidez de los negocios jurídicos.

Mas no debe tampoco olvidarse que es esta la única teoría que se encuentra elaborada y construida en materia de invalidez e ineficacia de las relaciones de Derecho y, consiguientemente, que si algo se quiere construir, en lo que al matrimonio se refiere sobre esta cuestión, habrán de tomarse siempre los elementos esenciales de esa teoría general, única que puede suministrar las bases para toda otra construcción.

Podrá, por tanto, después acomodarse la nulidad, anulabilidad, rescisión, etc., a las características generales de la institución de que se trate, siempre que ésta ofrezca peculiaridades que exijan tal acoplamiento, mas los elementos básicos tendrán que ser tomados necesariamente del único punto donde se encuentran construidos: el negocio jurídico.

vol. I, pág. 537; PERÉZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en Comentarios a la ob. de Enneccerus, t. IV, vol. I, § 24, pág. 141; y en cierto modo también VALVERDE, "Tratado...", cit., t. IV, pág. 153. Vid. también en relación con esta cuestión, CASTÁN, "Derecho...", cit., t. V, pág. 673-674.

ITALIA: TRABUCCHI (Alberto), en "Istituzioni di diritto civile", Sexta ediz., Padova, 1952, núm. 114, pág. 232; SCONAMIGLIO (Renato), en "Contributo alla teoria del negocio giuridico", edit. Jovena, Napoli, 1950, parece inclinarse también hacia esta tesis, al admitir, en el núm. 141, pág. 385, que en ciertos tipos excepcionales de negocios jurídicos, entre los que se encuentra el matrimonio, la inexistencia ofrece peculiaridades; a su vez, CICU, en "Derecho de familia", trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1947, pág. 338, parece seguir, aunque por otras razones, análogo criterio. También SANTORO PASSARELLI, en "Dottrine generali del diritto civile", Edit. Jovene, Napoli, 1954, pág. 220.

FRANCIA: COLIN y CAPITANT, en "Curso...", 3.ª edic. española, Madrid, 1952, pág. 374; CARBONIER, en "Droit civil", Paris, 1955, t. I, págs. 381-382; JULIOT DE LA MORANDIERE, en "Droit civil", de Colin y Capitant, 3.ª edic., Paris, 1963, t. I, núm. 533, pág. 299; SAVATIER, en "Cours de droit civil", 2.ª edic. Paris, 1947, t. I, núm. 205, pág. 113, y MAZEAUD, "Leçons de droit civil", t. I, Paris, 1955, núm. 787, pág. 813.

MEXICO: FERNÁNDEZ CLÉRIGO (Luis), en "El Derecho de familia en la legislación comparada", México, 1947, pág. 88.

PORTUGAL: Parecen incidir en el mismo criterio, entre otros, DO NASCIMENTO (J. A.), en "Lições de direito civil", Relações de família e sucessões. Coimbra, 1933, pág. 35; BRAGA DA CRUZ, en "Direitos de família", 2.ª edição revista e actualizada pelo prof. PERES DE LIMA, vol. I, Coimbra, 1942, págs. 43, 44 y 243; también el prof. MARNOCO E SOUSA, cuya opinión precisamente es la que siguen los dos anteriores, a cuyas citas nos remitimos en lo que hace a esta cuestión.

Por todo ello, si bien no negamos que la teoría general de la ineficacia jurídica pueda no ser aplicable en toda su pureza al matrimonio, nos atrevemos a afirmar que la invalidez del vínculo matrimonial ha de construirse necesariamente sobre las bases establecidas por ella.

2. Posición de las legislaciones extranjeras.

Estimamos interesante hacer un breve examen del criterio seguido por el Derecho comparado en materia de ineficacia o invalidez del vínculo matrimonial, ya que puede servirnos de orientación para construir dicho aspecto jurídico en nuestro Derecho positivo (72).

Constituye una regla general, en lo que a las legislaciones positivas extranjeras se refiere, no regular la inexistencia del matrimonio (73). No acontece, sin embargo, lo mismo con la llamada nulidad radical, regulada, bien que con el nombre genérico de nulidad, en la generalidad de los Derechos positivos, al igual que acontece con la anulabilidad (74).

(72) Para GARCÍA CANTERO, en "El vínculo...", cit., pág. 224, el estudio del Derecho comparado, en lo que a esta cuestión se refiere, no ofrece gran interés, dado que "Hay que tener en cuenta (dice) que el sistema de nulidades matrimoniales es peculiar de cada ordenamiento, y por ello no es muy grande la ayuda que puede ofrecer el Derecho comparado".

Sin dejar de reconocer el acierto que en líneas generales encierran estas líneas, hemos de hacer constar que no estamos, sin embargo, completamente conformes con la opinión formulada por el autor de ese magnífico y acertado trabajo. Y no lo estamos, por considerar que el estudio del tratamiento de las nulidades matrimoniales en el Derecho comparado, pese a sus diferencias y diversidad, puede servir siempre de orientación e incluso ayudar a resolver puntos oscuros, máxime cuando, en nuestra opinión, las diferencias, al menos dentro de las legislaciones del mismo grupo, no son, por regla general, esenciales y sí sólo accidentales, como tendremos ocasión de ver en este epígrafe.

(73) Esta figura de la ineficacia ha sido construida por la doctrina científica y perfilada posteriormente por la jurisprudencia, mas, como indicamos en el texto, no se encuentra recogida en ningún texto legal, al menos de los por nosotros consultados.

(74) Así, y por lo que a la nulidad radical se refiere, la tenemos regulada, entre otros Códigos y leyes especiales, en el B. G. B. de Alemania occidental (art. 1.317, en relación con los 1.318, 1.326 y 1.327); en la Ley sobre Matrimonio civil de 20-II-1946 (arts. 11, 12, 13, 16 y 17) de Alemania oriental y la Ordenanza de 24-XI-1955 relativa a la celebración y disolución del matrimonio de la misma zona oriental (vid. ambas disposiciones en *Rv. I. J.*, núms. 144-145, 1955, págs. 321 y ss., y núms. 162-163 de 1956).

Siguen también este criterio, el C. c. *argentino*, y especialmente su Ley de Matrimonio civil de 1-XII-1889, art. 84; el de *México*, en su Cap. IX, Tít. V, Libro I, que trata de los matrimonios nulos e ilícitos, y especialmente vid. el art. 249; el *italiano*, en los arts. 86-87, núms. 1.º, 2.º y 4.º, y 117; el *belga*, en los arts. 184, 189 y 191; el *brasileño*, art. 183, apartados I a VIII, en relación con los 203, 207 y 208; el *colombiano*, en su art. 140, núms. 7, 8, 9, 11 y 12, así como el art. 13, núm. 2.º de la Ley núm. 57 de 1887; el *peruano*, en su artículo 132; el de *Costa Rica*, arts. 53 y 55, en relación con el 96; el *francés*, arts. 184, 189 y 191; el *cubano*, en su art. 101, en relación con los 83 y 84; el de *Venezuela*, arts. 117 y ss.; el *salvadoreño*, en el art. 102, en relación con el 167; el llamado "*Code du mariage*" *sueco*, en su art. premier del capítulo X; el *suizo*, en su art. 120; el art. 11 del D. núm. I, de 25-XII-1910, de Portugal; etc.

Las diferencias de denominación no son, pues, grandes, al menos en lo que a estas formas de ineficacia se refiere, y suelen consistir, por regla general, en aplicar la denominación genérica de anulabilidad tanto a la nulidad radical como a la relativa o anulabilidad propiamente dicha, o bien lo contrario, en emplear como concepto genérico el de nulidad para designar ambas manifestaciones (75).

Ello no obsta, sin embargo, para que existan manifestaciones de diversidad denominativa, tal acontece, por ejemplo, con la Ley de Matrimonio de Alemania oriental de 20 de febrero de 1946, en la que se habla de nulidad, anulabilidad y “supresión o disolución del matrimonio” (arts. 33 a 40) como especies distintas, lo que se reitera en la Ordenanza de 24 de noviembre de 1955 (art. 6).

Por último, diremos, en orden a esta cuestión, que otra de las diferencias que suele manifestarse en los Derechos positivos —posiblemente la más interesante, a nuestro modo de ver— es la del tratamiento de ciertos impedimentos que mientras en unas legislaciones motivan la nulidad radical del vínculo matrimonial, en otras producen únicamente su anulabilidad (76).

El supuesto que aquí nos interesa es el del matrimonio anterior no disuelto, hecho respecto del cual todos los derechos positivos que hemos consultado están acordes en considerarlo como un impedimento.

Las diferencias, sin embargo, existen, y se proyectan sobre el tratamiento a que debe someterse dicho impedimento. Así, mientras unas legislaciones, las más numerosas, siguen el criterio de considerar que provoca la nulidad radical del matrimonio (77), otras, sin embargo, siguen un peculiar criterio, tal acontece, por ejemplo, con la sueca y

En cuanto a la llamada anulabilidad, es regulada por los mismos Códigos y leyes especiales que acabamos de indicar.

(75) Así acontece, por ejemplo, en Italia, cuyo C. c. emplea el término anulabilidad para designar tanto la nulidad radical como la relativa o anulabilidad propiamente dicha.

(76) Un ejemplo de esto lo tenemos en los impedimentos del error, el rapto y la violencia, que en unas legislaciones, como la del Brasil, Costa Rica, Nicaragua, etc., provocan únicamente la nulidad relativa o anulabilidad del matrimonio, mientras que en otras producen la nulidad radical.

Incluso no faltan legislaciones que, como las mismas de Costa Rica (arts. 56 y 57), Brasil (art. 183-IX, en relación con el 209) y Nicaragua (art. 111), así como la de la República Dominicana (arts. 57 y ss.), consideran la enajenación mental o incapacidad como un impedimento que produce únicamente la anulabilidad del matrimonio, y, a su vez, la italiana, en el art. 120 del C. c., establece que si ha existido cohabitación durante un mes después de que se haya recuperado las facultades mentales, no puede ejercitarse la acción de impugnación.

Por su parte, el B. G. B., en el art. 1.325-II, admite, en los supuestos de inconsciencia o perturbación intelectual pasajera, la ratificación del matrimonio (77) Tal acontece, por ejemplo, entre otros, con el Código civil suizo, el portugués, el del Brasil, el belga, el de Colombia, Argentina, Cuba, Ecuador, Francia, Italia, el B. G. B. y la Ley de Matrimonio civil de Alemania oriental, tantas veces citada en el presente trabajo.

la panameña, para las cuales si el matrimonio anterior es disuelto antes de que el segundo haya sido declarado nulo, éste es válido (78).

En cuanto al llamado matrimonio putativo, es reglamentado por la mayoría de los Derechos positivos. Ello no obsta, sin embargo, para que en ciertas legislaciones se regule de forma que bien pudiera decirse indirecta y, a veces, incluso confusa, tal acontece, por ejemplo, con el propio B. G. B., en el que dicha figura no aparece con la claridad que se encuentra reflejada en los Códigos francés, italiano, suizo, español, etc., y sin embargo, no puede decirse tampoco que no se conozca o no se regule en dicho Código (79).

Otro tanto puede decirse del "Code du mariage" sueco (80), no faltando legislaciones que, como el Código de familia polaco, promulgado por Ley de 27 de junio de 1950, no regulan el matrimonio putativo (81).

(78) Así, el "Code du mariage" sueco establece, en su "Artículo Premier, Capítulo X", lo siguiente:

"Si el matrimonio ha sido contraído pese a las prohibiciones indicadas en los artículos 7 a 10 del Capítulo II, será declarado nulo por el Juez.

La anulación no tendrá, sin embargo lugar por razón de la prohibición indicada en el artículo 10 del Capítulo II, si el matrimonio anterior ha sido disuelto antes del ejercicio de la acción de nulidad."

En el artículo 10, al que se alude en el aquí transcrito, se contiene el impedimento de ligamen.

A su vez, el Código civil peruano contiene, en el art. 137, un pronunciamiento parecido, en cuanto dispone:

"No procede la nulidad en caso de bigamia cuando el anterior matrimonio ha sido disuelto, si el cónyuge del bigamo tuvo buena fe."

Cabría, por último, citar aquí al C. c. de Uruguay, cuyo art. 202 establece, con referencia al 91, número 3.º, donde se encuentra plasmado el impedimento de ligamen, que si alguno de los cónyuges oponen la nulidad del primer matrimonio, habrá de decidirse previamente sobre dicho extremo. Ello lleva consigo, en nuestro modo de ver, que si es declarado nulo el primer matrimonio, no podrá decretarse la nulidad del segundo que, consiguientemente, será válido.

(79) Así, en los arts. 1.345 y 1.347 se determinan las consecuencias patrimoniales derivadas de la nulidad del matrimonio, teniendo en cuenta que dicha nulidad fuera conocida por uno de los dos contrayentes, quedando exceptuados de esta disposición los matrimonios cuya nulidad se funde en un defecto de forma y no hayan sido inscritos en el Registro correspondiente. A su vez, el art. 1.699 puede en cierto modo considerarse como una disposición que indirectamente viene referida al matrimonio putativo, en cuanto determina que tendrá la condición de hijo legítimo el nacido de un matrimonio nulo siempre que los dos esposos no conocieran la nulidad del matrimonio cuando lo contrajeron. Idéntico pronunciamiento al de este precepto es el contenido en el art. 25 de la Ley de Matrimonio civil de Alemania oriental, y en el 7.º de la Ordenanza de 1955.

(80) En este Código se emplea el término "buena fe" con referencia a los matrimonios nulos, pero proyectándola, como el B. G. B., sólo sobre los esposos y referida a indemnizaciones y al derecho de usar o no la mujer el nombre del marido (vid. arts. 6 y 8, Cap. II).

(81) Se limita este Cuerpo legal a hacer una referencia a la buena fe en relación con el vínculo matrimonial, pero sin relación, en nuestra opinión, directa ni indirecta con el matrimonio putativo, en su art. 12.

Tampoco regulaba esta figura el C. c. portugués, omisión que fué subsanada por el D. c.º 1 de 1910 que lo regula y establece para todos los supuestos de nulidad, en los arts. 30 y ss.

Pues bien, esta figura del matrimonio putativo no tiene en ninguna de las legislaciones consultadas —salvo en la cubana— límite alguno en orden a los supuestos de nulidad a que puede ser aplicada. Consiguientemente, y siempre que concurren los requisitos que dicha modalidad exige, pueden aplicarse sus beneficios, incluso a los matrimonios que se celebren concurriendo el impedimento de ligamen, criterio que es seguido también, como hemos ya indicado, por la propia Iglesia (82).

3. Posición de la doctrina científica extranjera.

Fué la doctrina francesa, inspirada en ZACHARIAE, la que partiendo del principio “no existe nulidad de matrimonio sin texto” inició la teoría de la inexistencia del vínculo matrimonial, que más tarde consagraron DEMOLOMBE y LAURENT (83).

Tal posición adquirió pronto gran relieve no sólo en Francia, sino también en Alemania, pasando asimismo a Italia, donde cuenta con muchos seguidores, si bien en la actualidad son numerosos y relevantes los que en dichos países la combaten, apoyándose principalmente para ello, como dice un autor, en que “no produce utilidad alguna desmenuzar los conceptos con criterios especulativos que no correspondan a análogos criterios jurídicos; siendo más bien causa de confusión introducir una mayor variedad de expresiones en una materia...” (84).

Las posiciones, por tanto, en materia de sanción o tratamiento de los matrimonios contraídos con la concurrencia de impedimentos o sin las debidas formalidades legales, en la doctrina científica extranjera, son actualmente las siguientes:

a) La de los que distinguen entre inexistencia y nulidad en sentido amplio (85).

(82) Decíamos que salvo el C. c. cubano, porque en realidad este no es otro que el español, aplicado en dicha isla por R. D. de 31-VII-1889, y mantenido después de su independencia por una disposición de 1 enero 1899. Vid., a este respecto, “Código civil de Cuba”, de Eduardo Núñez Núñez, La Habana, 1.ª edic., t. I.

(83) Vide LUTZESCO, “Theorie et pratique des nullités”, t. I, Recuei Sirey, 1938, y concretamente págs. 176 y ss., así como LAURENT, “Cours élémentaire de droit civil”, t. I (arts. 1 a 710), Bruxelles-Paris, 1878, núms. 129-130, páginas 218-219.

(84) MELUCCI (Pasquale), en “Introduzione allo studio delle scienze giuridiche ed istituzioni di diritto civile”, Napoli, 1905, pág. 475, con ocasión de referirse a la distinción entre inexistencia y nulidad radical, que no admite por las consideraciones que en el texto se indican.

(85) Dentro de este grupo podemos incluir, entre otros muchos, y por vía de ejemplo, a los siguientes juristas:

ITALIA: BARBERO, en “Sistema istituzionale del diritto privato italiano”, 5.ª ediz., I, Torino, 1958, núm. 345, págs. 576-577; DEGNI, en “Il diritto di famiglia nel nuovo codice civile italiano”, Padova, 1943, págs. 53 y ss., y 137 y ss.; PACIFFICI-MAZZONI, en “Istituzioni...”, 5.ª edic. a cura de Venzi y Franco, vol. VII, 1.ª parte, Torino, 1928, pág. 243, nota g); RICCI, en “Diritto civile”, 3.ª ediz., vol. I, Torino, 1923, núm. 27, págs. 419-420; TRABUCCHI, en “Istituzioni...”, cit., pág. 166; SANTORO-PASSARELLI, en “Dottrine...”, cit., págs. 220-221 y 233; VASSALLI, en “Matrimonio putativo”

b) Los que equiparan inexistencia y nulidad radical, estimando se trata de la misma cosa (86).

N. D. It., vol. VIII, 1939, pág. 345; SCOGNAMIGLIO, en "Contributo...", cit., núm. 140, pág. 358.

FRANCIA: En este país merecen destacarse, a los efectos aquí indicados, BONNECASSE, en "Elementos de Derecho civil", traducción de José M.^a Cájica, t. I, México, 1945, núm. 460, págs. 517 a 520; RIPERT et BOULANGER, en "Traité...", de Planiol, t. II, 10.^a edit., Paris, 1924, págs. 206 y ss.; BOULANGER, en "Traité...", de Planiol, refundue par..., 4.^a edit. (1950-1952), t. I, núm. 983, págs. 357 y ss.; AUBRY ET RAU, en "Cours de droit français" 4.^a edit., t. 5.^o, Paris, 1872, pág. 5; HEMARD, en "Précis de droit civil", 3.^a edit., t. I, Recueil Sirey, 1943, núm. 385, págs. 174 y ss.; núm. 400, págs. 182-183, y núm. 441, págs. 204 a 206; LAURENT, en ob. cit., en nota 80, núms. 129-130, págs. 218-219; núms. 130-133, págs. 219 a 221, y núms. 167 y siguientes, págs. 243 y ss.; vide también BEAUDRY LACANTINIÈRE et BARDE, en "Obligations...", t. I, págs. 33 y ss.; así como t. III, págs. 268 y ss., y también BERGEON, en "Distinction de l'inexistence et l'anulabilité des actes juridiques", Thèse-Dijon, 1885, citados estos dos últimos autores por LUTZESCO, en ob. y t. citados en nota 80, pág. 182, nota 1).

MEXICO: Entre los juristas de este país, citaremos a RODRÍGUEZ CLÉRIGO, en "El Derecho...", cit., págs. 94-95, donde parece admitir la distinción entre inexistencia y nulidad radical, bien que no claramente.

PORTUGAL: CUNHA (Paulo), en "Direito de Família", t. II, Lisboa, 1941, págs. 43-44.

SUIZA: ROSSEL ET MENTHA, en "Manuel de droit suisse", t. I, 2.^a edit., Lausanna-Genève, s/f, núms. 345 y ss., págs. 220 y ss.

ALEMANIA: ENNECERUS, en "Tratado...", t. IV, vol. I, Derecho de familia. Sexta edic., Barcelona, 1947, págs. 134 y ss. El criterio de este tratadista adolece de un cierto confusionismo, en cuanto si bien parece inclinarse a la distinción entre sólo dos categorías, la nulidad total y la anulabilidad en § 11, págs. 79-80 y § 13, pág. 89, tratándose de ciertos impedimentos, y en otros lugares, como, por ej., § 21, pág. 120 y ss., al tratar de los requisitos de forma esenciales; por el contrario, al examinar en § 23, págs. 134 y ss., lo que denomina vicios de forma, dice: "II.—Si el matrimonio nulo por defecto de forma no ha sido inscrito en el registro, no tiene existencia jurídica."

(86) Dentro de esta posición pueden ser incluidos, entre otros, los siguientes tratadistas: DE SEMO (Giorgio), "Istituzioni di diritto privato", settima ediz., Firenze, 1955, núm. 335, pág. 219. Este jurista emplea como términos sinónimos inexistencia y nulidad, distinguiendo dentro de la invalidez de los negocios jurídicos entre "inexistencia o nulidad, anulabilidad e ineficacia". Posteriormente, en núms. 248 y ss., págs. 373 y ss., al tratar de la nulidad del matrimonio, emplea, como términos sinónimos también, los de inexistencia y nulidad. También ROTONDI, en "Instituciones de Derecho privado", Edit. Labor, traducción de F. F. Villavicencio, Barcelona, 1953, núm. 83, págs. 149 y ss., que en el plano de la pura Dogmática no distingue más que entre nulidad y anulabilidad; BRUGI, en "Instituciones de Derecho civil", traducción de la 4.^a edic. italiana por Jaime Simó Bofarull, México, 1946, págs. 426 a 428, equipara ambos términos, si bien utiliza el de nulidad radical o absoluta, bajo el que comprende los supuestos de inexistencia; GANGI, en "Il matrimonio", Milano, 1953, núm. 44, págs. 69 y ss., donde emplea como conceptos sinónimos los de nulidad absoluta e inexistencia con referencia concreta al matrimonio, hablando indistintamente de nulidad o inexistencia del mismo. También puede incluirse aquí al profesor PINTO COELHO, en "Direito civil (Noções fundamentais)", recogidas de sus explicaciones por AGOSTINHO DE OLIVEIRA y MENDES DE ALMEIDA, ao curso do primeiro ano juridico de 1936-1937, Lisboa, y así, en pág. 64 de dicha obra, con motivo de referirse a las nulidades, distingue dos especies, la absoluta y la relativa, si bien agrega: "La nulidad absoluta es también llamada inexistencia,

c) Los que rechazan la figura de la inexistencia admitiendo únicamente supuestos de nulidad absoluta y anulabilidad (87).

Por otra parte, hemos de tener en cuenta, a los efectos del presente trabajo, que aquellos juristas extranjeros que defienden la figura de la inexistencia respecto del matrimonio la circunscriben, por regla general, a tres únicas hipótesis:

a) *Identidad de sexo*, en cuanto contradice la esencia del matrimonio.

b) *Inexistencia de consentimiento*, dado que priva al vínculo matrimonial de un requisito esencial.

c) *No intervención del oficial o funcionario autorizado* (88), (89).

porque, efectivamente, si el acto no puede ser sanado por la voluntad de las partes, es como nulo de pleno derecho."

(87) Incluiremos dentro de este grupo, entre otros muchos, a los siguientes tratadistas:

ITALIA: STOLFI, en "Teoría del negocio jurídico", traducida por Jaime Santos Briz. Edit. R. D. Pr. Madrid, 1959, págs. 78-79, y en nota (2) de Esta última pág., donde nos dice que entre los italianos la contraposición nulidad radical-inexistencia sólo se aplica a los actos procesales; también: MESSINEO, en "Manuale...", t. II, Milano, 1950, págs. 63-64, donde distingue únicamente entre nulidad y anulabilidad, empleando el término de anulabilidad absoluta; y MELUCCI (Pasquale), en "Introduzioni...", cit., págs. 475-476; así como RUGGIERO, en "Instituciones...", traducida por Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1929, págs. 99 y ss.

FRANCIA: MAZEAUD (Henri, León et Jean), en "Leçons de Droit civil", t. I, Paris, 1955, págs. 811-812 y 817; LUTZESCO, en "Theorie...", cit., págs. 185 y 255, principalmente, así como 255 a 262, donde defiende la tesis de la nulidad absoluta para los actos jurídicos defectuosos, incluido el matrimonio, y en pág. 290 in fine-293, donde se decide para el matrimonio por la nulidad absoluta; también en dicho sentido, JULIOT DE LA MORANDIERE, en "Droit civil" de Planiol, revisada por dicho autor, 3.ª edic., t. I, Paris, 1963, número 533, págs. 312-313; SAVATIER, en "Cours de Droit civil", 2.ª edic., Paris, 1947, t. I, núms. 208-210, págs. 116-117.

PORTUGAL: En este país merecen citarse DO NASCIMENTO, en "Lições de direito civil", Relações de família e sucessões. Coimbra, 1933, págs. 35 y 41, y principalmente, 133 y ss. y 144 y ss., donde contempla los dos únicos supuestos de ineficacia que reconoce: la nulidad absoluta y las nulidades relativas. También en dicho sentido se manifiesta BRAGA DA CRUZ, en "Direitos de família", 2.ª edición revisada pelo prof. PIRES DE LIMA, vol. I, Coimbra, 1942, págs. 42-43, así como 222 y ss., donde estudia los supuestos de nulidad absoluta, y 253 y ss., donde contempla los de nulidad relativa.

ALEMANIA: Destacaremos aquí a LEHMANN, en "Derecho de familia", traducción de José M. Navarro, vol. IV, Madrid, 1953, respecto del cual hemos de indicar que si bien para el profesor Castán dicho autor se encuentra entre los que admiten la distinción entre inexistencia y nulidad del vínculo matrimonial, nosotros preferimos incluirlo dentro de los que no distinguen más que dos categorías de invalidez del matrimonio: la nulidad radical y la anulabilidad, habida cuenta lo que dice en su cit. ob., págs. 68 y 71.

BELGICA: De este país citaremos a DE PAGE, en "Traité élémentaire de Droit civil belge", 3.ª edic., Bruxelles, 1962, págs. 789-790.

(88) En Alemania occidental, la inexistencia por defecto esencial de forma, sólo se admite en el caso de que no habiendo intervenido en la celebración del matrimonio un funcionario oficial, como exige el art. 1.317 del B. G. B., no se inscriba además en el registro correspondiente (art. 1.318-III).

(89) Esa regla general de que hablábamos en el texto tiene, sin embargo

En cuanto al impedimento de ligamen, que es el más interesante desde el punto de vista del presente trabajo, diremos que la generalidad de los juristas extranjeros suelen considerarlo como motivador de la nulidad absoluta o de la anulabilidad, también absoluta, del matrimonio (90).

Por último, y para concluir este rápido examen de la doctrina científica de otros países, vamos a hacer una breve referencia al matrimonio putativo, cuyos beneficios, en opinión de la mayoría, se aplican a todos los supuestos de ineficacia e invalidez del matrimonio, incluso a la inexistencia, estando, por tanto, comprendidos en su esfera de aplicación los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen (91), bien que no falten autores que excluyan del ámbito del matrimonio putativo los casos de inexistencia (92).

4. Posición de la doctrina científica española.

La distinción entre inexistencia y nulidad del matrimonio, nacida, como indicábamos, en el seno de la doctrina francesa y seguida desde

sus excepciones; y, así, no faltan autores que estiman pueden extenderse los supuestos de inexistencia al caso del vínculo matrimonial cuando concurre el impedimento de ligamen; tal acontece, por ejemplo, con ROGUIN, quien al comentar en su "Traité...", t. I, De mariage, París, 1904, págs. 166-167, la posición de la legislación alemana, nos dice que el artículo 1.326 del B. G. B. contiene una implícita declaración de inexistencia del matrimonio. Frente a esta opinión, FERNÁNDEZ CLÉRIGO, en "El Derecho de familia...", cit., págs. 93 y ss., ya que si bien admite la figura de la inexistencia, incluye la bigamia o impedimento de ligamen regulado en el artículo 1.326 del B. G. B., entre los supuestos de nulidad absoluta del vínculo matrimonial, lo mismo que acontece con ENNECERUS, en ob. cit., t. IV, vol. I, págs. 78 y ss., aunque, como los dos anteriores, admita también la figura de la inexistencia, bien que limitándola al supuesto contemplado en el artículo 1.318-II del C. c. alemán.

A su vez, BRUGI, en "Instituciones...", cit., pág. 427, parece seguir también la posición de ROGUIN, en cuanto al contemplar la nulidad del matrimonio nos dice: "Hay que entenderla como inexistencia jurídica en todos los casos en los cuales la falta de los requisitos verdaderamente esenciales del matrimonio hace que mengüe el concepto de éste o se reduzca a un tipo total de contradicción con el que la Ley admite", contemplando, entre estos casos, el matrimonio entre personas del mismo sexo, la falta de capacidad de querer de un contrayente, y los impedimentos de sangre, o *de matrimonio precedente válido* o de delito.

(90) Así opinan, entre otros, DE SEMO, en ob. cit., núm. 373, págs. 248 y ss.; MESSINEO, en ob. cit., t. II, pág. 64, donde distingue entre nulidad absoluta y anulabilidad absoluta del vínculo matrimonial, incluyendo dentro de esta última, entre otros casos, el del vínculo anterior no disuelto; BARBERO, en obra citada, núm. 365, pág. 592, sigue análogo criterio que Messineo; DEgni, en obra cit., págs. 139 y ss.; GANGI, en ob. cit., págs. 183 y ss.; TRABUCCHI, en ob. cit., pág. 233; MAZEAUD, ob. cit., t. I, núm. 791, pág. 817; BONNECASSE, obra cit., t. I, núm. 460, pág. 517; CARBONIER, ob. cit., t. I, núm. 100, páginas 320-321; HEMARD, ob. cit., t. I, núm. 400, págs. 182-183, y núm. 420, página 207; LAURENT, ob. cit., t. I, núm. 168, pág. 244; FERNÁNDEZ CLÉRIGO, obra cit., págs. 86 y ss.; DO NASCIMENTO, ob. cit., t. I, págs. 133 y ss.; BRAGA DA CRUZ, ob. cit., vol. I, págs. 222 y ss., etc.

(91) Vide, entre los que siguen tal criterio, a Braga da Cruz, Carbonier, Roguin, Colin y Capitant, Ripert et Boulanger, Lehmann, Ennecerus, etc.

(92) Así acontece con GANGI, en ob. cit., núm. 130, pág. 197.

hace tiempo por la alemana e italiana, tarda, sin embargo, en ser acogida por la española, bien que actualmente cuente con cierto número de partidarios (93).

Es, sin embargo, la tesis que defiende la indiferenciación de ambos conceptos la que mayor número de representantes cuenta en nuestra doctrina científica, entre los que podemos citar a NAVARRO AMANDI como uno de los primeros mantenedores de dicha posición desde que comenzó a regir el C. c. (94), y posteriormente a BONET RAMÓN (95), CARMONA (96), ESPÍN CÁNOVAS (97), GARCÍA CANTERO (98), ORTEGA LORCA (99), DE DIEGO (100), SÁNCHEZ ROMÁN (101), SANTAMARÍA (102) y TRAVIESAS (103).

También parece ser esta la tesis que late en la obra de MANRESA (104), lo mismo que acontece con MUCIUS SCAEVOLA (105).

(93) Siguen tal posición, entre otros, CASTÁN, en "Derecho...", cit., t. V, págs. 684-685, y en comentarios a la obra de Ennecerus, e. IV, vol. I, § 11, página 83, y § 26, pág. 162; FUENMAYOR, en ob. cit., págs. 458 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ (y Castán), en Comentarios al tomo y volumen citados en Castán; PUIG PEÑA, en "Tratado...", cit., t. II, vol. I, págs. 532 y ss. ROYO MARTÍNEZ, en "Derecho de familia", Sevilla, 1949, págs. 98 y ss.; VALVERDE, en "Tratado...", t. V, págs. 117 y 153, bien que este tratadista, en el tomo I de su citada obra, págs. 559 y ss., parece equiparar inexistencia y nulidad radical.

(94) "Cuestionario...", cit., Madrid, 1889, págs. 102-103.

(95) "Derecho civil", Familia y Sucesiones, 1940, pág. 258, y en "Compendio...", cit. t. IV, págs. 446 y ss.

(96) La bigamia", cit., págs. 157 y 173.

(97) En "Manual...", cit., t. IV, Familia, 1956, págs. 87-88.

(98) "El vínculo...", cit., pág. 233.

(99) En la 5.ª edición de la obra de Mucius Scaevola, Madrid, 1946, t. II, páginas 383 a 385.

(100) En "Instituciones...", cit., t. II, 1930, pág. 374, ya que si bien habla de inexistencia, equipara ésta a la nulidad radical considerándolas como una misma cosa.

(101) García Cantero incluye a Sánchez Román entre los que defienden la tesis de la distinción entre inexistencia y nulidad (vid. "El vínculo...", cit., números 56 y ss., págs. 230 y ss.). Discrepamos, sin embargo, de dicha opinión y situamos a este autor entre los que siguen el criterio de la indiferenciación, en cuanto en "Estudios de Derecho civil", t. V, vol. I, 2.ª edic., Madrid, 1912, estimamos es ésta la tesis que sigue.

Así, en página 487, con ocasión de contemplar las tres posiciones que pueden seguirse en orden al artículo 51 del C. c., habla únicamente de nulidad, y posteriormente, en página 908 y ss., parece admitir también solamente la nulidad, ya que si bien es cierto que en página 910 emplea el término "inexistencia", lo hace con ocasión de aludir a la tesis sustentada por la jurisprudencia y la doctrina extranjera, que según el autor distingue entre matrimonios nulos y falsos o simulados, a los que dice llaman "inexistentes", bien que, según Sánchez Román, *debe seguirse la doctrina de la Iglesia, que "reputa nulos unos y otros matrimonios"*. Y esto que manifiesta en dichas páginas, cuando trata del matrimonio canónico, lo reproduce en la 911, con ocasión de examinar el civil, remitiéndose a lo dicho antes.

(102) En "Comentarios...", cit., t. I, pág. 137.

(103) "Sobre la nulidad jurídica", en *Rv G. L. J.*, t. 125, 1925, págs. 79 y siguientes.

(104) "Comentarios...", cit., t. I, 5.ª edic., 1924, y lo mismo en la 7.ª edic., al comentar no sólo el artículo 51, sino también el 101, en cuanto no alude para nada a la inexistencia y sí únicamente a la nulidad.

Y refiriéndonos ya concretamente a la cuestión que constituye la base del presente trabajo, o sea, al supuesto contemplado en los artículos 51 y 69 del Código civil, hemos de hacer constar que la doctrina patria no se muestra unánime en lo que respecta a la calificación jurídica de los matrimonios celebrados con el impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83 del C. c.).

Las posiciones en orden a esta cuestión podemos esquematizarlas así:

a) Los que consideran que se trata de matrimonios inexistentes (106).

b) Los que estiman que constituye un supuesto de nulidad radical, pero no de inexistencia (107).

c) Aquellos que incluyen este impedimento dentro de la ineficacia en general o de la ineficacia relativa (108).

Mas las dificultades que plantea el artículo 51 no se limitan a la calificación jurídica de la sanción que merecen los matrimonios contraidos en las circunstancias que en él se indican, sino que se proyectan también en otras direcciones; y así, uno de los problemas básicos que tiene planteada nuestra doctrina científica es, sin duda, el de si podrán o no aplicarse a los supuestos del artículo 51 los beneficios del matrimonio putativo regulado en el artículo 69 de nuestro C. c.

La posición de la doctrina española ofrece, en lo que hace a este punto, ciertas contradicciones, en cuanto que no siempre parece seguir el camino marcado por la naturaleza jurídica de la sanción que merece esta clase de matrimonios. Y así, podemos ver que no todos los que califican de nulos estos matrimonios les otorgan la posibilidad de producir efectos, ni tampoco quienes les atribuyen la cualidad de inexistentes les privan de los beneficios de la buena fe siempre.

Vamos, pues, a hacer lo mismo que en el supuesto anterior; una

(105) "Código civil...", cit., t. II, Madrid, 1907.

(106) Este criterio lo mantienen principalmente PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en Comentarios al t. IV, vol. I de la obra de Ennecerus, § 29, pág. 178; CASTÁN, en "Derecho...", cit., t. V, vol. I, pág. 711, así como FUENMAYOR, en "El derecho sucesorio...", pág. 469.

(107) Así, DE BUEN, en Comentarios al t. I, de la obra de Colin y Capitant, pág. 430; CLEMENTE DE DIEGO, en "Instituciones...", t. II, págs. 470-471; GARCÍA CANTERO, en "El vínculo...", cit., págs. 224 y ss. y 233; BONET RAMÓN, en "Compendio...", cit., t. IV, págs. 454 y ss., y 483; ESPÍN CÁNOVAS, en "Manual...", cit., t. IV, págs. 88 y ss.; SANTAMARÍA, en "Comentarios...", cit., t. I, página 137; MANRESA, en ob. cit., 5.ª edic., t. I, pág. 313; JORDANO BAREA, en "El matrimonio...", cit., págs. 349 y 351; VALVERDE, "Tratado...", cit. t. V, pág. 118.

También parece ser éste el criterio sustentado por ROYO MARTÍNEZ, en obra citada, pág. 72, en relación con las 99 *in fine*-100, bien que haya de distinguirse, como hace este tratadista, entre los supuestos de nulidad y los de ineficacia, quedando reducida la nulidad a los casos de primer matrimonio canónico.

(108) En este sentido se manifiesta, como indicábamos en nota anterior, ROYO MARTÍNEZ, para aquellos supuestos en que el primer matrimonio sea civil. También vide LALAGUNA, ob. cit., págs. 78 a 85, para quien se trata de un supuesto de ineficacia relativa, y CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ob. cit., págs. 550 y ss.

esquemática exposición de las posiciones que se siguen por nuestra doctrina científica respecto de esta cuestión.

a) Los que consideran no es aplicable al impedimento del vínculo matrimonial anterior no disuelto el artículo 69 del Código civil (109).

b) Aquellos que estiman es de aplicación el artículo 69 cuando una o dos personas que contraen matrimonio en las condiciones del artículo 51 sean de buena fe (110).

c) Los que siguen un criterio ecléctico, distinguiendo a los efectos de aplicación o no aplicación del artículo 69 según que el primer matrimonio sea canónico o civil (111).

(109) Siguen esta posición, entre otros, BONET RAMÓN, "Compendio...", t. IV, página 484; FUENMAYOR, ob. cit., pág. 469; SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios...", cits., tomo V, vol. I, pág. 488; GARCÍA CANTERO, ob. cit., pág. 233; CASTÁN, "Derecho...", t. V, vol. I, págs. 684 y 711.

También pueden incluirse aquí FALCÓN y ROMERO GIRÓN, en "Código civil-español", Madrid, 1888, pág. 86, nota 1, quienes, con ocasión de hacer un breve comentario del artículo 51, parecen seguir, al menos implícitamente, este criterio; y con ciertas vacilaciones, a ESCOSURA y AZPEITIA, en "Contestaciones a la parte de Derecho civil del programa para oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a Registros de la Propiedad", t. II, Madrid, 1911, pág. 304 (esta cita está tomada de Fuenmayor, ob. cit., pág. 454).

(110) Así, entre otros, DE DIEGO, "Instituciones", t. II, pág. 470, nota 1; y "Curso...", t. 6.º, 1926, pág. 278; ESPÍN CÁNOVAS, en ob. cit., pág. 100; SANTA-MARÍA, ob. cit., t. I, pág. 137; CARMONA, ob. cit., pág. 173; SCAEVOLA, ob. cit., tomo II, 1907, págs. 202 y ss., y ORTEGA LORCA, en sus adiciones a la citada obra de Mucius, 5.ª edic., 1946, pág. 384; MANRESA, ob. cit., t. I, 5.ª edic., 1924, página 313; VALVERDE, ob. cit., t. V, págs. 117 a 120; DE BUEN, en comentarios al tomo I de la obra de Colin y Capitant, págs. 434-435; BURON, "Derecho civil...", cit., t. I, pág. 295; PUIG PEÑA, ob. cit., t. II, vol. I, pág. 546; PEDREGAL y CAÑEDO, "Texto y comentario al Código civil español", t. I, Madrid, 1896, página 183. (Esta última cita, tomada de FUENMAYOR, ob. cit., pág. 454.)

(111) En este sentido se manifiesta ROYO MARTÍNEZ, en ob. cit., pág. 72, donde, con ocasión de referirse al artículo 51 y al 83-5.º, dice así:

"De ambos textos resulta que del matrimonio canónico se deriva un impedimento o ineptitud para contraer nuevo matrimonio, tanto canónico, por disposición del Derecho eclesiástico, como civil, por disposición estatal (artículo 83-5.º)."

"Del matrimonio civil se derivan, en cambio, un impedimento o ineptitud para contraer nuevo matrimonio civil (art. 83-5.º) y la improductividad de efectos civiles del matrimonio canónico posterior con persona distinta del cónyuge civil... Esta redacción es debida a que un Estado católico, como el español, no podría prohibir el matrimonio canónico a quienes según la Iglesia, tienen aptitud para contraerlo, ni podría tampoco decretar la nulidad; por ello, el artículo en cuestión se limita a denegar efectos civiles al matrimonio canónico cuando uno de los dos cónyuges estuviese ya casado civilmente."

También JORDANO BAREA participa de parecida opinión, en cuanto en obra citada, pág. 350, dice así: "Cabe pensar que ambos artículos se refieren a supuestos diferentes: el artículo 51, atendería ahora—como cuando entró en vigor el C.—a impedir la posibilidad de un ulterior matrimonio canónico por parte de quien ya se encuentra casado civilmente con otra persona; el artículo 69, al matrimonio putativo, uno de cuyos supuestos originarios y tradicionales es el del matrimonio nulo por impedimento de vínculo."

Por último, cabe incluir aquí a LALAGUNA, toda vez que proyecta el artículo 51 exclusivamente sobre el apartado IV de la página 22, o sea, sobre el supuesto del matrimonio canónico de la persona ya casada civilmente, única hi-

d) Los que proyectan sobre los Tribunales de justicia la facultad de determinar a qué matrimonios les será aplicables el artículo 69 y a qué otros no (112).

5. Posición de la doctrina jurisprudencial.

Frente a la pluralidad de opiniones que hemos visto se dan en la doctrina científica en orden al tratamiento de los matrimonios celebrados en las condiciones determinadas en el artículo 51 del C. c., el criterio de los Tribunales es, en nuestro modo de ver, concorde, al punto de poderse afirmar que el único criterio mantenido es el de la nulidad absoluta o radical de los matrimonios que se contraen con el impedimento de ligamen, tesis que vemos plasmada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1926, 12 de mayo de 1944, 14 de julio de 1957 y 29 de mayo de 1962.

Ello no obsta, sin embargo, para que haya quien pueda estimar que existe también disconformidad en la doctrina jurisprudencial en lo que se refiere a la calificación jurídica de la sanción que a estos matrimonios pueda corresponder, y buena muestra de ello podemos tenerla en la citada sentencia de 19 de enero de 1926, que en opinión de la generalidad de la doctrina científica patria marca la tesis de la inexistencia de esta clase de matrimonios, opinión de la que lamentamos discrepar, estimando que ni implícita ni explícitamente da a entender dicha solución la citada sentencia, en la que únicamente se pone de relieve la producción del efecto especial de ineficacia señalado en el artículo 51 del C. c. para los matrimonios que se celebren con impedimento de ligamen (art. 83, núm. 5.º, del C. c.), matrimonios que en dicha sentencia se califican de nulos, siguiendo con ello la terminología legal (113).

pótesis en la que, según el autor, no entrará en juego la figura del matrimonio putativo (vid. págs. 83-84, en relación con la 22 de la cit. ob. de Lalaguna).

Por el contrario, según dicho autor, será de aplicación la buena fe del artículo 69 en los supuestos I, II y III que contempla en páginas 20 *in fine*-22.

(112) Siguen este criterio PÉREZ GONZÁLEZ y CASTRÁN, en Comentarios a la obra de Ennecerus, t. IV, vol. I, § 29, pág. 178.

(113) Dicha sentencia dice así: "Basta una lectura racional y lógica de dicha declaración, debidamente relacionada con los fundamentos que le sirven de apoyo, para comprender que en la misma no se declaró la nulidad del referido matrimonio en la forma, modo y con el alcance que en el recurso se presume, reservado, en efecto, por el artículo 80 del C. c. a los Tribunales eclesiásticos, sino tan sólo su ineficacia civil, si bien para ello se empleara la frase apropiada con relación al matrimonio "de ser nulo desde su origen", junto a la de "no haber tenido existencia legal" que bastaba al indicado fin."

En nuestra opinión, se parte, por tanto, en dicha sentencia de que los matrimonios en que concurra el impedimento de ligamen (núm. 5.º del art. 83) son nulos, con nulidad radical, lo que implica el carecer de existencia legal y la improductividad de efectos por imperativo del artículo 51.

Por consiguiente, de ello a considerar que en dicha resolución se plasma la figura de la inexistencia, va, en nuestra opinión, gran diferencia. Estos matrimonios "son nulos desde su origen", dice el T. S. en la sentencia que estamos contemplando, mas no los califica de inexistentes, y esto lo corrobora pos-

6. *Nuestra opinión.*

La problemática del artículo 51 del C. c. español ofrece, en nuestra opinión, dos aspectos fundamentales en lo que al tratamiento de los matrimonios celebrados con el impedimento de ligamen se refiere:

- a) El de la calificación jurídica de dichos matrimonios; y
- b) El de su eficacia.

Ambas facetas, si bien se encuentran estrechamente relacionadas, son, sin embargo, distintas; y lo son, entre otras razones, porque si como se dice en dicho precepto:

No producirá efectos civiles el matrimonio canónico o civil cuando cualquiera de los cónyuges estuviere ya casado legítimamente.

Parece evidente que la calificación jurídica de las uniones en que concurran esas circunstancias no constituirá en realidad un requisito "apriorístico" para la ineficacia del acto matrimonial, que surgirá por imperativo legal *por el mero hecho de existir un matrimonio anterior legítimo, si no se ha declarado su invalidez.*

Partiendo, pues, de esta sistematización, vamos a contemplar el primero de los aspectos que para nosotros ofrece el citado artículo, o sea, el de la

a) *Calificación jurídica del matrimonio celebrado concurriendo el impedimento de ligamen.*

Entramos aquí de lleno en el problema de la invalidez o ineficacia del matrimonio que, en nuestra opinión y según habíamos ya indicado, si bien no puede ajustarse exactamente a la teoría general de la invalidez del negocio jurídico —como estiman algunos juristas—, tampoco debe quedar absolutamente al margen de ella.

Téngase en cuenta, a estos efectos, que al contemplar el problema de la invalidez e ineficacia del vínculo matrimonial habrá de acudirse necesariamente a los conceptos de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez, etc., todos los cuales se han construido y elaborado dentro de la teoría general del negocio jurídico. Ello no implica, claro es, que jueguen dentro del matrimonio el mismo papel y produzcan, por tanto, los mismos efectos que en el campo de los negocios jurídicos, mas con ellos habrá de actuarse necesariamente, y con ellos o parte de ellos

teriormente en S. de 29 mayo 1962, en la que con gran precisión se consagra la cualidad de radicalmente nulos de esta clase de matrimonios al establecer en su penúltimo Considerando:

"Por otra parte, y a mayor abundamiento, que si nos detenemos en el estudio de la categoría de invalidez que corresponde al matrimonio contraído por persona ligada por este vínculo, y con fecha anterior, ES FORZOSO INCLUIRLA EN EL SUPUESTO DE NULIDAD RADICAL QUE LA LEY PREVÉ..."

Por último, y entre las resoluciones de los Tribunales que proyectan este tipo de matrimonios sobre la nulidad, podemos citar la de 25 enero 1957, de la Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en la que, entre otras cosas, se dice: "... cabe afirmar rotundamente *que el segundo matrimonio* celebrado por ... con ..., *debido al anterior nexo, no disuelto, concluido con...*, ES NULO a los efectos simplemente civiles de que aquí tratamos, *puesto que el impedimento de vínculo matrimonial anterior, al no funcionar como tal, PRODUCE LA NULIDAD DEL SEGUNDO ENLACE ."*

actúa la doctrina científica y jurisprudencial e incluso los propios Derechos positivos.

Vamos, pues, a actuar con los conceptos de inexistencia, nulidad e ineficacia relativa, para comprobar cuál de ellos debe aplicarse a los matrimonios que se celebren concurriendo el impedimento de ligamen.

Inexistencia.

La inexistencia es una forma de ineficacia motivada por la ausencia de alguno de los elementos esenciales del negocio jurídico, bien que en opinión de un considerable sector de la doctrina científica no exista diferencia alguna entre este concepto y el de nulidad de pleno derecho, refundiendo ambos bajo la denominación común de nulidad, o nulidad radical.

Esta falta de elementos esenciales motiva que el negocio no pueda surgir al mundo de las relaciones jurídicas, y de aquí que en estos casos se pueda hablar de un “*no negocio*” (114).

Lógico corolario de esta carencia absoluta de negocio es *que no pueda producirse ninguna de las consecuencias propias del que pretendió celebrarse*, en cuanto de lo que no existe ningún efecto podrá derivarse (115).

Pues bien, si tomamos como punto de partida la caracterización general de la inexistencia en los negocios jurídicos, que requiere para surgir la falta de uno o varios de sus elementos esenciales, y la proyectamos sobre el matrimonio, tendremos que comenzar por inquirir qué elementos tienen en él esa condición, y estos no son otros que:

- a) La disparidad de sexos.
- b) El consentimiento de los contrayentes (arg., arts. 89, 100).
- c) Su celebración ante la persona o funcionario competente (116).

(114) Así ENNECERUS, ob. cit., t. IV, vol. I, § 23, pág. 134, con ocasión de referirse al matrimonio nulo por defecto de forma, que no haya sido inscrito en el Registro correspondiente, dice que no tiene existencia jurídica, y agrega que “es un concubinato, *un no es matrimonio*”.

(115) Nos estamos refiriendo hasta ahora a la teoría general del negocio jurídico, no al matrimonio.

(116) En España, para el matrimonio canónico, dicha persona será el párroco, el ordinario del lugar o un sacerdote por ellos autorizado (canon 1.094). Tratándose del matrimonio civil, tiene la consideración de funcionario competente el juez municipal (arts. 87 y ss. C. c.).

Hemos de tener, asimismo, en cuenta, en relación con esta cuestión de la inexistencia, que en opinión de algún jurista patrio los matrimonios inexistentes resultan en España también de algunas disposiciones legales dictadas con motivo de nuestra guerra civil; tal acontece, según PURG PEÑA, con la Orden de 9-III-1939 y la Ley de 12-III-1938 (vid. ob. cit., t. II, vol. I, págs. 534 y ss.).

No estamos plenamente conformes con tal opinión. Así, la Ley de 12-III-1938 no habla de matrimonios inexistentes, sino nulos, y, por otra parte, tampoco pueden serlo en cuanto les son aplicables los beneficios del matrimonio putativo, lo que implica la existencia, al menos, de una apariencia de matrimonio, compatible con la nulidad, mas no con la inexistencia.

Otra cosa es la celebración de matrimonios civiles en la forma que se refleja en el artículo 2.º de la Orden de 22-IX-1938, toda vez que en ellos la inexistencia

Supuesto esto, y por aplicación de la teoría general del negocio jurídico, merecerían la consideración de matrimonios inexistentes:

- 1.º Los contraidos por personas del mismo sexo.
- 2.º Aquellos en los que falte por completo el consentimiento de uno o ambos contrayentes.
- 3.º Los celebrados ante persona o funcionario incompetente (artículo 101, núm. 4.º, del C. c.) (117).

A primera vista al menos, no nos parece inadecuada la calificación de inexistencia para las uniones comprendidas en los números 1.º y 2.º de la clasificación que precede, auténticos *no-matrimonios* en cuanto carecen de los requisitos sustantivos esenciales para su existencia.

Incluso estimamos procedente la calificación de inexistencia para ciertos matrimonios celebrados con ausencia de los requisitos de forma que se pueden reputar también esenciales; por ejemplo, al que se oficiare por un particular disfrazado de sacerdote, o que se atribuyere la cualidad de Juez municipal.

Otra cosa acontecerá, sin embargo, con los supuestos de no intervención del Juez municipal en general, previstos en el artículo 101, nú-

proviene de no haberse celebrado conforme a las disposiciones vigentes antes del 18 de junio de 1936, entre las que se encontraban precisamente su celebración ante funcionario competentemente autorizado, requisito, como hemos visto, esencial para la validez y existencia del matrimonio.

Por último, es también discutible que lo dispuesto en el artículo 2.º-G) de la Orden de 8-III-1938 permita calificar de inexistentes y no de nulos los matrimonios a los que se refiere dicha disposición; en primer lugar, por emplearse en ella el concepto "*nulidad*" y no el de "*inexistencia*"; y en segundo lugar, porque dicha anulación no elimina los derechos adquiridos por el cónyuge de buena fe y los hijos, lo que, repetimos, es contrario a los caracteres de la inexistencia.

A mayor abundamiento, ROMERO VIEITEZ, con ocasión de ocuparse de estas cuestiones en "Las normas de derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español", en *Rv. D. Pr.*, 1941, números 289-291, en este último número no afirma de plano la inexistencia de dichos matrimonios, sino que se limita a plantear el problema diciendo en pág. 183:

"Pero una tercera categoría, *la de la inexistencia*, que acaso hubiese podido relacionarse con la expresión "no producirán efectos civiles", del artículo 51, de no prosperar la interpretación de serles aplicable la doctrina del matrimonio putativo a los supuestos de aquél, precepto que no se ha aceptado por la doctrina ni por la jurisprudencia de los Tribunales", y en nota 50, de página 184, agrega: "Las consecuencias prácticas de la categoría lógica de la inexistencia aplicadas al matrimonio, reducibles a tres, a saber: imposibilidad de convalidación, inaplicabilidad de los efectos del matrimonio putativo e inexistencia de acciones de nulidad, encuentran, en la existencia de un acta del Registro civil de la que conste la celebración del matrimonio, un obstáculo para su libre juego".

"Por eso, precisamente, las Ordenes del M. de J. de 12-VIII y 22-IX-1938, y la de 8-III-1939... proponen el problema previo de si, conforme a ellas, existe en nuestro Derecho positivo actual una tercera categoría: *la de matrimonios inexistentes.*"

(117) Tal acontece, por ejemplo, si el matrimonio se celebrase ante el pastor de una secta protestante o herética, sacerdote budista, o ante un particular que se atribuyere la cualidad de juez municipal; también ante un funcionario público que no sea precisamente de los autorizados por el C. c. o la Ley del Registro civil para celebrar casamientos, un funcionario de un Ayuntamiento o Diputación, etc.

mero 4.º, del C. c., que, en nuestra opinión, constituirían más bien casos de nulidad de pleno derecho (118).

A la vista de lo que acabamos de exponer, nos parece totalmente imposible incluir dentro de los supuestos de inexistencia del vínculo matrimonial aquellas uniones que se encuentran afectadas por el impedimento de ligamen (art. 83, 5.º, C. c.), en cuanto no tienen encaje en ninguna de las situaciones motivadoras de la inexistencia (119).

Nulidad.

Se manifiesta esta forma de invalidez cuando el negocio se celebra con infracción de un mandato o prohibición legal (arts. 4.º, 1.255, 1.271, etc., C. c.).

Característico de la nulidad, lo mismo que de la inexistencia, es que los negocios jurídicos afectados de ella no produzcan efecto alguno ni puedan ser sanados.

Si proyectamos esto sobre la teoría de la invalidez matrimonial, tendría que producirse la nulidad de pleno derecho del matrimonio siempre que su celebración infringiese o lesionare un precepto legal, lo que tendrá lugar generalmente en los siguientes casos:

- a) Infracción de lo dispuesto en el artículo 42 del Código civil.
- b) Infracción de lo dispuesto en el artículo 83, números 1.º, 2.º, 3.º y 5.º, salvo en los casos de dispensa.
- c) Infracción de lo dispuesto en el artículo 84 del mismo Cuerpo legal, salvo los casos de dispensa.
- d) Infracción de lo dispuesto en el artículo 100 del Código civil (120).

(118) Vide en este sentido la sentencia del T. S. de 13-VI-1947, rechazando la calificación de inexistencia para un matrimonio celebrado ante el alcalde-presidente del Consejo Municipal, el 14-IV-1938, y frente al concepto "inexistencia" que utiliza el Tribunal de instancia, emplea el de "nulidad" del artículo 101 del C. c. Vide también arg. de las Ss. 1-V-1919 y 26-IV-1929. Esta es además la opinión más generalizada en nuestra patria; así, PUIG PEÑA, ob. cit., t. II, vol. I, pág. 537; DE BUEN, comentarios a ob. Colín y Capitant, t. I, págs. 429-430; PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN, en Com. a la ob. de Ennecerus, t. IV, vol. I, páginas 136-137; ORTEGA LORCA, en t. II, ob. de Scaevola, cit., págs. 712-713 y nota 1.

(119) Téngase en cuenta, a estos efectos, que es la generalidad de la doctrina científica extranjera, e incluso algún sector de la nacional, la que al hacer una clasificación de los supuestos de inexistencia del matrimonio describen los tres que indicábamos en el texto (vide pág. 37 y notas 88 a 90).

(120) Este es el criterio más generalizado en la doctrina científica patria, seguido, entre otros, por VALVERDE, en ob. cit., t. IV, págs. 153-154; DE BUEN, Comentarios ob. de Colín y Capitant, t. I, págs. 430 y ss.; PUIG PEÑA, ob. cit., tomo II, vol. I, págs. 536 y ss.; BONET RAMÓN, en "Compendio...", t. IV, páginas 454 a 456; ROYO MARTÍNEZ, ob. cit., págs. 98 y ss., etc.

Parécen inclinarse a la posición contraria los comentaristas de Ennecerus, ya que en t. IV, vol. I, § 26, págs. 162-163, consideran que los supuestos del artículo 101 del C. c., salvo la bigamia, son de anulabilidad, no de nulidad radical; mas ello contrasta con lo que dicen en § 21, págs. 127, donde afirman que la intervención del juez municipal en el matrimonio canónico es indispensable, agregando en pág. 128 que "El matrimonio que se concluya ante quien no sea

Mas no debe olvidarse que en materia de invalidez del vínculo matrimonial la delimitación de los actos y su exacta calificación ofrece grandes dificultades, en cuanto su reglamentación legal ni se encuentra tan construida como la de los negocios jurídicos ni puede ajustarse plenamente a los moldes de estos.

Así, si bien el artículo 101 del C. c. determina que son nulos una serie de matrimonios por concurrir en ellos una serie de circunstancias que se describen en dicho precepto, ni todos son nulos de pleno derecho ni lo son incluso los comprendidos dentro de un mismo artículo. Esto acontece, por ejemplo, en los artículos 83 y 84, en cuanto respecto del primero de ellos suele excluir la doctrina científica la impotencia que no es causa de nulidad de pleno derecho; y del segundo lo están aquellos impedimentos respecto de los cuales cabe dispensa (art. 84, en relación con el 85 del C. c.) (121).

A mayor abundamiento, téngase en cuenta que tampoco en materia de invalidez del matrimonio es aplicable el principio de la no convalidación de los actos radicalmente nulos característico de los negocios jurídicos, existiendo algunos casos en los que ello es posible; tal acontece con el número 1.º del artículo 83 del C. c. (122), que no por eso deja de ser en principio un matrimonio nulo de pleno derecho.

Queremos hacer ver con esto las grandes dificultades que encierra llevar a cabo la adecuada calificación jurídica de la nulidad matrimonial. Ello no es, sin embargo, óbice para que hagamos la afirmación de que en nuestra opinión será dentro de la nulidad de pleno derecho donde, con arreglo a los principios de la dogmática jurídica, debe incluirse el matrimonio celebrado con el impedimento de ligamen, habida cuenta:

1.º Que dicho impedimento viene regulado en el artículo 83, número 1.º del Código civil.

2.º Que el artículo 101 de dicho Cuerpo legal, el primero de la Sección tercera, Capítulo III, Título IV del Libro I, y bajo el epí-

juez municipal competente o persona autorizada legalmente para sustituirlo es nulo. La nulidad es además insubsanable..."

(121) Así, además de la posición sustentada por los comentaristas de Enneccerus, a la que aludíamos en nota anterior, vid. DE DIEGO, "Instituciones...", citada, t. II, pág. 374, que parece incluir todos los supuestos del artículo 101 del C. c., dentro de la anulabilidad, al considerar que sólo la ausencia de las condiciones esenciales para la existencia del matrimonio motivan su inexistencia, y éstas son solamente la dualidad de sexos, el consentimiento y el cumplimiento de la forma requerida, diciendo que la falta de las condiciones necesarias para su validez sólo lo hacen anulable.

(122) Ello es causa de que, para algún tratadista patrio, la edad sea causa de nulidad relativa, tal acontece con MUCIUS SCAEVOLA y ORTEGA LORCA, en ob. cit., t. II, 5.ª edic., págs. 652-653.

La posibilidad de convalidación de los matrimonios nulos puede verse en SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., t. V, vol. I; PUIG PEÑA, ob. cit., t. II, vol. I; DE BUEN, comentarios a la ob. de Colín y Capitant, t. I; CASTÁN, "Derecho...", cit., t. V, vol. I. etc.

grafe “*De la nulidad del matrimonio*”, declara taxativamente que “*Son nulos*:

1.º *Los matrimonios celebrados entre las personas a quienes se refieren los artículos 83 y 84, salvo los casos de dispensa.*

Consiguientemente, ateniéndonos al criterio legal, el impedimento dicho es causa o motivo de nulidad y no de inexistencia (123).

3.º Que a mayor abundamiento, no es posible incluirlo dentro de la llamada inexistencia por las consideraciones que hacíamos al examinar ésta.

4.º Que tampoco tiene cabida dentro de la nulidad relativa o anulabilidad, por venir ésta referida a los matrimonios afectados de ciertos vicios, como el error, la violencia o intimidación (art. 101, núm. 2.º), el rapto (art. 101, núm. 3.º), entre los que no se puede incluir en modo alguno el impedimento de vínculo matrimonial anterior no disuelto.

Ineficacia relativa.

Para algún autor patrio, la sanción que el artículo 51 establece respecto de los matrimonios contraídos por personas que estuvieren ligadas por otro anterior no disuelto, debe encajarse dentro de los moldes de la ineficacia relativa (124).

No podemos estar conformes en términos generales con esta tesis, por las siguientes consideraciones:

a) El hecho de que tal opinión parece (al menos, en principio) construída sobre un criterio en cierto modo unilateral, en cuanto viene referida únicamente al supuesto de que el segundo matrimonio sea canónico, cuando, en nuestra opinión, el artículo 51 ha de proyectarse sobre todos los supuestos de matrimonios contraídos encontrándose cualquiera de los cónyuges legítimamente casado, o sea, sobre todos los casos de matrimonios celebrados con la concurrencia del impedimento regulado en el número 5.º del artículo 83, en relación con el 101, número 1.º, del Código civil.

b) Porque el segundo matrimonio, o sea, el que se celebra sin estar disuelto el anterior *contraído legítimamente, es siempre nulo*, de conformidad con lo dispuesto en los citados artículos, nulidad que entendemos con la mejor doctrina que es de pleno derecho.

c) Porque no puede encajarse esta categoría de matrimonios dentro de la llamada ineficacia o nulidad relativa.

(123) Claro es que siguiendo este criterio de puro dogmatismo jurídico podría decirse que también en el art. 83 está incluida la impotencia, la cual no es eliminada en el 101, y sin embargo, este impedimento no es motivo de nulidad de pleno derecho. De acuerdo, pero por ello hemos dicho que la nulidad del matrimonio tiene una configuración especial y, además y en principio al menos, los tipos de los arts. 83 y 84, por mandato del 101, son constitutivos de nulidad radical, no de anulabilidad, salvo, como se dice, ciertas excepciones consagradas por la doctrina científica y jurisprudencial.

(124) LALAGUNA, en ob. cit., págs. 78 a 85, principalmente, y últimamente, en este mismo sentido se manifiesta CONDE-FERREIRO PUMPIDO, en ob. cit., páginas 550 a 553.

En efecto, lo característico de esta clase de ineficacia es que no se proyecta sobre todo el acto o negocio y sí únicamente sobre una parte de él, distinguiéndose por la doctrina científica los siguientes supuestos de nulidad o ineficacia relativa:

1.º Cuando el vicio o defecto opera solamente sobre una cláusula o elemento del acto o negocio jurídico que no sea principal (125).

2.º Los llamados supuestos de reducibilidad, que mantienen la validez y eficacia del acto o negocio dentro de los límites del poder dispositivo en que se excedió el agente (126).

3.º Cuando procede resolver por vía interpretativa si queda a salvo o no aquella parte del negocio que no se encuentra afectada del vicio (127).

d) Porque la ineficacia a que se refiere el artículo 51 del C. c. es, en nuestra opinión, plena y absoluta, o sea, que *afecta a todos los efectos civiles* que del matrimonio pueden derivarse, siendo una consecuencia lógica de la nulidad del vínculo contraído con el impedimento de ligamen.

Vemos, pues, a través de estos dos últimos apartados, que el impedimento de ligamen no puede ser incluido dentro de la ineficacia relativa ni por su configuración, en cuanto no tiene encaje en ninguno de los supuestos que la doctrina admite como constitutivos de esta forma de ineficacia, ni por sus efectos, dado lo que indicamos en el apartado d).

b) *Consecuencias que en orden a su efectividad producen los matrimonios celebrados por quienes se encuentran ligados con vínculo matrimonial anterior legítimamente contraído y no disuelto.*

Constituye ésta la segunda faceta o aspecto de que hablábamos en otro lugar, en relación con el tratamiento de esta clase de matrimonios que se regulan en el artículo 51 del C. c., faceta tan interesante como la de la calificación jurídica de dichos matrimonios, ya que con ella nos adentramos en lo que pudiéramos decir el problema esencial que plantea dicho artículo, o sea, el de su prevalencia o sumisión respecto del 69 del mismo Cuerpo legal.

Mas, para nosotros, el problema de la invalidez de estos matrimonios plantea otro problema no menos interesante; el de si la ineficacia que se prescribe en el artículo 51 es consecuencia de su nulidad o no.

(125) Un ejemplo de esta manifestación la tenemos en los arts. 515, 785 y 1.826 del C. c., así como en la Ley de usura de 1908. En el sentido que se indica en el texto se manifiesta CASTÁN, "Derecho...", cit., t. I, vol. II, pág. 688; PUIG PEÑA, ob. cit., t. I, vol. II, pág. 701; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en comentarios al t. I, vol. II, § 189, pág. 368 de la ob. de Ennecerus.

(126) Tal acontece con la reducción de donaciones y la de legados. En este sentido, además de los autores de nota anterior, DE DIEGO, en "Instituciones...", t. I, pág. 259, nota 1; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, misma ob., t. y vol., § 135, pág. 50, y § 175, págs. 287 a 289.

(127) Así, CASTÁN, en misma ob., t. y vol. y págs. de nota 122, y comentaristas de Ennecerus, mismo t. y vol. de nota anterior, § 189, pág. 368.

Vamos, pues, a contemplar ambos problemas desde nuestro punto de vista.

I. *En los supuestos que contempla el artículo 51, ¿juega el principio de buena fe?*

Para nosotros, la solución de esta primera cuestión es clara y terminante; los matrimonios en que concurre el impedimento de ligamen anterior no disuelto (art. 83, 5.º C. c.) *no producen ningún efecto, ni les son aplicables en ningún caso los beneficios del artículo 69 del Código civil* (128).

El porqué de esta afirmación lo hemos indicado ya en otro lugar —*cid supra* págs. 14-16—. Bástenos agregar a los argumentos dados que, constituyendo el artículo 51 una verdadera especialidad en materia de invalidez del vínculo matrimonial, con categoría de auténtico privilegio respecto de la también especialidad que supone el matrimonio putativo, ha de prevalecer sobre él. Se trata, pues, en este caso, *del predominio del privilegio* (art. 51) *de una especialidad* (art. 69), *sobre ésta*.

Consiguientemente, haya o no buena fe por parte de los contrayentes, nunca gozarán éstos ni sus hijos de los beneficios del matrimonio putativo (129).

II. *La ineficacia del artículo 51 ¿es producida por la nulidad de esos matrimonios?*

Como indicábamos en otro lugar —*supra* págs. 46 y ss.— los matrimonios que celebren personas ligadas por vínculo anterior no disuelto son nulos de pleno derecho.

La cuestión estriba en determinar si la ineficacia de dichos matrimonios es consecuencia de su nulidad, o una manifestación específica de la invalidez del vínculo matrimonial, dada la redacción del artículo 51 del C. c. Y que ello puede presentar problemas de interpretación, lo tenemos en el hecho de no faltar quien estime que la adecuada calificación de esta categoría de matrimonios, o mejor dicho, de su sanción, no es la de inexistencia ni la de nulidad de pleno derecho, sino la de ineficacia relativa (130).

(128) El hecho de que no produzcan efectos de ninguna clase, ni en ningún caso les sean aplicables los beneficios del art. 69, puede, sin embargo, tener alguna excepción. Concretamente, podemos hacer referencia a una a la que ya habíamos aludido en otros lugares; la contemplada en la disposición transitoria 4.ª de la Ley de 23 septiembre 1939. Se trata, sin embargo, de especialísimos supuestos, establecidos por una disposición legal y, en consecuencia, derogatorios para dichos casos de la norma contenida en el art. 51 del C. c. Fuera, por tanto, de estos casos y de aquellos otros que merezcan análoga calificación, el impedimento de ligamen, recogido en el núm. 5.º del art. 83 del C. c., produce las consecuencias que se dejan indicadas en el texto.

(129) Este es, como hemos podido observar, el criterio que marca nuestro T. S., en cuanto que si bien es cierto que en alguna sentencia parece admitir la aplicación de los beneficios del art. 69 del C. c., ello es debido a que se trata de supuestos de hecho acogidos a la especialísima legislación de la postguerra civil, como indicamos en nota anterior.

(130) Así, por ejemplo, LALAGUNA, en *ob. cit.*; CONDE-PUMPIDO FERREURO, en *ob. cit.*, y también, en cierto modo, el propio ROYO MARTÍNEZ en obra citada.

Nos inclinamos a considerar que la ineficacia de que habla dicho artículo es una consecuencia de la radical nulidad de esta clase de uniones y no una categoría especial de invalidez, por las razones que vamos a exponer:

1.º Una de las características de la nulidad de pleno derecho es la improductividad de efectos jurídicos del acto o negocio por ella afectado; "*quod nullum est, nullum produit effectum*".

Consiguientemente, la nulidad de estos matrimonios determinada en el artículo 101, número 1.º, en relación con el 83, número 5º del Código civil, había de producir necesariamente su ineficacia sin necesidad de pronunciamiento expreso contenido en el artículo 51 (131).

Mas como en materia matrimonial una de las características del acto inexistente o nulo es precisamente la de no originar siempre una ineficacia absoluta por el juego del artículo 69, al punto de que incluso los matrimonios que en el epígrafe anterior hemos indicado podrían incluirse dentro de la inexistencia son susceptibles de producir efectos a tenor de dicho precepto, para que dicha ineficacia se pudiera producir con toda plenitud habría de ponerse un límite al citado artículo 69, y esto es precisamente lo que ha hecho el legislador de 1889 con el matrimonio en que concurra el impedimento del vínculo anterior no disuelto, consagrar en el artículo 51 uno de los efectos peculiares y característicos de las nulidades radicales; la ineficacia del acto para un supuesto concreto, el señalado en dicho precepto.

2.º El hecho de que no sea preciso declarar la nulidad del vínculo matrimonial para que la ineficacia se produzca, no es obstáculo alguno a la tesis que sostenemos.

Téngase en cuenta que otra de las características de la nulidad radical es el producirse "*ipso iure*", no necesitando, en consecuencia, declaración judicial, a lo que no se opone en modo alguno la tesis hoy dominante de que dicha declaración deba producirse cuando existe una

(131) La ineficacia absoluta de los negocios jurídicos no es admitida por todos los juristas.

Así, DE CASTRO, con ocasión de referirse a esta cuestión en ob. cit., t. I, pág. 538, si bien nos dice que "*el acto nulo es ineficaz de modo insubsanable*", agrega que "*No se quiere decir con ello que sea inexistente o sin valor en el Derecho, sólo se excluyen las consecuencias para el infractor, no las que derivan de la ilicitud del acto o las que sirvan de apoyo a la buena fe de un tercero.*"

Por el contrario, ALBADALEJO, en "El negocio jurídico", publicación del Real Colegio de España en Bolonia, 1959, núm. 229, pág. 404, nos dice que "*el negocio nulo carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial*", bien que estime que la falta de tales efectos "*no impide, sin embargo, que se verifiquen aquellos propios de los hechos puestos en juego. Ni que tengan lugar los que se apoyan no en la validez del negocio, sino en la situación de hecho que la aparente validez de aquél puede crear*", opinión esta muy generalizada que siguen, entre otros, PUIG PEÑA, ob. cit., t. I, vol. II, pág. 692 a); VALVERDE, en ob. cit., t. I, pág. 562, donde equipara inexistencia y nulidad, atribuyendo a ambas figuras los mismos efectos, entre ellos, este que estamos comentando: COLIN y CAPITANT, en ob. cit., t. I, pág. 193; DE DIEGO, en "Instituciones...", t. I, pág. 258, parece inclinarse también a esta tesis, así como CASTÁN, en "Derecho...", t. I, vol. II, págs. 682 y 684, etc.

aparición de acto, para destruir éste, actuando así en forma que pudiéramos decir, siguiendo a PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, “*meramente declarativa*” (132).

Es, por lo tanto, perfectamente posible que el segundo matrimonio carezca en absoluto de efectos sin necesidad de que se haya declarado su nulidad, ya que esta posibilidad es precisamente la que se prevé y regula en el texto del artículo 51 del C. c., viniendo además confirmada por la doctrina jurisprudencial en sentencias de 19 de enero de 1926 y 29 de mayo de 1962.

La declaración de nulidad del segundo matrimonio no tiene, por tanto, más virtualidad que la “*meramente declarativa*”, como dicen los comentaristas de ENNECERUS, o sea, la de dar a conocer públicamente tal situación de invalidez.

3.º La construcción de la ineficacia plasmada en el artículo 51, como un supuesto de ineficacia específica, no la creemos factible por las razones que dábamos en otro lugar al contemplar dicha figura de invalidez.

Por todo ello concluimos este epígrafe diciendo que en nuestra opinión, *la ineficacia a que se refiere el artículo 51 del Código civil, aun cuando se produzca antes de que sea declarada la nulidad del matrimonio que la origina, es una consecuencia directa e inmediata de la misma y no de una forma específica de ineficacia.*

(132) En Comentarios a la ob. de Ennecerus, t. I, vol. II, pág. 364.

En el sentido de que la nulidad se produce “*ipso iure*” se manifiestan, entre otros, ALBADALEJO, “El negocio...”, cit., pág. 404; SANTAMARÍA, ob. cit., t. I, págs. 19-20; VALVERDE, ob. cit., t. I, pág. 363; DE DIEGO, “Instituciones...” t. I, pág. 258, y en “Curso...”, t. II, págs. 673-674; DE CASTRO, ob. cit., I, págs. 538-539.

Ello no obsta, sin embargo, como indicábamos en el texto, para que la opinión más generalizada se incline a considerar que como en algunos casos el acto radicalmente nulo puede producir efectos, bien para terceros, bien derivados de la situación de hecho que la aparente validez de aquél puede crear, etc., la nulidad deba declararse por los Tribunales, declaración que podría realizarse perfectamente “*ex officio*”.

En dicho sentido se manifiestan el propio ALBADALEJO, en “El negocio...”, cit., págs. 404-405, y SANTAMARÍA, ob. cit., t. I, págs. 19-20; BONET RAMÓN, “Compendio...”, t. I, pág. 727; COLIN Y CAPITANT, ob. cit., t. I, pág. 193, donde alega, además, otras razones, como la de que no puede acudir a las vías de hecho; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en ob., t. y vol. citados al comienzo de esta nota, págs. 363-364; CASTÁN, “Derecho...”, t. I, vol. II, págs. 686-687; PUIG PEÑA, ob. cit., t. I, vol. II, pág. 692; DE CASTRO, ob. cit., I, pág. 538-1.º, etc.

Este parece ser también el criterio que sustenta la doctrina jurisprudencial, claramente plasmado en la S. T. S. de 3 enero 1947.

A su vez, en orden a la apreciación “*ex officio*” de la nulidad, podemos señalar, entre otras, las Ss. T. S. de 29-III-1932, 6-XI-1941, 29-X-1949, 14-I-1956 y 27-X-1956, pero muy especialmente, y para el matrimonio contraído con impedimento de ligamen, las de 19-I-1926 y 29-V-1962.

CONCLUSIONES

I. Aun cuando entre el negocio jurídico y el matrimonio existen esenciales diferencias, estimamos que para construir la nulidad, inexistencia, anulabilidad, etc., del vínculo matrimonial, hay necesidad de partir de la teoría general de la invalidez de los negocios jurídicos, única que puede proporcionar los elementos fundamentales.

II. La inexistencia del matrimonio es perfectamente posible, y su construcción puede operarse en nuestro Derecho positivo sobre las bases de la inexistencia del negocio jurídico.

Dicha no existencia queda limitada en nuestra legislación a tres supuestos: la identidad de sexo, la ausencia de consentimiento y la celebración del matrimonio ante persona que no esté competentemente autorizada.

III. El impedimento de vínculo anterior no disuelto recogido en el artículo 83, número 5.º, del Código civil, es causa de nulidad del segundo matrimonio. Dicha nulidad es de pleno derecho.

No cabe hablar, por tanto, de inexistencia ni de ineficacia relativa, en cuanto los presupuestos que caracterizan dicho impedimento no tienen encaje en ninguna de estas manifestaciones de invalidez.

IV. La ineficacia de que habla el artículo 51 del Código civil es lógica consecuencia del carácter nulo de los matrimonios celebrados con el impedimento de ligamen, y no una forma o manifestación de invalidez del vínculo matrimonial.

MARIANO FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO

VIDA JURIDICA

I. NOTICIAS

A) Nacionales

Jornadas de estudio sobre la ley del suelo

En Valladolid, y organizadas por la Cátedra del profesor Serrano y Serrano, han tenido lugar, durante los días 24 a 26 de octubre, unas Jornadas de Derecho Civil sobre los problemas planteados por la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, que han congregado a profesores de las Facultades de Zaragoza, Salamanca, Valencia, Oviedo y Valladolid. En el curso de las reuniones, celebradas en el Palacio Santa Cruz, fueron leídas las comunicaciones siguientes:

Gabriel García Cantero: "Concepto de finca funcional en la Ley del Suelo".

José Luis de los Mozos y de los Mozos: "Determinación del concepto de solar en las expropiaciones por razón urbanística".

Agustín Luna Serrano: "Aspectos agrarios de la Ley del Suelo".

Carmelo Quintana: "Control jurisdiccional en la Ley del Suelo".

José Manuel Lete del Río: "En torno el concepto de ruina".

Vicente Guilarte Zapatero: "Propiedad, arrendamiento y urbanismo".

Al margen del tema general de las Jornadas, el profesor Lacruz Berdejo leyó una interesante comunicación sobre "Derecho de caza".

En los animados debates a que dieron lugar cada una de las comunicaciones citadas intervinieron, entre otros, los catedráticos señores Serrano y Serrano, Beltrán de Heredia y Castaño, Espín Cánovas, Martín Ballester, Guaita, Gitrama, Marín Pérez, Lacruz Berdejo y Beltrán de Heredia y Onís, así como los profesores señores Martín Blanco, Luna, Quintana, Luna Serrano, De los Mozos, Guilarte Zapatero, Lete del Río y García Cantero. Conclusión general de los Coloquios fué el deseo unánime de que en una futura reforma de la Ley del Suelo se tenga más en cuenta por el legislador la existencia de otros ordenamientos generales y especiales para evitar discordancias y contradicciones.

Estas Jornadas de Derecho Civil se han celebrado en el marco de intercambios periódicos entre diversas Facultades españolas, y ya tuvieron un feliz comienzo en Zaragoza en 1962. Dados los frutos científicos logrados, de desear es que tengan continuidad.

B) Extranjeras

DOS CONFERENCIAS DEL PROFESOR ALFONSO GARCIA
VALDECASAS, EN BOLONIA

El discurso inaugural de los cursos en el "Instituto de Derecho comparado italo-iberoamericano", de Bolonia, el pasado día 20 de febrero, corrió a cargo del profesor Alfonso García Valdecasas, catedrático de Derecho civil en la Universidad de Madrid, que también pronunció una conferencia en el "Instituto de Aplicación forense" de la Facultad de Derecho boloñesa.

El interés de los dos temas tratados nos ha sugerido la publicación de esta nota, que quiere recoger fielmente, en síntesis apretada, el contenido de ambas disertaciones.

La primera, sobre *La nozione del contratto nel diritto comparato*, se propone precisar algunos caracteres de la comparación de derechos tomando como pieza de contraste el contrato.

Habrà que partir de un concepto de contrato. Pero no de un concepto abstracto que pretenda abarcar por igual la generalidad de los fenómenos. Llegaríamos a tal vaguedad que para nada serviría tal concepto.

Hay que partir, al contrario, de un concepto típico de contrato. Partimos así del concepto del contrato tal como se ha formado en nuestra civilización occidental. Concepto, por tanto, concreto, pues la comparación jurídica sólo puede hacerse científicamente teniendo en cuenta la conexión entre el concepto tipo y el sistema en que existe. Ese concepto concreto será el eje que nos sirva de referencia para entender las distintas figuras de los distintos conjuntos jurídicos por su referencia a dicho concepto y por el papel que jueguen dentro de su conjunto jurídico. Nosotros partimos, pues, del concepto de contrato que se ha concretado en nuestro Derecho occidental como fruto de una evolución histórica que ha conducido hasta él. Diremos así que el sentido propio de la figura del contrato es que el acuerdo fundado de dos o más personas sobre determinado objeto y resultado jurídico, tiene la virtud de obligar a los que consintieron, en su actuación futura.

La primera cuestión para el comparatista será ver si en los distintos sistemas jurídicos que pertenecen a civilizaciones diferentes existe esa misma figura, si tiene la misma función y efectos y, en otro caso, si hay figura que se le parezca o que funcionalmente le equivalga.

El estudiante de Derecho, que no lo sea de Derecho comparado, puede que encuentre absurda esta cuestión, pues todavía persiste el hábito de ver en el principio del contrato una realidad jurídica universal y absoluta. La antigua escuela del Derecho natural no sólo daba por natural el contrato, sino que fundaba la misma existencia de la sociedad y, por tanto, del Derecho en la existencia de un contrato social. Innesario decir la petición de principio que semejante concepción encierra.

La figura del contrato no tiene nada de natural. La idea de que el consentimiento de dos personas vincula su conducta futura, es una idea que ha necesitado milenios para formarse, que nunca ha adquirido un reconocimiento universal, que donde es reconocida lo es con limitaciones importantes. El mis-

mo principio jurídico "pacta sunt servanda", que se presenta como un axioma, es históricamente un fruto moderno.

Tal como lo poseemos, el contrato es figura que nos viene (a través de larga evolución) del Derecho Romano.

Pero en Derecho Romano, contrato no fué, por lo pronto, una figura general, sino más bien designaba una situación en la que alguien quedaba obligado. Contrahere significaba, como todavía hoy, contraer en castellano, cuando hablamos de contraer una deuda o contraer una enfermedad, algo así como atarse o sujetarse. Contractus era lo contraído.

El consentimiento no jugaba papel en estas obligaciones que se contraían. Era el rito solemne, o la palabra con valor sacramental, o el carácter sagrado de la palabra escrita, o la efectiva cosa entregada, o la actividad realizada, las que hacían contraer una obligación.

Ya en la época de la jurisprudencia clásica se vino a reconocer que en todas estas figuras había un principio de convenio, una conventio. De aquí partió el reconocer en el consentimiento un carácter esencial y constitutivo del contrato.

Pero el examen del desarrollo histórico, del Derecho Romano, muestra que el nudo consentimiento nunca bastó para constituir la fuente de una obligación.

En todo caso el Derecho Romano dejó establecido el principio de consecuencias trascendentales en la historia de ulteriores sistemas jurídicos de que determinados actos, en los que había consentimiento, obligaban a una conducta futura.

Ahora bien, semejante principio siguió siendo prácticamente desconocido en los Derechos orientales.

La institución de las arras y otras semejantes son manifestaciones de esa situación. Eran los remedios con que se salvaba la ineficacia jurídica de cualquier promesa, aunque fuera aceptada, de un comportamiento futuro.

Los conjuntos jurídicos de las civilizaciones hoy activas están en desigual relación histórica respecto de la herencia de la civilización greco-romana. La civilización occidental se considera como su heredera directa, y por lo que respecta al Derecho Romano, lo ha recibido en su seno, aunque en distinta dosis en sus diversas ramas. La civilización islámica recibió también el mismo legado y hasta fue en muchos aspectos el vehículo a través del cual algunas de sus manifestaciones pasaron a los pueblos de Occidente. La civilización bizantina, de la cual es una rama la ortodoxa-rusa, fue la prolongación misma de la cultura helenística y del Derecho Romano-Bizantino.

A la India llegó el impacto de la civilización helénica, pero atenuado y sin continuidad ni posterior influencia romana. El Extremo Oriente estuvo prácticamente fuera de la órbita de aquella civilización. Sólo muy tardíamente, en los siglos XIX y XX, y a través de la presencia o la imposición de la cultura occidental, puede decirse que llega a estas grandes culturas el influjo del Derecho Romano que la civilización occidental había recibido.

En la India los ingleses promulgaron el Indian Contract Act de 1872, conjunto de reglas derivadas del Common Law inglés sobre los contratos, su celebración, su forma y sus efectos, su nulidad y rescisión, su cumplimiento e incumplimiento, etc., así como sobre una serie de contratos particulares.

Por otra parte, la penetración islámica en la India, donde hay un centenar de millones de musulmanes, también significa una indirecta influencia de la herencia greco-romana. El mundo de las costumbres indias era prácticamente ajeno.

La China y en parte el Japón se mantuvieron mucho más tiempo exentos de la influencia occidental. La China de ayer estaba fundada sobre la autoridad social del espíritu cultivado (los mandarines) y el sentido ceremonial de la convivencia social. La Ley misma tenía una función de enseñanza más que de mandamiento. Su función no era tanto garantizar a cada uno su derecho, cuanto procurar la paz en la convivencia social.

La noción de contrato que nosotros hemos expuesto y que nos es familiar, para ellos era totalmente extraña. Es la vieja resistencia a creer que el acuerdo de hoy obligue en el día de mañana. Más bien lo importante hoy y mañana es el estar de acuerdo, y ello no puede consistir sino en buscar lo que es en lo que cabe siempre concordarse.

El tremendo impacto que fué para la China la presión occidental, que en algunas de sus manifestaciones históricas fué bochornosa, provocó una transformación en China que intentó asimilar el espíritu de Occidente. El proceso de occidentalización se acentúa a partir de 1912, y la República China promulgó un Código civil que era una influencia directa del Código civil alemán, con elementos del suizo y de otras legislaciones.

Como siempre que se produce la recepción de un Derecho extranjero se plantea la cuestión de la medida en que los textos legales que se reciben son asimilados y convertidos en Derecho vigente en la vida social. La tradición jurídica china y los juegos portadores de ella seguían extraños a la noción individualista del contrato y seguían enjuiciando el estado de la obligación actual, no como una simple consecuencia del contrato que la produjo, sino como algo que había de determinarse en virtud de la justicia actual, de los deberes de solidaridad entre las partes y del beneficio para la convivencia social.

Propiamente nada sabemos de la inmensa transformación por que está pasando la China de hoy como consecuencia de la segunda onda de transformación que significa la actual revolución china.

Tendrá que pasar tiempo para que pueda apreciarse la significación histórica profunda del proceso que allí se desarrolla.

Pero por lo que respecta al Derecho de los contratos, parece razonable conjeturar que la China, que nunca ha concebido la fuerza del contrato como el Derecho romano y el occidental, no va ciertamente en el futuro previsible a acercarse a dicha concepción.

* * *

En la segunda de las conferencias sobre "Insolvencia civil y mercantil", afirma que en materia de quiebra en Derecho español hay una vieja tradición que se remonta al Derecho medieval, de continua dirección del juez. La quiebra se concibió en él desde muy antiguo como una institución procesal. Igualmente es tradicional en España la llamada concepción pública de la quiebra, y muy antigua también la distinción entre concurso de acreedores (civil) y quiebra (comercial). La distinción aparece ya en una Ley de Cortes de Barcelona en 1299.

En la quiebra comercial se acentuaba el carácter de interés público del procedimiento. La idea es que el comerciante que quiebra no sólo perjudica a sus acreedores, sino también a la República.

La doctrina jurídica del siglo XIX en Europa, con su carácter individualista, rechazó esa visión de la quiebra. Pero la doctrina actual, especialmente la italiana, ha rehabilitado el principio de interés público en la regulación de la quiebra.

En el Derecho español, las diferencias más señaladas entre concurso civil y quiebra comercial, son que el quebrado puede ser sometido a arresto, mientras el deudor civil está libre de él; que el quebrado no puede librarse, como el deudor civil, de la ejecución universal pidiendo quita o rebaja; que la quiebra es retroactiva, y que cuando es fraudulenta tiene determinadas sanciones penales.

Pero hay otra diferencia en Derecho español que la doctrina no ha analizado hasta ahora. Esta diferencia concierne a los supuestos para la declaración del concurso y de la quiebra. La insolvencia del concurso civil no tiene los mismos caracteres que la insolvencia para la quiebra comercial.

Solvencia es, por lo pronto, potencia y acto de pagar. Insolvencia es, por lo pronto, cesación de pagos, incumplimiento.

Y en el Derecho Mercantil basta el acto cualificado de cesación para que se pueda declarar la quiebra. Aunque en potencia pudiera ser solvente el comerciante. Normalmente, en la quiebra, ya declarada, aparece una insolvencia como impotencia patrimonial de satisfacer todos los pagos pendientes, pero esa insolvencia, esto es, que el pasivo sea superior al activo, resulta después de la declaración de quiebra. Y puede ocurrir también que el quebrado tuviera activo bastante para satisfacer todas las deudas y, por tanto, en este sentido no fuera insolvente. El Código de Comercio español (art. 921) prevé el caso de que con el haber de la quiebra se paguen todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra. En tal caso, se rehabilita al quebrado, pero no se anula el procedimiento; la quiebra había sido válidamente declarada por la cesación en los pagos.

La doctrina italiana ha distinguido entre "insolvencia" como impago general del deudor e "insolvibilidad" o incapacidad objetiva de pagar, déficit efectivo del activo frente al pasivo. La insolvencia puede estar determinada por una voluntad negativa del deudor; la insolvibilidad es objetiva como fundada en una insuficiencia real del patrimonio.

Pues bien, en el Derecho español, si para declarar la quiebra basta el sobreseimiento, esto es, la insolvencia como cesación de pagos, en cambio para declarar el concurso de acreedores hacen falta dos requisitos cumulativos: uno, la cesación de los pagos; otro, que el pasivo del deudor sea superior a su activo (art. 1.913 del Código civil español).

Como consecuencia, la instancia de un solo acreedor es suficiente para provocar la declaración de quiebra del comerciante. En la quiebra, el título ejecutivo universal, como ha mostrado la doctrina italiana, lo constituye el auto mismo de declaración de quiebra. En cambio, para que a instancia de acreedores se declare el concurso, se requiere, conforme a la Ley de Enjuiciamiento civil (artículo 1.158), que existan dos o más ejecuciones pendientes contra el deudor y que, al menos, en una no se hayan encontrado bienes libres para responder.

Es decir, que el concurso de acreedores se declara cuando ya existe procesalmente una concurrencia de créditos, así como una deficiencia patrimonial

para hacer frente a éstos. Y por ello, el fundamento jurídico del concurso de acreedores es la concurrencia de créditos procesalmente reclamados y la insuficiencia patrimonial del deudor. Con lo cual, la declaración del concurso es, en efecto, “declarativa”, sin virtud “constitutiva” del auto de declaración de quiebra.

Análogamente, con el concurso de acreedores se persigue la *par conditio* de los créditos, partiendo de los ya concurrentes. En cambio, en la quiebra, la concurrencia, y con ella la *par conditio*, es creada por el auto de declaración de quiebra.

La razón de esta diferencia entre insolvencia en el concurso y en la quiebra está en que el Derecho histórico, y todavía el vigente, entiende que la quiebra lesiona el crédito público, es decir, la esencia misma del tráfico comercial; lesión que no se produce con la insolvencia de un deudor civil.

E. V.

II. DICTAMENES

Dictamen sobre servidumbre personal de pastos

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

D I C T A M E N

Por el señor Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de P. de H. se somete a la consideración y dictamen de Letrado que suscribe la consulta que más adelante se indicará y con fundamento en los siguientes

A N T E C E D E N T E S

I. Con fecha 20 de mayo de 1958, se solicitó por don A. G. P. y otros vecinos de L. M., de la Junta Provincial de Fomento Pecuario de V., se declarara la agrupación de determinados terrenos sitos en término municipal de P. de H., a los efectos de su exclusión del régimen administrativo normal de pastos y sometiéndose para ello a los requisitos exigidos por los artículos 40 y 42 del Reglamento de 8 de enero de 1954. Pasada la petición a informe de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos de P. de H., se opuso por entender que los solicitantes no representaban el 85 por 100 de la extensión de los terrenos, ni el polígono ofrecía forma regular que permitiera fácilmente su delimitación, como exigen los preceptos citados; y, asimismo, por no radicar los interesados en el término de que se trata, ni tener inscritas cartillas ganaderas y, *además, porque tradicionalmente se ha venido admitiendo que ese derecho pertenece al Ayuntamiento de P.* No obstante este informe, la Junta Provincial de Fomento Pecuario de V. acordó en 15 de enero de 1959 excluir del régimen comunal de pastos a determinadas fincas, conforme a la solicitud de los peticionarios, vecinos de L. M., una vez agrupadas y sitas en el término municipal de P. de H., resultando perjuicio para los intereses de los ganaderos de esta localidad, que veían con ello reducidos sus pastos.

II. En vista de la situación indicada los ganaderos de P. de H. interpusieron recurso de alzada ante la Dirección General de Ganadería, desestimándose la reclamación en 11 de febrero de 1960. Nuevamente, por los mismos ganaderos se recurrió en alzada ante el Ministerio de Agricultura en 18 de marzo del mismo año, y transcurridos que fueron tres meses sin que hubiera habido resolución, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, no obstante en fecha posterior a la interposición de este recurso, es decir, en 21 de abril de 1961, se dictó por el Ministerio de Agricultura resolución confirmatoria de la causada por la Dirección General de Ganadería, por lo que

quedaba en pie la resolución de la Junta Provincial. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 22 de septiembre de 1962, desestimó igualmente el recurso.

Los fundamentos de esta sentencia se refieren a la competencia de la Junta Provincial de Fomento Pecuario para acordar la exclusión de la masa comunal de pastos de las fincas propiedad de los vecinos de L. M. en término municipal de P. de H., conforme al artículo 41 del Reglamento de 8 de enero de 1954, y a considerar que, conforme al expediente, se cumplen los requisitos prevenidos de representar los solicitantes a más del 85 por 100 de la propiedad de los terrenos cuya agrupación solicitan para beneficiarse de la exclusión, y, asimismo, a ser colindantes los predios (*Considerando segundo*).

Por otra parte, se desestiman los argumentos de los recurrentes, entendiéndose que el hecho de que no sean ganaderos los que han solicitado la exclusión, en P. de H., no quita para que puedan beneficiarse de tal derecho, pues lo contrario sería interpretar erróneamente el contenido del artículo 38 del Reglamento citado, cuando los únicos requisitos que se establecen son los establecidos en los artículos 39 y 40 del mismo (1) (*Considerandos tercero y cuarto*.) Y asimismo, que no cabe entender como perjuicio de los interesados al ver disminuir el lote de fincas afecto al aprovechamiento comunal de pastos, ya que al ser el régimen de pastos, excepcional, por cuanto supone una limitación de la propiedad al objeto de favorecer el interés general, "la ley lo que hace es devolver a la propiedad las facultades que en el orden sistemático de las normas, primitivamente le había quitado" (*Considerandos tercero y quinto*). Y por último, rechaza también la oposición hecha por los recurrentes a la segregación de la citada parcela, ya que los peticionarios, vecinos de L. M., no son titulares del derecho de aprovechamiento de los pastos, por las razones que se contienen en el *Considerando sexto*, ya que:

"procediendo contemplar esta cuestión a través del estado de hecho que presenta el dominio que los solicitantes proclaman; y a este respecto, aun teniendo en cuenta tan sólo el expediente y resolución gubernativa del año 1857, que presentaron los opositores, de él resulta que desde aquel año los terrenos de P. de H. que forman el polígono cuya extensión de la comunidad de pastos fué concedida, de un confuso dominio concejil ha pasado a ser de propiedad particular, así reconocida por la autoridad estatal en el expresado documento, sin otra limitación que la obligación de pagar un canon de cuatro reales por fanega al Ayuntamiento, gravamen que sea cualquiera la configuración jurídica de derecho privado que determine, no pasaría de constituir una carga obligacional del pleno dominio, pero no su anulación o inexistencia; y en cuanto al arbitrio de dos mil reales que según los recurrentes habrían de pagar al Ayuntamiento los ganaderos por el uso de los pastos de hierbas y rastrojeras de los

(1) ART. 38: "Los propietarios de fincas rústicas colindantes que, por su extensión y características, no reúnan por sí solas las condiciones necesarias para ser excluidas de las concentraciones parcelarias transitorias, a efectos de aprovechamientos de pastos y rastrojeras, podrán agruparlas con tal finalidad siempre que el coto o polígono resultante reúna las condiciones exigidas en los artículos 39 y 40 de este Reglamento, y la exclusión que se solicita para el aprovechamiento de las fincas agrupadas habrá de ser para los ganados que posean sus propietarios o con los que, a tal efecto, adquieran, debidamente inscritos en las cartillas ganaderas."

terrenos concedidos, es lo cierto que, aparte de no aparecer suficientemente probada la imposición y percepción de tal canon, su efectividad no tendría otro alcance que un arbitrio de naturaleza administrativa que en nada afectaría al derecho de propiedad de los titulares de los terrenos del término municipal, que no aparecen en modo alguno como sujetos obligados al pago de tal canon, sino que éste lo habría de satisfacer el gremio de ganaderos por el uso de los pastos en todos los terrenos, régimen de aprovechamiento cuyas perturbaciones en los términos municipales de explotación agrícola parcelada dieron origen a la promulgación de la Ley de 7 de octubre de 1938 y posteriormente del Reglamento de 8 de enero de 1954—cuya aplicación es la que invocan precisamente los solicitantes—, disposiciones ambas tendentes a establecer una ordenación que, respetando normas consuetudinarias basadas en características comarcales, coordinen los intereses agrícolas y ganaderos, atendiendo al mayor rendimiento de acuerdo con el interés general.”

III. A pesar de esta sentencia del Tribunal Supremo, cuyos términos generales le parecen a la Corporación municipal consultante perfectamente correctos, como no podía por menos, y asimismo, dentro de la esfera en que la decisión del más Alto Tribunal de la Nación se ha producido, parece, en cambio, a juicio de la misma, que existe una cuestión en éste asunto puramente civil, y sobre la que la sentencia no ha podido ni debido pronunciarse, como en algún inciso la misma reconoce al eludir la calificación, conforme al Derecho privado, del derecho mantenido sobre los predios ajenos en virtud del expediente gubernativo de 1857 (téngase en cuenta lo subrayado en el considerando transcrito) por el Ayuntamiento; aparte de que, lo que consta en el citado expediente y documentación complementaria por una insuficiencia de alegación y documentación no ha sido más que parcialmente valorado—en relación exclusivamente con su aspecto administrativo, por otra parte— por el Tribunal Supremo.

Efectivamente, según consta del expediente, para la enajenación de los antiguos terrenos concejiles, comprendidos en el polígono denominado “Páramo de Peñafior”, que se corresponden con la parcela segregada del régimen común de pastos, terminado en 7 de mayo de 1857 y aprobado por el Gobierno de la Provincia en 18 del mismo mes y año, y de las mismas escrituras de enajenación ulteriormente otorgadas e inscritas en el antiguo Oficio de Hipotecas de V.; nos encontramos con que, *ya de antiguo, se hallaba establecido por uso y costumbre inmemoriales el aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras de estos terrenos en beneficio de los ganaderos vecinos de Peñafior*, lo mismo que respecto de otros terrenos concejiles se establece otro tanto, pero con las particularidades respectivas que luego se dirán.

El expediente de referencia fué instado por los poseedores de los terrenos del citado páramo, al amparo de lo dispuesto en la Ley Desamortizadora de 1 de mayo de 1855, basándose en que venían poseyendo de padres a hijos desde tiempo inmemorial los mismos terrenos, sin más obligación que la de pagar un canon de cuatro reales por fanega y no dejarles improductivos, ya que en tal caso cualquier otro vecino, después que las tierras estuvieran abandonadas dos años, podía poseerlas en iguales condiciones satisfaciendo al Ayuntamiento el canon que hubiera quedado sin satisfacer. Percibiendo también el Municipio la cantidad de 2.000 reales del Gremio de Ganaderos de la localidad por el aprovechamiento

de los pastos, hierbas y rastrojeras de los citados terrenos. Insistiendo—según consta del expediente—que tales derechos eran reconocidos única y exclusivamente en beneficio de los vecinos de P. Como consecuencia del expediente, se autorizó al Ayuntamiento la enajenación de estos terrenos concejiles a sus poseedores, para que de este modo fueran verdaderos propietarios, pero con la subsistencia de las cargas existentes; es decir, *pago del canon de laboreo*, y además, no como entiende el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de septiembre de 1962, respecto del arbitrio de 2.000 reales al año por el pastoreo de esos terrenos, lo que nada tiene que ver con los propietarios de los mismos, como dice el considerando transcrito, sino *aprovechamiento de los pastos, hierbas y rastrojeras en beneficio exclusivo de los ganaderos vecinos de P.* Así consta claramente de lo actuado en el expediente de referencia.

Por otra parte, en el inventario de los bienes municipales confeccionado en 1865 no aparecen, lógicamente, por haber sido enajenados con anterioridad los terrenos del denominado “Páramo de Peñafior”, pero es opinión común desde entonces hasta el presente, y en la actualidad, que los vecinos ganaderos disfrutaban y disfrutaban de los pastos, hierbas y rastrojeras del mencionado páramo, con exclusión de cualesquiera otros. Asimismo, en este inventario existe una nota en carpeta que remite al expediente de 1857, aludiendo al canon, que es lo que interesa al Ayuntamiento; pero ya sabemos que debajo de este canon se encuentra el aprovechamiento correspondiente a los vecinos ganaderos sobre los citados pastos. Igualmente el inventario nos indica el régimen de pastos de otros terrenos concejiles, interesándonos aquí únicamente los comunales; así, varios prados que se utilizan, total o estacionalmente, para pastos del común de vecinos, un monte cuyos pastos son anualmente subastados y un terreno labrantío.

Por último, las Ordenanzas municipales de P. de H., confeccionadas en 1875, para el aprovechamiento de los pastos en el término municipal, no establecen nada de particular respecto de las derrotas, ateniéndose a normas consuetudinarias y respetando lo anteriormente existente sobre el particular; únicamente señalan normas externas dirigidas a la utilización del aprovechamiento: así, por ejemplo, que éste no deberá comenzar hasta que hayan sido recogidos los frutos, etc. Posteriormente, al entrar en vigor la Ley de 1938 y Reglamentos de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de 1954, la situación contemplada en relación con los terrenos que nos ocupan ha sido la misma que la que venía disfrutándose de tiempo inmemorial, por ello no ha sido preciso hacer ninguna adaptación al entrar a regir aquel ordenamiento; pero al promoverse el expediente de exclusión del régimen común de pastos de un polígono de terreno situado en el antiguo “Páramo de P.”, por sus actuales propietarios, no solamente se ha alterado este régimen, lo cual está de acuerdo con el artículo 38 del Reglamento citado, y con lo que tendrían que conformarse los vecinos de P., aunque se perjudicaran sus intereses como ganaderos, sino que se pierde el derecho a un aprovechamiento que les venía atribuido de tiempo inmemorial, en relación precisamente con los citados terrenos. Teniendo en cuenta que en P. de H., en proporción con el número de vecinos existente, un número muy elevado de familias se dedican exclusivamente a la ganadería, fenómeno poco frecuente en esta parte de Castilla la Vieja, y que tiene como explicación el extenso término municipal existente y lo adecuado de los pastos.

IV. No consta si los títulos de los adquirentes, conforme a la enajenación efectuada en 1857, entonces inscritos en el Oficio de Hipotecas, con expresión de las cargas indicadas, fueron transcritos a su creación al Registro de la Propiedad, o posteriormente, y si los sucesivos y ulteriores titulares han inscrito en él las sucesivas transmisiones por actos *inter vivos* o *mortis causa*, y asimismo, si los títulos vigentes hacen constancia de tales limitaciones o cargas.

V. Por último, la aplicación de la exclusión del régimen común de pastos de los terrenos indicados ha tenido efectividad por vez primera en 1961.

Asimismo, es de hacer constar que hasta esta fecha con alguna regularidad se ha venido exigiendo y satisfaciendo el canon de laboreo, mientras que los ganaderos han satisfecho con asiduidad este canon de pastoreo y otros arbitrios o cánones.

Conforme a los antecedentes indicados se establece la siguiente

CONSULTA

1.º Si a pesar del Ordenamiento vigente de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, el común de vecinos ganaderos de P. de H. conserva algún derecho para el disfrute de los pastos, hierbas y rastrojeras sobre los terrenos del antiguo "Páramo de P.", y naturaleza de este derecho y en beneficio de qué titulares se halla atribuido, su contenido y extensión.

2.º Eficacia del mismo, a pesar de que no se halle inscrito en el Registro de la Propiedad, y si a pesar del expediente administrativo de exclusión del régimen común de pastos, aprobado por la Junta Provincial de Fomento Pecuario y por la Superioridad hasta agotar la vía administrativa, así como por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1962, desestimando el recurso contencioso-administrativo, existe algún medio legítimo de obtener el reconocimiento de los posibles derechos de los ganaderos del común de P. de H.

A la vista de los términos de la anterior consulta, y teniendo en cuenta los antecedentes reseñados, se formula, estimando por separado las cuestiones que se considera imprescindible señalar, por el Letrado que suscribe, el siguiente

DICTAMEN

I. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La primera cuestión que aquí se suscita es la de determinar qué ordenamiento es aplicable al aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras que corresponde a los terrenos objeto de la exclusión del régimen común de pastos y como perteneciente al antiguo "Páramo de P.". Es decir, si vienen sometidos a la regulación administrativa específica sobre esta materia, o existe alguna razón para que no sea aplicable. Para ello, en este segundo supuesto que es el planteado por la consulta, es preciso que esto se deba, salvo que se trate de pueblos o comarcas excluidos de la Ley de Pastos y Rastrojeras (arts. 7 y 8 del Re-

glamento de 1954), o a la existencia de una Mancomunidad de pastos entre varios pueblos o entidades municipales (art. 10 del Reglamento citado), que no es el supuesto aquí aplicable, o a que existan *servidumbres de pastos* (art. 11), que es ciertamente el que corresponde al presente caso, ya que las normas consuetudinarias y costumbres tradicionales respecto al aprovechamiento de pastos (art. 6) se refieren más al contenido del aprovechamiento que al ámbito de aplicación de los ordenamientos respectivos.

Así resulta del régimen vigente, pero no basta esto, hay que tratar de reconstruir la verdadera situación de esta cuestión, ateniéndonos a los precedentes históricos de la misma para conectar también con el origen del derecho invocado por el común de vecinos de P. de H. En esta situación, el aludir a servidumbre de pastos, por ahora, antes de tratar de la naturaleza jurídica de tal aprovechamiento, ha de ser tomado como un término de referencia que será sometido luego a ulterior comprobación; al menos con el fin de obtener una mínima claridad conceptual en esta exposición, aunque en realidad ambas cuestiones vayan tan íntimamente unidas que sea difícil deslindar campos entre la naturaleza jurídica de este derecho de aprovechamiento de pastos y su régimen jurídico aplicable entre varios afines, ya que ambos aspectos se condicionan mutuamente.

Pues bien, nos encontramos con que —con anterioridad a la Ley de 1938— el régimen de pastos, en el orden de las normas administrativas, se hallaba sumido en un verdadero caos, abandonado a disposiciones particulares (Ordenanzas Municipales, normalmente) y a las costumbres y usos comarcales y locales. En el campo del Derecho privado viene a suceder otro tanto. En uno y otro, con diverso valor, según el carácter y naturaleza de las normas, la legalidad anterior a la Ley de Pastos y Rastrojeras de 1938 venía establecida, en lo que nos atañe, por las fuentes del antiguo Derecho castellano y generales del Reino, entre las que cuentan las Leyes Desamortizadoras, las Ordenanzas Municipales y el Código civil (2).

Según esto nos encontramos que, no por establecimiento de costumbre local o norma especial, sino por aplicación de normas jurídicas generales, de tiempo inmemorial —según consta en el expediente administrativo de enajenación de 1857, referido en los antecedentes de este dictamen— los terrenos que comprenden lo que se denomina "Páramo de P." están afectos al aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras por el común de ganaderos de la localidad. No se trata de pastoreo de terrenos ajenos, lo que tantos motivos de disputa había dado, durante toda la Edad Moderna, a ganaderos y agricultores, se trata del establecimiento por el Concejo, sobre terrenos de su propiedad, de un derecho real limitativo del dominio en beneficio del común. Esta relación jurídica no cae, por tanto, dentro de la esfera de aplicación de tantas normas de carácter administrativo como las que, sobre el particular, son dictadas en toda esta época, sobre todo a partir de Carlos III, como lo prueba el régimen específico al que se somete el aprovechamiento de laboreo y pastoreo, en su conjunto, de los

(2) Véanse, concretamente, estos precedentes en el excelente libro de A. NIETO, *Ordenación de Pastos, Hierbas y Rastrojeras*, I, Valladolid, 1959, págs. 197 y ss., que han facilitado extraordinariamente, al presente, mi modesta labor.

terrenos concejiles de referencia, según el citado expediente; y el que se mantiene, por otra parte, en 1865, cuando se confecciona el inventario de bienes municipales, a que se refieren los antecedentes de este dictamen, respecto de otros bienes comunales del mismo municipio (3) con análogo o distinto carácter, indicándonos que todo esto no es una referencia confusa, ya que existía, cuando se establecieron estas distintas relaciones jurídicas, una conciencia precisa sobre el significado y carácter de cada una de ellas. Siendo así que la que aquí nos interesa aparece como una relación de puro derecho privado, fundada en el título de su constitución, y al amparo de la libertad de constitución de estos gravámenes proclamada ya en la *Ley 10.ª, tit. XXXI de la Partida 3.ª* (4) y a la que ulteriormente el propio Código civil se remite, respetuoso en esta materia con el Derecho anterior, en su artículo 600, a *sensu contrario*:

“La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo por concepción expresa de los propietarios, que resulte de contrato o de última voluntad, y no a favor de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, sino a favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados.

La servidumbre establecida conforme a este artículo se registrará por el título de su institución.”

Ahora bien, con anterioridad a la recepción de esta materia por el Código civil, nos encontramos con una serie de normas, a veces de carácter mixto, que vienen todas ellas a respetar las situaciones creadas bajo un régimen jurídico de esta naturaleza. Así, en efecto, baste citar aquí (pues vamos a dejar a un lado el Decreto de 8 de junio de 1813, que tiene carácter legislativo y no administrativo y que apenas llegó a entrar en vigor, y que en su parte fundamental, artículo 1.º, se refiere al cierre de las fincas de propiedad particular, lo cual no era aplicable a los terrenos objeto del presente dictamen, pues hasta 1857 eran de propiedad concejil, y que recogen después los artículos 388 y 602 del Código civil, cuando, por otra parte, ello no se refiere a la determinación del régimen jurídico —en el sentido de ordenamiento aplicable—, sino a uno de los aspectos del mismo que aquí no es del caso) la R. O. de 11 de febrero de 1836, en la cual se hacen diversas declaraciones propuestas por el Consejo Real de España e Indias a la R. O. de 4 de julio de 1815, diciéndose, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“... 2.º No debe tenerse por título de adquisición a favor de otros par-

(3) Incluso, como puede verse, del régimen jurídico establecido para los terrenos de referencia en el texto, según aparecen en los antecedentes de este dictamen, al establecido por la Real Provisión de 26 de mayo de 1770, según la cual se ordena, como dice NIETO, con asombroso paralelismo con la vigente Ley de Pastos y Rastrojeras, que, “*Cap. 10. En las dehesas de pasto y labor de Propios y Arbitrios donde la labor se haga o pueda hacerse a hojas, se hará el repartimiento de las suertes en que se dividirán, de forma que la labor esté toda unida en una hoja y cada vecino tenga en ella la mitad de la suerte o suertes que se repartieren; y lo mismo la del hucco para que se logre el aprovechamiento de una y otra, sin causarse perjuicio que resultaría de estar interpolados los sembrados con las tierras del hucco*” (*Op. cit.*, I, págs. 206-207).

(4) “*Los señores de los edificios e de las heredades, pueden poner cada uno de ellos servidumbre a su edificio o su heredad...*”

ticulares o comunes sino los que en derecho tienen reconocido como tales títulos especiales de adquisición...”

Con lo que se ve claramente el respeto por tales situaciones, todo ello, como es natural, en medio de una legislación que no se refiere a ellas, sino a los usos y abusos de ganaderos y agricultores, y a sus recíprocas contiendas, al margen de la existencia de situaciones y derechos que confieren tales aprovechamientos (5). Lo mismo nos encontramos en las Leyes desamortizadoras, y especialmente en el ordenamiento fundamental constituido por la Ley de 1 de mayo de 1855, la cual establece, para que no haya lugar a dudas, y ello en relación con el destino que habían de tener los bienes concejiles en virtud del expediente de 1857, que:

“Art. 1.º Se declaran en estado de venta, con arreglo a las prescripciones de la presente Ley, y *sin perjuicio* de las cargas y servidumbres a que legítimamente estén sujetos, todos los predios rústicos y urbanos pertenecientes:

... ..

A los propios y comunes de los pueblos.

... ..”

Por otra parte, como hemos visto en los precedentes de este dictamen, las Ordenanzas de P. de H. (año 1875), no se dedican a regular el fondo de esta cuestión, como es lógico, dictando normas de policía, que no son incompatibles, ni mucho menos, con el respeto de las situaciones jurídicas preexistentes.

Esto nos pone de relieve que, lo que por otra parte es evidente, existen sobre la misma materia o materia semejante, mejor dicho, ordenamientos paralelos, uno civil y el otro administrativo, ambos independientes, aunque no por ello recíprocamente influenciados, y extendiéndose sobre el ámbito civil la inevitable influencia de determinadas normas generales o locales de policía que, por ello, en nada desnaturalizan el carácter de las relaciones nacidas a su amparo. Conforme a esta dualidad normativa, se configuran las normas del Código civil: remitiéndose al título de constitución (art. 600), o a las leyes administrativas (art. 601), lo que aquí no es aplicable porque este último precepto se refiere a los “terrenos públicos”. E igualmente, las de la vigente Ordenación de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, con más amplitud, naturalmente, para la esfera administrativa —fruto, por otra parte, de una larga y penosa evolución, a la que ya hemos aludido—, distingue también, con toda claridad, semejante dualidad, respetando las situaciones anteriores, ganadas en virtud de un vínculo de Derecho público o mixto: *Mancomunidad de pastos* (arts. 10, 11 y 12 del Reglamento), o de Derecho privado: *servidumbre de pastos* (art. 11). Así este artículo 11 establece:

“Las cuestiones que se susciten sobre la existencia, modificación o extinción de servidumbres de pastos o Mancomunidades serán de la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

La administración se limitará a mantener el estado de hecho en que hayan venido realizándose los aprovechamientos de pastos en los supuestos del párrafo

(5) Nos remitimos a NIETO, *Op. cit.*, págs. 212 y ss. ,

anterior, sin perjuicio de reservar, en todo caso, a los interesados, las acciones que pudieran asistirles y que podrán ejercitar ante los Tribunales de Justicia”.

En conclusión, según el planteamiento que hemos establecido, existiendo, como creemos sucede en este caso, una servidumbre de pastos en relación con los terrenos indicados, *puede plantearse, a pesar de la Ley de Pastos, la aplicación a aquel disfrute de un ordenamiento diferente*, que no puede ser otro que las normas civiles que regulan esta materia. Siendo esto así, sólo nos queda determinar la naturaleza jurídica y el alcance de este aprovechamiento de pastos, así como la eficacia de su título de adquisición y la vigencia del mismo.

II. SERVIDUMBRE PERSONAL DE PASTOS, PERMANENCIA DE ESTA CALIFICACIÓN.

Ya hemos anticipado que el aprovechamiento, a beneficio del común de vecinos ganaderos de P. de H., sobre los terrenos del antiguo “Páramo de Peñaflor”, constituye una *servidumbre personal de pastos*. Vamos ahora a precisar brevemente éste concepto y a ver la posibilidad de su aplicación al caso controvertido.

La posibilidad del establecimiento de servidumbres personales, propiamente dichas, es decir, con independencia de las denominadas en el Antiguo Derecho y en el Derecho romano como tal (usufructo, uso y habitación), nace en el ordenamiento vigente del artículo 531 del C. c., según el cual:

“También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada.”

Una de las formas más típicas de estas servidumbres son las de pastos, según ha esclarecido la doctrina (6) y aceptado ya de antiguo la propia jurisprudencia (así la sentencia de 3 de abril de 1909), a las cuales el Código, como normas específicas dedica los artículos 600 a 603, a los que en parte ya hemos aludido. Igualmente en el Derecho anterior al Código, *la Ley 10.^a, tit. XXXI, Partida 3.^a*, hacía posible el establecimiento de tales gravámenes, aunque con un criterio de mayor generalidad; no obstante, como se deduce del mismo tono empleado por el Código, su constitución había sido fenómeno bien frecuente, por eso no han faltado autores, como TAMAYO, que al examinar esta cuestión, indiquen que tales derechos se ofrecen en el presente como residuo de épocas ya vencidas (7), lo cual, si no deja de ser cierto, no quita importancia al deseo del Código de aludir —habida cuenta también de los problemas que se planteaban en el campo meramente administrativo— con algún cuidado a estos derechos reales, teniendo en cuenta la ausencia de precedentes, ya que otra ley de Partida (la 6.^a, XXXI, P. 3.^a) se refiere únicamente a la servidumbre real de pastos, y parece, por otra parte, que los artículos 600, 601 y párrafo primero del 603 están tomados de los artículos 2.263 a 2.266 del Código civil portugués, lo que precisamente prueba este deseo del legislador.

Ahora bien, el primer problema que plantea la naturaleza jurídica de este

(6) No puede olvidarse la obra fundamental sobre esta materia del Prof. OSSORIO MORALES, *Las servidumbres personales*, Madrid, 1936, págs. 93 y ss.

(7) *El derecho real de servidumbre*, Barcelona, 1936, pág. 88.

derecho real es el de distinguir entre comunidad y servidumbre, cuestión esta que se ha desquiciado a veces por la doctrina (8), contando con la propia desorientación de la jurisprudencia (9), pero que aquí no ofrece problemas en concreto, pues queda planteada en el ámbito de la titularidad que se resuelve en el común de vecinos más que en el plano propio del disfrute del derecho, equivalente a un derecho de titularidad simple, es decir, no gestado, como otras situaciones de comunidad, en el origen confuso de una participación colectiva, o en la afectación de un patrimonio a una responsabilidad o a un fin, como se hallará siempre en toda comunidad que no sea el condominio romano. Pero como, así todo, la idea de comunidad o colectividad no queda ausente de la relación, hay que pensar que *servidumbre y comunidad*, en este caso, no son incompatibles, pudiendo ambas figuras concurrir en el mismo caso. Pero esto no quiere decir que no pueda distinguirse entre comunidad y servidumbre de pastos. Así la *sentencia de 6 de octubre de 1951*, que invoca, a su vez, las de 11 de noviembre de 1892, 4 de octubre de 1930 y 18 de febrero de 1932, establece que:

“El derecho al disfrute de los pastos, leñas u otros productos forestales utilizado por diversidad de personas o entidades sobre una misma finca puede ser constitutiva de la comunidad de bienes definida en el artículo 392 del C. c. y regulada en los inmediatos siguientes, o integrar una limitación del dominio constitutiva del derecho real de servidumbre, definido en el artículo 531 del C. c. y desenvuelto en los 600 a 604.”

Otras sentencias posteriores han seguido esta misma línea, matizando y reiterando esta doctrina. Así las de 2 de febrero de 1954 y 12 de noviembre de 1959. Pero aún con mayor claridad y precisión técnica establece la distinción OSSORIO MORALES, diciendo:

“Por comunidad de pastos se ha de entender el que varios propietarios de fincas rústicas las pongan en común para el aprovechamiento de los pastos por sus ganados indistintamente en régimen de comunidad; de modo que cada uno de los propietarios goza de los terrenos de los demás y está, a su vez, obligado a tolerar que el ganado de los otros propietarios pascen en su mismo terreno. En cambio, la servidumbre de pastos es el derecho concedido a una o varias personas de que sus ganados pascen en uno o varios predios ajenos, derecho que está comprendido en el artículo 531 del C. c., puesto que representa un gravamen establecido en favor de personas, con exclusión de la idea de un predio dominante.”

Ahora bien, esto no quita que puedan concurrir la idea de servidumbre y comunidad en un mismo caso, por ello el ilustre profesor citado añade:

“En el supuesto de que ese derecho corresponda a una pluralidad de perso-

(8) Así no parece aceptable la complicada tesis de FLÓREZ DE QUIJONES, *Comunidad o servidumbre de pastos*, en RDP, 1933, págs. 174 y ss., seguida, en parte, en cuanto a la calificación de la naturaleza jurídica por ROCA SASTRE y GARCÍA GRANERO. Para una exposición de la fundamental doctrina española posterior al C. c., *ibíd.*, págs. 161 y ss., pero sobre todo BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 102 y ss.; y OSSORIO MORALES, *Op. y loc. cit.*; recientemente CUADRADO IGLESIAS, *Naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunales de pastos y leñas*, Salamanca, 1961.

(9) Véanse las sentencias citadas por BELTRÁN DE HEREDIA, *Op. cit.*, págs. 105-106.

nas en régimen de comunidad, tendremos la servidumbre de comunidad de pastos o servidumbre de pastos ejercida en común.”

Y siguiendo la misma orientación, dice, también el profesor BELTRÁN DE HEREDIA:

“... debemos afirmar que el uso indistinto que el legislador español hace de las palabras “servidumbre” y “comunidad”, está justificado, en parte, porque ambas figuras pueden concurrir cuando se trata de un aprovechamiento de este género: Desde el punto de vista del fundo sobre el que se ejercitan los aprovechamientos, es indudable que se trata de un gravamen que, a modo de derecho real limitado, pesa sobre un fundo ajeno y que limita las facultades del propietario. La especialidad surge en cuanto al tipo de gravamen, cuando son varios los titulares del mismo, caso en que puede existir una comunidad entre ellos, pero no puede decirse nunca que sea una comunidad del derecho de propiedad, sino exclusivamente del derecho de disfrute. Si el propietario concurre con ellos en el aprovechamiento de los pastos, es indudable que él estará también en comunidad, en cuanto a ese derecho de disfrute. Pero no en cuanto a la propiedad. En el caso de que no concorra, existirá solamente aquella comunidad de disfrute que, a modo de gravamen, pesará sobre la finca ajena. En este caso, separadas la propiedad y la comunidad de disfrute, ambas no pueden, a su vez, estar en comunidad, porque ésta requiere, según hemos visto, como condición absolutamente indispensable, que se ejerza sobre derechos de la misma naturaleza” (10).

Deslindada así la cuestión en términos generales, su aplicación al caso que nos ocupa no puede ser más clara y favorable. El aprovechamiento de pastos, en beneficio del común de ganaderos de P., sobre los terrenos, primero concejiles, después de propiedad privada, no puede ser otra cosa que una servidumbre personal de pastos ejercida en común.

Por otra parte, se hallan perfectamente determinados los beneficiarios de este derecho real de servidumbre: los ganaderos, o el *gremio de ganaderos*, como se dice en el expediente, es decir, según el significado que esto tiene en la comarca, aquellos que tienen rebaños principalmente de ganado *ovino*; no refiriéndose al ganado de “huelgo” o *de labor*, al que, según el inventario de 1865, se le reservan determinados prados del común. Y, asimismo, los predios gravados con la servidumbre se hallan perfectamente determinados también. Siendo su contenido el aprovechamiento de los pastos, hierbas y rastrojeras de los citados terrenos, desde tiempo inmemorial hasta nuestros días.

No puede prestarse a confusiones el que ese contenido material del aprovechamiento o derecho sea idéntico al que corresponde al establecido por la legislación administrativa. Ni el que ésta sea aplicable por ello, y por la circunstancia de haber dejado de ser concejiles los terrenos sobre los que la servidumbre recae, pues precisamente hemos visto el respeto que siente el Derecho vigente por las situaciones nacidas al amparo del Derecho anterior, concretamente en esta materia; aparte de que aunque haya salido la propiedad de ma-

(10) En sentido contrario al indicado, algunas de las sentencias aludidas anteriormente, y, sobre todo, la jurisprudencia criticada ya en otro lugar: V. DE LOS MOZOS, *Retracto de comuneros*, en RDP, 1962, págs. 944 y ss.

nos del común, en virtud del expediente de 1857, no ha salido de ellos el derecho de servidumbre, que continúa conforme se venía ejerciendo anteriormente, dada su condición de *perpetuidad*, como estima el propio OSSORIO MORALES, puede atribuirse a las servidumbres personales en general en favor de una *comunidad*, mediante pacto; lo que el Tribunal Supremo ha reconocido por la sentencia de 5 de diciembre de 1930, a propósito de una servidumbre de leñas constituida a favor de un Ayuntamiento; o al menos su duración *indefinita* cuando se establecen en beneficio de *varias personas*, de acuerdo con la opinión del mismo autor y la sentencia de 30 de noviembre de 1908. Por otra parte, la sentencia de 8 de mayo de 1947 declara terminantemente que la *Lcy no pone límite alguno* a la posibilidad de constituir las servidumbres personales a *perpetuidad*. Que éste era el carácter de la que aquí nos ocupa parece obvio, no sólo por la condición del titular, o porque ha sido establecido bajo el imperio del antiguo Derecho donde la limitación temporal de los derechos en este campo no era tenido en cuenta, pues lo dicho se refiere, a mayor abundamiento, a las surgidas con posterioridad a la vigencia del Código; o, por último, si se hace depender de la existencia de pacto favorable, hay que darle como implícito, habida cuenta de la "unilateralidad" de la constitución.

Precisamente por ello, dada su indefinida o perpetua duración, el artículo 603 establece la posibilidad de su *redención* por los dueños de los terrenos con ella gravados. Lo cual parece aplicable, según el párrafo segundo de la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, a las surgidas con anterioridad a él (CASTÁN). Lo que la sentencia de 19 de noviembre de 1949 confirma respecto de las constituidas sobre montes de propiedad particular, mientras la sentencia de 11 de noviembre de 1892 se ha manifestado en términos generales favorable a la redención, en este sentido también la sentencia de 20 de octubre de 1955.

Pero según los términos utilizados por el artículo 602 del Código civil (por cuanto empieza a hablar de comunidad y no de servidumbre), los dueños de los predios sirvientes no podrán cerrar las fincas para con ello librarse de la servidumbre, sí, en cambio, cuando se trate de comunidad de pastos, o de servidumbres administrativas de pastos (denominación que no es más que un término de referencia al ordenamiento de esta índole). Lo que confirma el artículo 388 y se explica, en relación con este punto, por la breve alusión histórica que hemos hecho anteriormente a sus precedentes, al deslindar los dos ordenamientos paralelos existentes sobre la materia que nos ocupa. (Así en relación con una mancomunidad, la sentencia de 4 de febrero de 1889.)

Nada modifica, ni afecta a la configuración de este derecho real de servidumbre personal de pastos, la existencia, antiguamente, de un canon de pastoreo a cargo de sus titulares, impuesto por el constituyente, pues esta *onerosidad* en nada modifica la naturaleza del derecho, subsista o no el canon, lo cual es indiferente. Por otra parte, esto pudo tener el carácter de un arbitrio municipal, a cambio de la gestión de policía y administración (señalamiento de lotes) de este disfrute en interés de los propios beneficiarios, que es lo más probable, y en este caso tampoco se modifica la naturaleza del derecho. Ni antes, ni después de la Ley Municipal de 1877 y de las posteriores, el que por imperativo de ésta se confiriera a los Ayuntamientos tal gestión en relación con las comu-

nidades de pastos establecidas por las leyes administrativas, no viene a quitar ni a añadir nada a lo preexistente.

En todo caso se plantearía aquí, respecto de este punto, cómo, en general, una yuxtaposición de ordenamientos sobre una misma materia, lo que es un fenómeno jurídico de siempre; de manera que nada sucede ni se altera mientras los ordenamientos yuxtapuestos van de acuerdo, como ha sucedido en el presente caso; hasta que se ha planteado, en virtud de la aplicación excesiva de uno de ellos, en concreto, el artículo 38 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, por desconocer derechos adquiridos que lo impiden, como es la existencia de una servidumbre personal de pastos sobre esos mismos terrenos que se han excluído, en todo o en parte, del régimen común de aprovechamiento por el primero establecido, y que, mientras ha subsistido, se hallaba de acuerdo con el contenido de dicha servidumbre, impidiendo de ese modo su pacífica coexistencia, y originando entre ambos un conflicto. Pero este conflicto parece claro que ha de resolverse en pro de la servidumbre personal de pastos.

A ello nos lleva el más elemental criterio de aplicación e interpretación del Derecho. Primero, en cuanto a la *determinación del material normativo*, lo cual nos ha hecho posible, en este caso, advertir la dualidad de ordenamientos; segundo, en cuanto a la adaptación de la realidad empírica dada en el caso controvertido, "a la medida" de la norma, nos ha permitido elegir el ordenamiento aplicable, donde encuentra su *sedes materiae* el contenido del aprovechamiento discutido. Todo lo cual viene confirmado por la apreciación del *sentido* de cada norma, al aparecer clara la "voluntad del legislador" (desde la R. O. de 1836 al Reglamento de 1954, pasando por la Ley de 1855 y el propio Código civil) en respetar las situaciones ganadas en el campo del Derecho privado, tanto para determinar el ordenamiento aplicable, o para decidir un conflicto entre ordenamientos, como el aquí planteado; cuando, además, el *interés* tutelado por la situación conculcada (la servidumbre personal de pastos) resulta así preferido (al aplicar hasta sus últimas consecuencias un ordenamiento simplemente coexistente, como resulta de la aplicación del artículo 38 del Reglamento de Pastos), desviándose con ello, por esta inadecuada aplicación del Derecho, *el fin jurídico* de la norma que es aplicable al caso (11).

En conclusión, no sólo cabe aquí hablar de servidumbre personal de pastos, en relación con el aprovechamiento de los terrenos que han sido objeto de la parcelación y exclusión del régimen común de pastos anteriormente existente, con lo que se ha conculcado este derecho perteneciente al común de ganaderos de P. de H., sino que además, a pesar del vigente ordenamiento de pasto y de la coexistencia de su régimen con el de la servidumbre, entendemos subsiste y permanece con toda su fuerza tal calificación.

III. TÍTULO DE ADQUISICIÓN

Siendo la servidumbre personal de pastos una servidumbre voluntaria, su existencia, a no ser que pudiera ganarse por prescripción, depende del título de

(11) Nos remitimos para esto a la magistral exposición del Prof. DR CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.ª ed., Madrid, 1955, págs. 509 y ss.

constitución. Por otra parte, y en relación con la servidumbre de pastos, esta cuestión ha sido objeto de una reiterada exigencia por parte de la legislación y de la propia jurisprudencia. Así, respecto de su subsistencia en relación con disposiciones de carácter general o administrativo, que imponían un régimen distinto, ya lo hemos visto con referencia al Decreto legislativo de 8 de junio de 1913, a la Real orden de 11 de febrero de 1836, a la Ley de 1 de mayo de 1855, al propio Código civil (art. 531 en relación con el 600 y siguientes) y a la Ley y al Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras. Otro tanto sucede con la jurisprudencia, desde antiguo: entre otras, la sentencia de 18 de noviembre de 1896, la de 8 de junio de 1929 y, recientemente, la de 5 de noviembre de 1956, las dos primeras refiriéndose a servidumbres existentes con anterioridad al Código, y la última a servidumbre nacida bajo su imperio.

En este caso, la existencia del título no puede ofrecer duda alguna. En un principio, aplicando la *ley 10.ª*, en relación con la *6.ª*, ambas del *título XXXI de la Partida 3.ª*, la servidumbre viene constituida de tiempo inmemorial por el Concejo, en beneficio del común de ganaderos de la localidad sobre terrenos de su propiedad, de los que también tiene cedido el laboreo, en beneficio de los vecinos ocupantes o poseedores de los terrenos, pero efectivamente sin que conste el título. Ahora bien, ello no quiere decir que sea inexistente, pues no hay que confundir título con documento. Siendo aquel, únicamente, el acto jurídico hábil para constituir el derecho de que se trate, de cuya verosimilitud no cabe, en el presente caso, dudar. Pero, además, hay que tener en cuenta, aquí, que en el antiguo Derecho era posible la adquisición por prescripción de estas servidumbres, si bien *inmemorial*, conforme a la *ley 15.ª, título XXXI, Partida 3.ª*, en contra de lo que sucede en el Derecho vigente, conforme a lo dispuesto en los artículos 539 y 540 del Código civil, que niegan la posibilidad de adquirir por prescripción las servidumbres continuas, no aparentes, y las discontinuas, a cuya doble caracterización—discontinua y no aparente—pertenece la de pastos, *a no ser que se supla el título por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente*. El invocar a este respecto el antiguo Derecho, no puede ser más correcto, conforme a la Disposición Transitoria Primera del propio Código civil; por otra parte, así lo ha reconocido y reiterado la jurisprudencia. Entre otras, la sentencia de 19 de noviembre de 1949, dice:

“Las servidumbres discontinuas, nacidas con anterioridad al Código civil, se rigen por la antigua legislación.”

Y otra sentencia, la de 22 de octubre de 1955, refiriéndose a un supuesto de servidumbre discontinua de paso, sienta la misma doctrina, implicando a la consideración general la naturaleza *indefinida* de tal derecho. De este modo se expresa la doctrina citada:

“Conforme a la disposición transitoria primera del Código civil, se regirán por la legislación anterior los derechos nacidos de hechos acaecidos bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca; y, por tanto, por la expresada legislación ha de regularse la servidumbre de paso adquirido bajo su amparo, sin que para ello sea preciso que el tiempo de la usucapación estuviera transcurrido antes de la vigencia del Código, pues si bien tratándose de una prescripción por un plazo concreto de duración puede fijarse cuándo terminó por el transcurso legal del plazo desde su origen, no cabe

hacer lo mismo cuando es de esencia que ese origen se desconozca, como exige la Ley XV, título XXXI de la Partida III, para la adquisición por el uso de esas servidumbres discontinuas y que, por ser de duración indefinida, no puede reputarse que haya terminado en una época determinada, antes o después del Código; por lo que basta que la meritada servidumbre se rija por la legislación anterior al Código que con anterioridad a la promulgación del mismo hayan tenido origen los hechos determinantes de la referida servidumbre.”

Ahora bien, no por esto deja de surgir una nueva dificultad, ya que se ha planteado la contradicción existente entre la *Ley 15.^a, título XXXI, Partida 3.^a* y la Real orden de 11 de febrero de 1836, que habla de la exigencia inexcusable de título, y que habría de ser aplicable a este caso, ya que cuando entró en vigor esta última no existía para el disfrute aquí controvertido más que una prescripción inmemorial. Pero esta dificultad no tiene consistencia y, además, no es real. No tiene consistencia, porque del texto de la misma disposición, aunque esté dictada con carácter general y tenga rango de norma legislativa y no administrativa, ya que pone en vigor el Decreto legislativo de 8 de junio de 1913 (dictado por las Cortes de Cádiz), se refiere al campo en que se han desarrollado después las disposiciones administrativas, al aludir “a las malas prácticas más o menos antiguas a que se haya dado, contra lo establecido por las leyes, el nombre de uso o costumbre”, pues lo contrario sería aplicar esta calificación a la propia Ley de Partidas (12). Pero, como decíamos, la dificultad es real, ya que al momento de la entrada en vigor de esa disposición los terrenos sobre los que recae la servidumbre no eran de propiedad particular, sino del Concejo, y, sobre todo, porque existe un reconocimiento posterior de tal derecho, según consta del expediente administrativo de 1857, que es aprobado por la autoridad gubernativa, y que, aparte de sus ulteriores efectos para acreditar la existencia del título, implica un reconocimiento de la subsistencia de la servidumbre, con posterioridad a esa legislación, ganada mediante prescripción inmemorial.

Pero, además, resulta, en el presente caso, que todo lo dicho no hace referencia más que a la situación anterior, primitiva, de la existencia del derecho de servidumbre, en relación con su *reconocimiento* en el expediente de 1857. Pues entonces sí que desaparece, con perspectiva posterior al Código civil, que es la que hemos de adoptar, la antinomia entre la Ley de Partidas citada y la Real orden de 11 de febrero de 1836, no solamente para negar el acceso a la prescripción de estas servidumbres, que tanto indignó a COSTA, sino también para reconocer, como lo hace el artículo 540, que el *reconocimiento del dueño del predio sirviente*, en este caso, el enajenante, que puede al hacerlo establecer limitaciones y gravámenes, *suple el título*.

De este modo, la breve alusión, aunque reiterada e incontrovertible, que se hace en el expediente de 1857, a la existencia del gravamen, tomada como reconocimiento, no puede extrañar por su brevedad y concisión, tal y como aparecen los títulos de adquisición de la propiedad de los terrenos gravados, otorgados mediante escritura pública, que después se inscribe en el Oficio de

(12) En contra, NIETO, *Op. cit.*, I, págs. 215 y ss., y allí referencias a la disposición comentada en el texto.

Hipotecas. Es decir, de un lado, el reconocimiento materializa la existencia del título y explica, por otro, su peculiar documentación.

IV. VIGENCIA DEL TÍTULO FRENTE A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DOMINIO LIBRE DE CARGAS Y GRAVÁMENES

No consta, en absoluto, la situación registral de los terrenos sobre los que recae la servidumbre personal de pastos que nos ocupa. Es de creer, como verosímil, que el reconocimiento de la misma fuera desapareciendo de los títulos en las sucesivas transmisiones. Pero aun cuando así no fuera, o bien que se trasladaran los asientos del antiguo Oficio de Hipotecas al Registro moderno, en que fueron inscritos los títulos de los primitivos adquirentes (conforme a los artículos 411 y siguientes de la primitiva Ley Hipotecaria, y 318 y siguientes de la Ley Hipotecaria de 1909 y 507 y siguientes del Reglamento de 1915), tampoco conseguiríamos nada, pues la Ley Hipotecaria vigente ha suprimido, entre otras, las *menciones* de derechos susceptibles de inscripción separada y especial (como es el que nos ocupa, de acuerdo con el artículo 2.º-2 y el párrafo segundo del artículo 7.º de la Ley y concordantes del Reglamento), según establece el artículo 29 de la Ley y reitera el 98 de la misma, declarando caducadas las existentes su Disposición Transitoria 1.ª, con lo que la fe pública registral no ampara, en este caso, la existencia de tal derecho:

Únicamente, en el supuesto de que estuviera mencionado y los titulares registrales del dominio no tuvieran, respecto de los titulares de la servidumbre, la condición de tercero, podría sostenerse que la caducidad de la mención no afectaría para nada a la caducidad del derecho, según la Sentencia de 24 de mayo de 1952, la cual, en relación con el significado de esa caducidad, dice:

“... no tiene otra significación que la meramente declarativa de extinción de la mención—se refiere a la norma que la establece— como parte integrante de un asiento en la esfera hipotecaria o en relación a tercero, pero sin afectar a la esfera civil o relación jurídica existente entre partes.”

Pero este no es el supuesto que nos ocupa, ni mucho menos. Por ello, vemos, que bien por un camino o por otro, hay que enfrentar el problema de la vigencia del título frente al Registro de cara al propio *principio de fe pública registral*, entendiendo a efectos dialécticos que los adquirentes tienen la condición de *terceros* que es, en definitiva, la postura más adversa a que puede llegarse.

Ahora bien, aquí, este principio se enfrenta con la eficacia del título o con la existencia del derecho, más bien en el aspecto que se ha dado en llamar *negativo*, por cuanto la fe pública registral, presume, no solamente que el contenido registral es *exacto*, sino también *íntegro*; de manera que el tercero puede rechazar los derechos, títulos, acciones, o hechos no inscritos o reflejados en el Registro, los cuales, se dan —dice Roca— como no existentes (arts. 32 y 13 de la L. H. por lo que aquí concierne). Por otra parte, únicamente quedan fuera del ámbito de la aplicación de este principio como es sabido los datos registrales de *mero hecho*, los referentes al *estado civil de las personas*, los derechos de carácter *personal* o de crédito y los derechos reales *sobre bienes muebles*; y se exceptúan del mismo, las *limitaciones legales o estatutarias* de la propiedad ins-

crita y las *servidumbres aparentes* (el art. 5.º-3.º del Reglamento, y los artículos 37-3.º, y 26-1.º de la Ley, confirman este criterio).

De manera que, como vemos, la servidumbre personal de pastos, que nos ocupa, queda afectada por la aplicación del principio de fe pública registral, ¿cómo construir, entonces, frente a esto, la eficacia vinculante para los mismos titulares inscritos de tal derecho. Esto en principio no parece fácil, pero vamos a intentarlo.

Partimos para ello, de advertir, en primer lugar, que en este caso se plantea una discordancia sustancial entre el Registro y la realidad, que la discordancia que las Leyes no pueden evitar, y que dado el terreno en que se plantea, y en función de los argumentos que hemos de aducir, no debe llevarnos solamente a la admisión, que es normal en este campo, de dos esferas de eficacia distintas, como hace, por otra parte, la Sentencia de 24 de mayo de 1952, sino a corregir, en la medida de lo posible, la normal interpretación de la eficacia y alcance del principio de fe pública registral, teniendo en cuenta las circunstancias del caso; pues no se trata, por otro lado, en modo alguno, de establecer criterios generales, sino de aplicar, interpretándolas adecuadamente, las leyes a un caso concreto, lo que no puede hacerse con los procedimientos puramente lógicos de una jurisprudencia de conceptos, que en este caso ligarían estrechamente las facultades del Registrador (si por ejemplo, se tratara de inscribir el derecho controvertido), pero no las del Juez.

Así, efectivamente, nos encontraríamos con un derecho que tiene una existencia anterior al Código Civil, y que éste ha respetado (Dis. Tran. 1.^a), y que por otra parte, tiene un carácter perpetuo, o al menos indefinido, en cuanto a su duración, que no puede alcanzar, en la actualidad, su efectividad por las disposiciones de la Ley Hipotecaria, que en este punto habría que estimar si tienen o no alcance derogatorio de las normas del Código Civil. No obstante, la discordancia, queda bien patente de confrontar la Disposición Transitoria 1.^a, en este caso, con los propios arts. 606 y 608 del Código Civil.

Ahora bien, a la vista de esta discordancia no puede resolverse de suyo el problema planteado, ni siquiera invocando además, que la subsistencia del régimen anterior, en el presente caso, venía reconocida por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, así la Sentencia, anteriormente citada, de 19 de noviembre de 1949. Pero sí, en cambio, su planteamiento nos da pie para tratar de precisar las condiciones de aplicación del principio de fe pública registral en relación con el caso controvertido.

A este efecto, vamos a fijarnos en uno de los puntos neurálgicos de fricción, en nuestro sistema, entre Derecho Civil y Derecho Hipotecario, cuando, a pesar del fortalecimiento sustancial del principio de fe pública registral alcanzado con la reforma hipotecaria 1944-1946, se llega a reconocer por el propio legislador que es preciso atenuar la rigidez del principio, para armonizarle, con los efectos que, a pesar del mismo, es preciso reconocer al instituto de la prescripción (Exp. de Motivos), resultado de este equilibrio imprescindible es el art. 36 de la vigente Ley Hipotecaria.

Pero no es que tratemos, en el presente caso, de hacer valer la usucapión *contra tabulas*, sino todo lo contrario, lo que queremos poner de relieve es que por impulso de la reforma hipotecaria, al suprimirse la eficacia frente a tercero

de las menciones, y robustecerse de este modo la fe pública registral, y por otra parte, al suceder otro tanto con el principio de legitimación (arts. 38, 97 y 1.º-3 de la L. H., en relación con sus precedentes en las anteriores) del cual es una aplicación particular el art. 35, resulta que no sólo la *usucapio secundum tabulas*, sino que la *prescripción liberatoria secundum tabulas* (que hay que distinguir de la *prescripción liberatoria contra tabulas*: art. 36, párrafo quinto; y de la *usucapio libertatis contra tabulas*: art. 36 párrafo cuarto), viene a ser una consecuencia de este doble principio, utilizándose en materia de presunción *iuris tantum*, efecto de presunción *iuris et de iure*.

De este modo, de aplicar hasta sus últimas consecuencias tales principios al caso controvertido, nos encontraríamos con que un derecho que por su titularidad —comunal— es imprescriptible, queda como si en contra de él se hubiera prescrito, a pesar de tener plena eficacia extrarregistral (13).

Este razonamiento nos hace pensar con algún fundamento en una interpretación laxa de las normas que concreta el ámbito de la fe pública registral, sobre todo por tratarse en este caso de normas reglamentarias, que a nuestro juicio no pueden derogar al Código Civil, o a las que éste declara subsistentes. Tales normas reglamentarias son las contenidas en el art. 5.º del Reglamento Hipotecario vigente, las cuales en este caso, como ya hemos apuntado anteriormente, son aplicables en orden a determinar las excepciones a la aplicación de dicho principio.

Así en efecto, el núm. 3.º del art. 5.º del Reglamento Hipotecario, exceptúa de la inscripción: "Las servidumbres impuestas por la Ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal". Bien es verdad, que la servidumbre de que aquí se trata, no se halla impuesta por la Ley, pero se desarrolla en el mismo campo que la servidumbre o comunidad de pastos que impone el Ordenamiento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, la cual, conforme a este precepto, queda exceptuada claramente —cualquiera que se considere su naturaleza jurídica— de la fe pública registral. ¿Por qué no pensar lo mismo de la que aquí nos ocupa? Sobre todo, cabe admitir esta posibilidad, cuando aparece privilegiada, como si dijéramos, en cuanto a las fuentes legales que la regulan, según hemos visto en el análisis de precedentes que nos han permitido señalar la dualidad de ordenamientos sobre esta materia. Igualmente hay que tener en cuenta que hasta 1961, en que se puso en práctica la exclusión del régimen común administrativo de pastos, manteniéndose de acuerdo, como también hemos puesto antes de relieve, ambos ordenamientos diferenciados —civil y administrativo— se ha venido ejerciendo el mismo derecho cuya efectividad se postula sin que en rigor hubiera podido negarse su ejercicio por aplicación del principio de fe pública registral.

(13) La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no prescriben los bienes pertenecientes al común de vecinos, así, entre otras, las SS. de 27 de noviembre de 1929 y 8 de abril de 1959. Véase para esto: GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en *Dos estudios sobre la usucapio en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, págs. 93 y ss., y en particular con referencia a los bienes comunales, págs. 118 y ss.; para la naturaleza de éstos es imprescindible aún el estudio de FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la naturaleza jurídica de los bienes comunales*, en RDP, 1928, págs. 66 y ss.; también GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1960, págs. 489-490.

En virtud de estos razonamientos que hemos venido haciendo, podemos explicarnos el tenor de la Sentencia de 8 de mayo de 1947, la cual se expresa en los siguientes términos:

“Aun cuando en el Registro de la Propiedad no aparezca inscrito sobre el fundo el derecho de servidumbre de pastos que se reclama, el hecho de venirse ejerciendo ese derecho sin interrupción con anterioridad a las más antiguas inscripciones revela una situación jurídica “de facto” del expresado gravamen con suficiente vigor para subsistir al lado del dominio inscrito”.

Añadiendo por otra parte, que:

“Sea cualquiera la opinión que tenga sobre la conveniencia de prohibir la perpetuidad de las servidumbres personales, es lo cierto que las disposiciones... no permiten suponer la prohibición de que éstas se constituyan de modo perpetuo, antes al contrario aluden a esta posibilidad...”

“Por ello... se prevé el remedio contra la duración indefinida de las servidumbres de pastos, mediante el precepto contenido en el art. 603”.

Explicándonos con esto la sentencia citada, el juego de esta eficacia y su evidente fundamento, desde dos planos distintos.

Pero sobre todo, volviendo al estudio de las excepciones del principio de fe pública registral, nos encontramos que, según el apartado 2.º del propio art. 5.º de Reglamento Hipotecario, quedan exceptuados de la inscripción: “Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial.” Y aquí, no se trata ya de una interpretación laxa, sino de una aplicación estricta de las excepciones al principio, pues en este caso, la servidumbre personal de pastos sobre determinados terrenos, en beneficio del común, es un bien municipal indiscutible, que tiene la consideración de bien de dominio público. Vamos a transcribir, sobre el particular, lo que dice de ello el Profesor Garrido Falla:

Si bien, “el art. 183 de la Ley de Régimen Local clasifica los bienes municipales en bienes de dominio público y bienes patrimoniales y, a su vez, estos últimos en “de propios” y “comunales”. Empero la propia ley aplica en su artículo 188 a los bienes comunales el régimen de los de dominio público, es decir, los declara inalienables, imprescriptibles y no sujetos a la tributación del Estado”.

Esta diferencia simplemente nominal hay que encontrarla, dice el citado autor, en el distinto origen histórico de unos y otros. En el plano del Derecho vigente resuelta su calificación jurídica, en su caso sólo depende de la existencia real, de la titularidad comunal, lo que al presente no ofrece problema alguno, y cita la Sentencia de 23 de marzo de 1957, que por referirse a un supuesto de aprovechamiento, muy semejante al de pastos, el reparto de las leñas de un monte dirigido por un Ayuntamiento en contra del criterio de los propietarios del mismo, vienen también de acuerdo con el objeto de nuestro dictamen. Concluyendo con la afirmación de que “en el momento actual, y a la vista del artículo 188 de la Ley los bienes comunales deben considerarse como de dominio público” (14).

(14) *Op. y loc. cit.* El sentido copulativo de la expresión contenida en el RH (art. 5.º, segundo), “de dominio y uso público”, no nos concierne, porque, conforme al art. 3442.º del C. c., el régimen al que hemos de remitirnos no distingue para unos y otros y, en lo que aquí interesa, una disciplina diferente.

Por tanto, a pesar de que los titulares de la propiedad de los terrenos sobre los que exista la servidumbre tengan la condición de terceros hipotecarios y no se halle aquélla inscrita, su ejercicio puede hacerse efectivo y aquéllos no pueden oponerse.

Pero, además, es que no son terceros, porque, evidentemente, carecen de la *buena fe* que les exige, para beneficiarse de la fe pública registral, el propio artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

V. TIEMPO, MODO Y FORMA DE PROCEDER

Vamos a agrupar aquí unas breves consideraciones sobre lo que, en términos generales, podemos considerar como presupuestos de orden procesal de la actuación a seguir para obtener la efectividad del derecho de servidumbre de pastos en beneficio del común de ganaderos de P.

En primer lugar, a pesar de la naturaleza imprescriptible de los bienes comunales, como una consecuencia de la configuración legal de su naturaleza jurídica, y a la vista de la caracterización del artículo 183 de la Ley de Régimen Local, resultará que, por aplicación del artículo 55 del Reglamento de Bienes, las Corporaciones Locales no podrán recuperar *por sí* los comunales una vez transcurrido un año desde que se hubiere producido la usurpación, lo cual es una consecuencia de la aplicación de la *posesión de año y día* (art. 460-4.º del C. c.), no correspondiendo propiamente a este caso, pero que, en definitiva, no haciendo posible la recuperación por *actos de propia autoridad*, ni tampoco por procedimientos de efectación posesoria, dado el transcurso de más de un año desde 1961, y la falta de aptitud para la tutela interdictal de las servidumbres discontinuas y no aparentes, deja libre la vía del proceso petitorio correspondiente: es decir, el juicio declarativo que por su cuantía corresponda, no afectando, por otra parte, el tiempo al ejercicio de la acción por su naturaleza imprescriptible.

La competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, sin que esto pueda suscitar problemas, a pesar de la Sentencia de 22 de septiembre de 1962, resolviendo el recurso contencioso-administrativo anterior, porque la materia es diferente y ello nos lo confirma alguna expresión de la propia sentencia y sin lugar a dudas el artículo 11 del Reglamento de Pastos.

Tratándose de bienes comunales, debe de intervenir en su defensa el propio Ayuntamiento, como se deduce lógicamente de su especial régimen jurídico. Asimismo, la Sentencia antes citada de 23 de marzo de 1957. Por ello, aunque los beneficiarios de tal derecho de servidumbre sean los ganaderos, corresponde la actuación al Ayuntamiento y no a la Hermandad Sindical de Agricultores y Ganaderos, cuyo ámbito, profesional y administrativo, no alcanza a sustituir al municipio en la titularidad de sus bienes y derechos. No debe, por otra parte, preocupar, para la efectividad del derecho que se trata de reclamar, el que se encuentre o no debidamente catalogado, pues esto no puede tener más que una eficacia interna, en relación con las disposiciones que establezcan la catalogación, pero no para producir consecuencias jurídicas que puedan alterar su propia naturaleza. En el mismo sentido hay que interpretar aquí la exigencia del artículo 35 del Reglamento de Bienes, respecto de su inscripción en el

Registro de la Propiedad, lo que, por otra parte, está de acuerdo con el artículo 5.º citado del Reglamento Hipotecario.

Por último, entendemos que estarán legitimados pasivamente ante el proceso que al efecto haya de promoverse, exclusivamente los propietarios de los terrenos gravados con la servidumbre, sin que sea preciso demandar también a la Junta de Fomento Pecuario, pues no existe entre ellos *litis consortio* pasivo. El artículo 11 del Reglamento de Pastos, al determinar la competencia, nos confirma en esta opinión y, además, las reglas que establece el propio Reglamento en orden a determinar las especialidades respecto del régimen común, de cada localidad o comarca (arts. 6 a 8 del Reglamento), nos indican, por analogía, que para la ejecución de sentencia, en su día, el propio Ayuntamiento o la misma Hermandad pueden gestionar, judicial o extrajudicialmente, su cumplimiento, dando conocimiento a la Junta de Fomento Pecuario, que, como elemento pasivo, nada puede, sustancialmente, objetar. Por otra parte, la vía de reclamación previa, en el caso de que la hubiera en este caso, ha sido suficientemente ejercitada.

CONCLUSIÓN

En virtud de todo lo expuesto y alegado, el Letrado que suscribe dictamina lo siguiente:

1.º El ordenamiento vigente, en materia de pastos, hierbas y rastrojeras, hace posible la coexistencia de la ordenación de la Ley y Reglamento de Pastos, y el régimen particular de que se trate, como el que existe en este caso debido a normas puramente civiles, que configuran una servidumbre personal de pastos sobre los terrenos en cuestión, con contenido semejante al de aquel régimen jurídico, y en beneficio del común de ganaderos, en orden al aprovechamiento de las hierbas, pastos y rastrojeras de los mismos, conforme a las disposiciones municipales correspondientes.

2.º Este derecho se puede hacer valer por el Ayuntamiento, actuando los intereses comunales a pesar de que el título de su constitución no se halle inscrito en el Registro de la Propiedad y, en cambio, tengan en él inscrito los propietarios de los terrenos su derecho de dominio, y todo ello aunque haya tenido lugar el expediente administrativo de exclusión de esos terrenos del régimen común de pastos en beneficio de sus propietarios, y a pesar de que el recurso contencioso-administrativo haya sido fallado en contra, pues esta es cuestión civil, de competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios, cuya tutela puede actuar el Ayuntamiento en defensa de los bienes comunales, mediante el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda.

Este es mi dictamen que gustosamente someto a cualquiera otra opinión más autorizada.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

ESPIN, Diego: "Manual de Derecho civil español. IV. Familia". Madrid, 1963, 2.^a edición revisada y ampliada. Editorial Revista de Derecho Privado. Un volumen de 445 páginas.

Este volumen cuarto, correspondiente al "Manual de Derecho civil español", del profesor Espín, que contempla el estudio de las instituciones familiares, llega ahora a su segunda edición. Esta obra, que obtuvo un alto galardón, el "Premio Jerónimo González, 1957", resulta ampliada y revisada, en parte, debido a la Ley de 24 de abril de 1958, que dio cumplimiento al Concordato entre la Santa Sede y el Estado español, al modificar la legislación del Código civil y del Registro civil. No obstante, este ilustre profesor va más lejos en su trabajo al reestructurar y complementar su obra con las aportaciones jurisprudenciales y doctrinales más recientes. De aquí que la obra resulte una de las más completas y actuales para el estudio de este ámbito jurídico familiar.

Después de proporcionar una completa bibliografía sobre el Derecho de familia y matrimonial, tanto nacional como extranjera, el autor pasa a exponer en su introducción los rasgos generales del derecho de familia. Dentro de la primera sección de la obra se incluyen los siguientes capítulos: uno primero, dedicado a las relaciones jurídico-matrimoniales (matrimonio, sistemas matrimoniales, esponsales, matrimonio canónico, su eficacia en España, y el matrimonio civil). El capítulo segundo aborda la cesación de las relaciones matrimoniales, estudio de las causas, la cesación en el matrimonio canónico y civil, la competencia para conocer las causas de nulidad y separación y los efectos civiles de la nulidad y separación del matrimonio canónico y civil. El capítulo tercero expone las relaciones personales entre los cónyuges y trata, particularmente, la autoridad marital, la capacidad de la mujer casada, las consecuencias de la unidad familiar y los deberes recíprocos. El capítulo cuarto contiene las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, con especial atención de las capitulaciones matrimoniales, donaciones por razón de matrimonio, donaciones entre cónyuges, sociedad legal de gananciales, dote, parafernales, capital del marido, separación de bienes y transferencia a la mujer de la administración de los bienes.

La sección segunda de la obra alcanza a las relaciones paterno-filiales, tratándose en su capítulo primero la filiación legítima; el segundo, la filiación natural; el tercero, la filiación ilegítima no natural; el cuarto aborda los demás tipos de legitimación; el quinto estudia la filiación adoptiva, y el sexto concluye con la exposición de la patria potestad.

La sección tercera se dedica a las relaciones parentales (parentesco y

deuda alimenticia entre parientes), y la sección cuarta a las relaciones cuasifamiliares (tutela, sus clases, órganos tutelares, constitución del organismo tutelar, ejercicio de la tutela, su extinción e inscripción en el Registro civil).

En suma, estamos ante una obra muy elaborada y amplificada respecto de su primera edición, en donde el ilustre profesor Espín mantiene sus características didácticas y científicas de las instituciones familiares del Derecho español, así como las de una bien ajustada de Derecho comparado, por lo que su obra, además de ser útil para la enseñanza, es una valiosa aportación para la información y consulta de las instituciones de este ámbito jurídico. Un índice de materias avala esta obra y la hace muy manejable para la rápida consulta de puntos concretos.

J. BONET CORREA

FERNANDO VIZCARRO, C.: "El préstamo usurario". Colección Nereo, Barcelona, 1963; 214 páginas.

De toda la problemática suscitada por el contrato de préstamo, una de las cuestiones que con más frecuencia ha llegado a los Tribunales ha sido la aplicación de la llamada Ley Azcárate o de represión de la usura de 1908. De aquí la importancia práctica del tema.

La obra se abre con un capítulo de datos históricos sobre la usura. La parte más interesante es la segunda dedicada a las medidas legales sobre la usura, en donde se acomete el estudio de la Ley de 1908, con base casi exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Los aspectos penales de la usura están tratados esquemáticamente en la tercera parte, mientras que unos sumarios datos de Derecho Comparado, muy poco expresivos, se han reunido en la cuarta parte de la obra, la cual se cierra con un repertorio de disposiciones legales.

Baste lo indicado para subrayar el carácter elemental de esta monografía, que se manifiesta en la brevedad de las fuentes bibliográficas utilizadas (cualquier Manual contiene un repertorio más nutrido), en la ausencia de citas a pie de página, y en la carencia de espíritu crítico al exponer la jurisprudencia, a veces contradictoria; del Tribunal Supremo. Quizá el único valor de la obra sea el de haber reunido casi toda la jurisprudencia dictada en la materia.

Si es cierto, como sostiene el autor (pág. 145), que "la usura ha continuado y continúa ejerciéndose en España, causando el enriquecimiento de algunos desaprensivos y la ruina de no pocos", parece que tal hecho puede dar origen a un estudio sociológico, de gran utilidad si se piensa en un perfeccionamiento de la Ley de 1908, después de más de medio siglo de vigencia. El Derecho comparado, si por una parte muestra la originalidad de la ley española (cuyos antecedentes encuentra el autor en una ley austríaca de 1887), por otra nos hace ver soluciones menos radi-

cales que la nuestra, tal como ocurre, por ejemplo, en el artículo 1.815 del Código italiano vigente.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

GAMBON ALIX, Germán, y MARTINEZ VALENCIA, Juan: "Arrendamientos rústicos. Comentarios a su reglamentación". Ediciones Nauta, Barcelona, 1963; 917 páginas.

Aunque la novedad del Reglamento de Arrendamientos rústicos de 1959 sea relativa, sin embargo, una de las primeras tareas científicas que compete a la doctrina es la de desbrozar el camino de su aplicación preparando el terreno a estudios de más vuelo. Labor oscura e ingrata, no exenta de dificultades por lo que supone no pocas veces de adentrarse por caminos nuevos; pero de evidente necesidad. Este es el mérito indudable de los autores, quienes, por razón de su profesión, sienten con mayor apremio que otros las necesidades de la práctica.

La técnica empleada en estos comentarios se caracteriza por su sobriedad y honradez científicas; cada precepto reglamentario es desmenuzado con base a un esquema uniforme (antecedentes legales, contenido de la norma y análisis más o menos extenso de cada uno de los problemas planteados por el precepto). Algunos comentarios son muy completos; pueden señalarse los dedicados a los artículos 1, 2, 7, 9, 11, 12, 13, 16, 22, 24, 25, 26, 43, 47, 49, 51 y 83. La obra se completa con unos formularios de bastante utilidad, la recopilación de textos legales vigentes y una completa bibliografía sobre arrendamientos rústicos que comprende incluso artículos de revista. Un índice alfabético de materias, bien confeccionado, permite un fácil manejo del volumen. A ello debe añadirse la excelente presentación tipográfica.

Ya se comprende que en una obra tan extensa no es difícil señalar reparos. Al comentar el artículo 2.º se olvida la posible incidencia de la Ley del Suelo sobre la calificación de las fincas urbanas y rústicas. Al tratar de la naturaleza del derecho de acceso a la propiedad se sostiene que se trata de una especie de expropiación forzosa realizada en beneficio de un particular, no convenciendo, sin embargo, los argumentos que se emplean para negar se trate de un derecho de opción legal. En el epígrafe del formulario número 6 (pág. 748) hay sin duda una errata que hace se preste a confusión.

Estos pequeños reparos no impiden alabar el buen trabajo realizado por los autores, quienes han dado cima a una obra que será sin duda indispensable para el jurista práctico y muy útil para todos.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

LEGA: "La comunità di lavoro nell'impresa", Milano, Giuffré, 1963, 251 páginas.

I. El Profesor LEGA, muy conocido en España, particularmente por dos monografías, *La libera professione* (2.^a ed., Milano 1952) e *Il contratto d'opera* (en el Trattato de BORSI-PERGOLESI, 3.^a ed. Padova, 1960), en las cuales aborda un tema central de nuestra disciplina (los límites entre el contrato de trabajo y otras figuras afines, también analizado en otros trabajos menores: *Appunti in tema di lavoro domestico*, en Dir. lav. 1949, I, págs. 494 y ss.; *In tema di lavoro gratuito*, en Dir. econ., 1960, páginas 1037 y ss.), se ocupa en este reciente estudio de otra cuestión básica del Derecho laboral: la discutida existencia de una comunidad de trabajo en la empresa. Tema objeto de anterior atención del autor, en una serie de estudios parciales (*Le commissioni interne di fabbrica secondo l'accordo confederale 8 maggio 1953*, en Riv. Dir. del lav. 1954, I, páginas 72 y ss.; *Appunti in tema di inserzione del lavoratore nell'impresa*, en Riv. Dir. del lav., 1963, I, págs. 194 y ss.; *Doveri giuridici di contenuto etico sociale del datore di lavoro*, en Riv. Dir. del lav. 1957, I, págs. 85 y ss.; *La diligenza del lavoratore*, Milano, 1963; *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Milano, 1956; *Le commissioni interne di fabbrica e il potere disciplinare dell'imprenditore*, en Riv. Dir. del lav., 1951, I, págs. 169 y ss.; *Introduzione sistematica alla legislazione sull'igiene del lavoro*, en Riv. giur. lav. 1955, I, pág. 361; *La "relazioni umane" nell'impresa dal punto di vista del Diritto del lavoro*, en Atti. 1.^a riunione Ist. studi protezione sociale, Roma 1955), y ahora materia central de su obra, enriquecida por dichos previos tratamientos.

II. Inicia la presente monografía un análisis del *concepto sociológico* de comunidad (Cap. I), que da base a la determinación de los sentidos en que, sociológicamente, puede hablarse de una comunidad de trabajo en la empresa. A juicio de LEGA, tres:

a) *El grupo social no homogéneo de todos los que trabajan en la empresa* —tanto empresario como trabajadores— definido por la realización de un trabajo en común, *en tanto que a todos interesa en común el modo de la ejecución y la tutela de los que lo desarrollan*;

b) *El grupo social homogéneo de sólo los trabajadores* —excluido el empresario— en cuanto *tienen unos intereses comunes de clase, contrapuestos a los del empresario*. A dicho grupo, antes que designarlo como, comunidad de trabajo en la empresa, prefiere reservarle la calificación de *comunidad de los trabajadores* en la misma;

c) Finalmente, *el grupo social homogéneo de todos los que trabajan en la empresa* —igual que en el primer caso—, pero *definido*, en cambio, *por asumir en su conjunto la gestión de la misma*, tomando entonces como interés común determinante el propio fin de la empresa.

III. Seguidamente (Cap. II), se ocupa del *concepto jurídico* de comunidad: es decir, cómo tal comunidad adquiera relevancia jurídica (o,

lo que es lo mismo, su organización jurídica); y, a continuación (Capítulo III), de las hipótesis en que, dentro del Derecho del trabajo, una comunidad sociológica adquiere relevancia jurídica (se convierte en comunidad jurídica). Encuentra, en el ordenamiento italiano, aparte de la *comunidad de trabajo en la empresa*, los siguientes supuestos: la *comunidad de trabajadores o usuarios* que, en ocasiones, puede hacerse cargo de una empresa (art. 43 de la Cost.); el *sindicato*; y los *órdenes o colegios* profesionales. No lo es, en cambio, en Derecho italiano, la *categoría profesional*; aunque reconoce, otra cosa ocurre en los ordenamientos corporativos.

IV. Desde estas bases, entra en el tema central de su estudio: sentido de la comunidad de trabajo en la empresa. Adopta un cauce muy sugetivo (Caps. IV a VII): examinar los distintos factores susceptibles de originar el surgimiento de tal comunidad, con relevancia jurídica. Cuida de señalar, sin embargo, que su tratamiento viene delimitado por la realidad jurídica italiana, no siendo posible en esta materia (por otra parte, en plena evolución) deducir conclusiones para otros ordenamientos, cuya base jurídica sea distinta (lo cual no impide una acertada y frecuente referencia a la doctrina no italiana). En concreto, analiza como posibles factores originantes de una comunidad de trabajo en la empresa: la propia relación de trabajo (de cambio o no), las comisiones internas y consejos de gestión, las obligaciones y derechos de las partes en orden a la seguridad del trabajo.

a) En base a la *relación individual ordinaria de trabajo* cabe, a su juicio, deducir *una comunidad*, pero de *alcance limitado*. Lo argumenta de este modo: el contrato de trabajo es un contrato de cambio, no asociativo; por tanto, no puede configurar una comunidad total, pues media una inicial contraposición de intereses entre las partes (cambio). Ello, sin embargo, no excluye el nacimiento de *una comunidad parcial*, por existir a la vez, otros intereses comunes, *en cuanto a ambas partes conviene que la actividad laboral se realice en el mejor modo y sin irrogar daños a las personas*. Así lo corroboran los deberes de colaboración, de diligencia, de fidelidad y las posibles sanciones (poder disciplinar) por su inobservancia.

b) Distinta situación se presenta cuando la aportación de trabajo llega a la empresa por otros caminos: concretamente, *a través de contratos no a base de cambio*. Así, la aportación de trabajo por *contrato de sociedad civil o mercantil* (donde señala una comunidad total, pero no una relación de trabajo); la *asociación en participación*, con aportación de trabajo (en cuya hipótesis no existe, a su juicio, ni contrato de trabajo, ni comunidad de trabajo); las *cooperativas*, que constituyen sin duda una *forma clara y plena de comunidad de trabajo en la empresa*; y, finalmente, las manifestaciones comunitarias de la *empresa agrícola*, destacando, de una parte, la aparición de ciertas figuras peculiares de comunidad de trabajo entre ambas partes (*mezzadria, colonia parziaria*,

soccida) y, de otra, el que frecuentemente, una de ellas, esté integrada por una comunidad de trabajadores (la *famiglia colonica*).

c) Seguidamente, examina si la *existencia de comités* de empresa puede generar algún tipo de comunidad laboral. Sin duda, afirma, los trabajadores constituyen un grupo homogéneo, pero es distinta su relevancia jurídica, según su estructuración y funciones. Concretamente, las *commissioni interne* del actual ordenamiento italiano implican, sólo, la existencia de una *comunidad de trabajadores*, y, a la vez, en virtud de sus funciones colaborativas, el nacimiento de una *limitada comunidad de trabajo en la empresa*, para el logro de la mejor solución de los problemas de naturaleza técnica y social, en el desarrollo de la actividad laboral en la misma, a cuyo respecto existe un indudable interés común.

En cambio, la aparición —de momento sólo constitucionalmente señalada, pero aún sin las necesarias disposiciones de desarrollo— de los *consigli di gestione* puede determinar la transformación de la empresa en una *plena comunidad de trabajo*, pues mediante ellos cobra relevancia, no sólo el interés común en el desarrollo de la actividad laboral, sino en la propia gestión de la empresa. Nada obsta lo dicho sobre tal fórmula comunitaria, afirma, a la subsistencia, en la base, de un contrato de trabajo como contrato de cambio.

d) Finalmente, de la reciprocidad en las *obligaciones sobre seguridad y tutela de la integridad física del trabajador* dentro de la empresa, afirma, se deduce también una *limitada comunidad de trabajo*, en la misma: a los fines y en base al interés común de las partes por dicha tutela.

V. En los capítulos VIII y IX extrae las conclusiones de este proceso de investigación, sintetizables en los siguientes términos:

a) la *empresa evoluciona hacia una estructuración más plenamente comunitaria* (o, si se quiere, institucional): lo muestran la tendencia a dar al trabajador, junto al salario, una participación en los beneficios; a irle asociando en la gestión de la empresa; la democratización de los poderes jerárquicos del empresario; la aparición de órganos representativos del trabajo, cada vez con mayores funciones, etc.;

b) sin embargo, de hecho, *en el ordenamiento italiano no se ha llegado aún a esa fase*, lo que no obsta al reconocimiento de una *limitada comunidad de trabajo*, en base al interés común por el mejor desarrollo de la actividad laboral y la tutela de las personas;

c) es de prever —y existe en otros ordenamientos— una *estructuración de la empresa como plena comunidad de trabajo*, en base al interés común, jurídicamente relevante, en la efectiva participación de ambas partes, no sólo para el mejor desarrollo de la actividad laboral, y la tutela del trabajo, sino para toda la gestión de la empresa;

d) empero, el hecho de alcanzar esa fase *no contradice la naturaleza de contrato de cambio atribuida al contrato de trabajo*, al menos en

tanto no se produzcan otras mutaciones sustanciales de éste y no sólo de la estructura de la empresa;

e) en fin, señala como *exigencia inderogable* de esta evolución, el respeto a la libertad, dignidad y seguridad de las personas que intervienen en la empresa: *un'exigenza che la comunità di lavoro nell'impresa dovrà costantemente salvaguardare.*

RAMÓN GARCÍA DE HARO

OLIVENCIA RUIZ (Manuel): "Publicidad registral de suspensiones y quiebras". Editorial Montecorvo. Madrid. 1963. 136 páginas.

Los procedimientos concursales, que suponen un impacto en la esfera jurídica de los terceros, exigen una eficaz publicidad que traslade a su conocimiento una serie de mutaciones jurídicas que las afectan.

Entre los múltiples instrumentos de publicidad posibles el autor ha querido centrar su estudio en los propiamente registrales, esto es, en la última fase de una evolución histórica que arranca de formas mucho menos perfeccionadas.

Al no existir en nuestro derecho, como sucede por el contrario en el italiano, un registro especial para quebrados, aunque exista en cada Juzgado un registro especial para las suspensiones de pagos, el estudio se ha centrado necesariamente en los reflejos de los procedimientos concursales en los Registros mercantil, civil y de la propiedad, que en medida y significados diversos se ocupan de los procedimientos concursales.

Aunque el Registro mercantil, por su específica misión se erige en órgano lógico de publicidad dentro del tema tratado, existe una publicidad instrumentada en los Registros civil y de la propiedad complementaria de la primera, y de la que —y esta es la orientación fundamental de la obra— cabe deducir consecuencias válidas para la más exacta determinación de los efectos que la quiebra produce sobre la persona y sobre el patrimonio del deudor común (p. 16).

I. Las situaciones de quiebra o de suspensión de pagos deben encontrar su reflejo natural en el Registro mercantil, órgano de publicidad primordial dentro de la esfera mercantil, por lo que se le concede atención preferente, partiendo de la exacta observación de que la reglamentación española "no es terminantemente clara ni completa" (p. 19) en cuanto el nuevo Reglamento del R. m. vigente se refiere exclusivamente al comerciante individual (art. 83). Queda así planteado el grave problema del acceso al R. m. de la quiebra de las sociedades, auténtica laguna legal que el autor resuelve a base de una interpretación extensiva (p. 27), reforzada con una interpretación analógica del párrafo primero, artículo 4.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 julio 1922.

En el supuesto del comerciante individual no inscrito (p. 28), la técnica del Registro mercantil español impone en definitiva la inscripción

previa del comerciante por mandamiento judicial, que deberá contener las menciones necesarias para dicha inscripción.

Los diversos aspectos de la publicidad mercantil son atentamente analizados: mandamiento, trámite y objeto de la anotación, especialmente esta última, sometiendo a crítica el vigente artículo 83 del Reglamento del R. m., que al modificar el 106 derogado ha sido, dice el autor, inexacto, inconcreto e incompleto (p. 34), actuándose una reforma no “demasiado afortunada, porque las novedades introducidas vienen redactadas en forma tan confusa que dificultan la recta interpretación” (p. 38).

Tampoco el fundamental aspecto de los efectos de la anotación o no anotación en el R. m. de los actos relacionados con quiebra o suspensión de pagos cuenta en nuestra legislación “con soluciones específicas y expresas” (p. 56), aunque el autor entiende justamente que “al no estar prevista la publicidad registral en los textos legales, es claro que la inscripción nunca puede tener efectos constitutivos” (p. 58). El acto de declaración de quiebra anotado o no en el Registro producirá siempre sus efectos típicos frente a terceros, siendo la inscripción solamente un medio para completar la eficacia de la fijación de los edictos y la inserción en los periódicos. Aunque en materia de suspensión de pagos el problema puede plantearse en otros términos, también se llega a la conclusión de que el papel que juega el R. m. en el mero instrumento para facilitar una más amplia publicidad del expediente de suspensión de pagos (p. 61).

II. El reflejo de la quiebra y de la suspensión de pagos en el Registro de la Propiedad, que tiene honda raigambre en nuestro ordenamiento jurídico, es examinado atentamente por el autor, a partir del derecho anterior, en el que tenía lugar a través del cauce de la anotación preventiva del número 4 del artículo 42, que sancionaba un sistema de limitación real, y después en el derecho vigente, en el que la quiebra es examinada como causa de incapacidad o de prohibición de disponer, en páginas muy logradas. Asimilada registralmente la situación del quebrado a la del incapaz, las consecuencias jurídicas son evidentes: la declaración jurídica de quiebra debe llevarse al libro de incapacitados regulado en los artículos 386 y siguientes del Reglamento (p. 84). Aun no tratándose de una verdadera incapacidad, la declaración de quiebra supone una amplia modificación de la capacidad de obrar de la persona. Como efecto registral produce lo que en la técnica hipotecaria se denomina cierre del Registro (p. 88), que tiende a evitar que se operen en el Registro posteriores inscripciones de actos que por su naturaleza y su fecha deben sufrir los efectos típicos de la quiebra declarada.

En el caso de que la declaración de quiebra no haya sido objeto de anotación (p. 89), se presentan una serie de cuestiones que afectan a la esencia del derecho de quiebras y dan ocasión al autor a un profundo examen de la problemática clásica al cuidado análisis crítico de nuestra doctrina y en particular de nuestra jurisprudencia, incluso de la más reciente. Respecto de los actos posteriores a la declaración de quiebra, concluye que pueden perjudicar a los terceros que contraten con el deudor ignorantes de su situación y confiados en lo que en el Registro aparece

y que, como acto nulo que es, no puede quedar convalidado o sanado por su posterior inscripción registral (p. 90). Los actos anteriores a la declaración de quiebra plantean una serie de graves cuestiones en conexión con la llamada retroacción de la quiebra, cuya nulidad, para el autor, se produce con absoluta independencia del juego de los principios registrales (página 93). El conflicto de intereses que se produce entre los acreedores del quebrado y la persona que de él adquirió en virtud de un acto afectado por la declaración, ha sido resuelto por nuestro derecho a favor de aquéllos, así en materia de retroacción, cuya solución legislativa española es favorable a los intereses de los acreedores del quebrado, aun a expensas de los adquirentes de buena fe (p. 117).

III. Respecto del reflejo de la quiebra y de la suspensión de pagos en el Registro civil, la nueva Ley española de Registro civil de 8 junio 1957 ha sancionado en su artículo 1.º, número 5, una referencia a la quiebra y a la suspensión de pagos que el autor califica de importancia trascendental (p. 121) y que, completado con los artículos 46 de la Ley y 178 del Reglamento, sancionan por primera vez en la legislación española el acceso al Registro civil de las declaraciones de quiebra y de suspensión de pagos, lo que "constituye una novedad radical en nuestro sistema, de la que no pueden encontrarse antecedentes en las disposiciones anteriores" (p. 122). Y este acceso, dice el autor, "se enlaza muy directamente con el tema sustantivo de la naturaleza jurídica de la situación de quebrado o suspenso" (p. 123). Ninguna duda de que la condición personal del quebrado supone una modificación en la capacidad de obrar del deudor, que por su origen puede calificarse de judicial (p. 124). Menos clara la cuestión de si supone un auténtico cambio de estado civil.

En cuanto al suspenso no se trata de una inhabilitación personal, sino de un sistema de disposición condicionado a las medidas que se hayan estimado oportunas para salvaguardar los intereses patrimoniales de los acreedores. Pero a pesar del matiz personal que la situación de quiebra tiene frente al meramente patrimonial a que da lugar la suspensión, la Ley de Registro civil ha equiparado ambas situaciones a la hora de prescribir su reflejo en los libros del Registro, para conseguir una más completa y eficaz publicidad en los casos de quiebra y suspensión de pagos.

El número 5 del artículo 1.º de la Ley establece son simplemente inscribibles las declaraciones de quiebras o suspensiones de pagos; pero el artículo 178 del Reglamento amplía considerablemente los hechos inscribibles, como la providencia en la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, la rehabilitación del quebrado.

La nueva reglamentación no ha aclarado a quién corresponde instar las inscripciones previstas en caso de quiebras y suspensiones. El autor, acudiendo a las normas generales y en particular al artículo 25 de la Ley del Registro civil, entiende que el juez competente para conocer del expediente de suspensión de pagos, una vez que haya dictado providencia con

admisión de la solicitud, debe ocuparse de que goce de la prescrita publicidad, remitiendo testimonio bastante al encargado del Registro (página 134). El juez debe también ocuparse de que consigan la misma publicidad los diversos casos de sobreseimiento del expediente sancionados por nuestra legislación. Organismo competente para realizar los asientos será el encargado del Registro municipal o consular del lugar en que el quebrado o suspenso haya nacido. Las inscripciones se extienden como marginales.

En la confluencia de sus conocidas preferencias—derechos registral y de quiebras—el autor ha sabido estudiar una materia compleja, en gran medida virgen, poniendo a contribución en el difícil dominio de la problemática toda una normativa que, resistiéndose a ser encuadrada en un solo sector, penetra en todo el ordenamiento jurídico privado y en el procesal.

El autor ha profundizado en las cuestiones, utilizando todos los medios disponibles: nuevas y viejas normas, doctrina tratada críticamente y, ampliamente, la jurisprudencia, hasta la más reciente, demostrando una gran ponderación y sensibilidad de los intereses puestos en juego, dentro de la línea maestra de la mejor tradición mercantilista.

El resultado ha sido una obra clara, diáfana en todas sus partes, amplia, a pesar de la aparente limitación del tema, hasta poner en juego cuestiones y problemas propios de una teoría general. Obra útil, en suma, que supone un avance considerable en la necesaria clarificación de un sector de nuestro derecho que reclama mayor atención de la que se le ha venido prestando hasta ahora.

EVELIO VERDERA

PRIETO-CASTRO Y ROUMIER, F.: “La nacionalidad múltiple”. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Francisco de Vitoria. Madrid, 1962. Un volumen de 248 páginas.

Con esta obra sobre el tema de la nacionalidad múltiple debuta Prieto-Castro Jr., que, en su día, fué objeto de tesis doctoral y que mereció la máxima calificación. Un tema de interés, dado que el concepto de nacionalidad está en completa dependencia con aquel otro de “Estado”, actualmente en crisis y vía de superación. El propio autor no deja de vislumbrar que la comunidad internacional se ve hoy enriquecida con nuevas formas de integración: las organizaciones regionales, los “bloques” continentales se institucionalizan ante el derecho internacional, convirtiéndose en sujetos del mismo, ya que la realidad del Estado parece haberse empequeñecido, viéndose obligadas las naciones a reagruparse dentro de esquemas más amplios y generosos.

Después de haber justificado su estudio, el autor aborda una introducción titulada “Los conceptos previos sobre la nacionalidad”, donde precisa la noción de nacionalidad, su naturaleza jurídica (de carácter

de derecho público) y la nacionalidad como objeto de la competencia del legislador interno. Le sigue la primera parte de la obra que responde al título de "Doble nacionalidad y el conflicto positivo de nacionalidades", donde se trata el problema positivo de nacionalidades en el orden interno, el tratamiento por Tribunales internacionales, el tratamiento de los conflictos positivos de nacionalidad en el derecho positivo interno, la prevención y el remedio de los conflictos positivos de nacionalidad y la doble nacionalidad, así como la protección diplomática. Una segunda parte aborda lo que el autor denomina la "doble nacionalidad institucional" y la "supranacionalidad hispánica", donde se concretan las cuestiones siguientes: el tránsito de la doble nacionalidad conflictual a la doble nacionalidad institucional, según las leyes y la doctrina; la doble nacionalidad hispánica, con especial referencia al derecho español; los convenios de doble nacionalidad con Chile, Perú, Paraguay, Nicaragua y Bolivia, para concluir con la supranacionalidad hispánica, sus antecedentes históricos y las cuestiones de comunidad y supranacionalidad, de doble nacionalidad y supranacionalidad. Para el autor, la firma de los convenios citados es un primer paso en el proceso histórico hacia la implantación de un sistema general de doble nacionalidad o supranacionalidad, meta a conseguir que debe ser aceptada sin restricciones, sincera y plenamente.

La obra recoge, por último, en apéndices, los textos del Código de derecho internacional privado (Código Bustamante), el Convenio concerniente a ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre la nacionalidad, el Protocolo relativo a las obligaciones militares en ciertos casos de doble nacionalidad, el Convenio sobre la nacionalidad de la mujer casada, firmado en Nueva York en 1957, la Ponencia de la O. N. U. sobre la nacionalidad múltiple, la Ponencia del Consejo de Europa sobre la reducción de los casos de pluralidad de nacionalidades la recomendación de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa relativa a la reducción de las cosas de pluralidad de nacionalidades y los Convenios de doble nacionalidad que llevó a cabo España con Chile, Perú, Paraguay, Nicaragua y Bolivia.

Se concluye este estudio sobre la doble nacionalidad insertando una relación bibliográfica de las obras manejadas, así como las demás sobre el tema tratado.

J. BONET CORREA

RIVERO LAMAS, Juan: "La novación del contrato de trabajo". Librería Bosch. Barcelona, 1963, 306 páginas.

I. Se trata de la primera monografía de este autor, Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho del trabajo de la Universidad de Barcelona (conocido ya por algunos artículos publicados en las revistas es-

pañolas de la especialidad): se engañaría, sin embargo, quien creyera estar ante una obra primeriza. Por lo contrario, el Profesor Rivero nos muestra, en este estudio, no sólo su amplio dominio de la bibliografía de la especialidad, sino—lo que resultaba más difícil esperar—un maduro conocimiento de la teoría general del Derecho.

II. Por ello, la primera aportación a destacar es su *precisa delimitación del ámbito de esta figura* (a menudo, desenfocado en la doctrina laboral). Con exactitud, señala su doble diferencia respecto a otro tipo de *modificaciones* que puede sufrir la relación de trabajo:

a) ante todo, las originadas *por virtud de normas estatales* (sea por su cambio posterior al nacimiento del contrato; sea *ab initio*, al sustituir cláusulas nulas del mismo) o *profesionales* (en este caso, puede mediar un acuerdo de las partes, pero colectivo; o diferencia del convenio novatorio, siempre perteneciente al Derecho individual). Destaca a este propósito que, si bien los resultados pueden coincidir con los de una novación introducida por las partes, “sin embargo, en ningún caso cabe conceputar tales efectos modificativos de la norma como novatorios porque entonces estamos dando el nombre de la institución a un puro resultado y no al negocio jurídico que está en la base de dicho resultado y que es lo fundamental para calificar un supuesto de novatorio o no. En la actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo, el término novación se usa frecuentemente con toda corrección; sin embargo, no ocurre así con la doctrina iuslaboralista, que no vacila en utilizar locuciones como novación legal, forzosa y otras similares, que a nuestro juicio no responden en absoluto al sentido y disciplina jurídica de esta institución, enclavada de lleno en el campo de la autonomía de las partes en el contrato”;

b) en segundo lugar, las modificaciones debidas a la *voluntad unilateral de las partes*: especialmente, fundadas en el ejercicio del poder disciplinario y el *ius variandi* del empresario. Concreta, a este propósito, con detalle, los límites hasta donde alcanza dicho poder del empresario y aquellos en que no queda otro cauce, para modificar el contenido del contrato, que la novación realizada por las partes.

En suma, aclara con acierto que, para la calificación de la naturaleza novatoria, no importa tanto el contenido modificativo, que puede lograrse por otros caminos, como el acto productor del mismo: un acuerdo de los contratantes para alterar la relación (sea conservando o exigiendo la anterior).

Pero hay más, el Profesor Rivero, junto a utilizar con precisión los conceptos, apunta una sugestiva tesis para la *teoría general de la novación*: su intento de explicar las relaciones entre el negocio novado y el novatorio—en caso de novación impropia o no extintiva—con el recurso a la figura de los negocios conexos.

III. Es indudable, señala Rivero, la continua fluctuación de las relaciones laborales, por la movilidad de la vida económica en una sociedad industrial, lo cual determina un constante cambio y modificación de las condiciones de trabajo, por muy diversas razones y medios. Pues bien,

en todas esas hipótesis, se precisa encontrar el instrumento jurídico adecuado, a través del cual se realice la modificación: de aquí, la *importancia de la novación*, como “una de las instituciones de que disponen los sistemas jurídicos para encararse con el problema de la modificación de las condiciones de trabajo”. Concretamente señala, entre otras, las siguientes utilidades prácticas de esta figura, en el campo laboral: como instrumento para evitar el despido y procurar la estabilidad en el empleo; como cauce para ampliar las posibilidades de organización del empresario; asimismo, para la readaptación de los trabajadores a nuevos puestos de trabajo, dentro de la empresa; etc.

IV. Pero conviene pasar al examen del esquema seguido por el autor, en el desarrollo de su monografía:

1. En un primer capítulo, se plantea el tema de las *modificaciones del contrato de trabajo*: su posibilidad (problema de la fuerza obligatoria del contrato), y motivo (imposibilidad de cumplimiento, excesiva onerosidad, valoración de la utilidad del contrato para las partes, etc.).

2. Seguidamente (capítulo II), pasa a analizar el *concepto de novación* y su evolución histórica; también, sus peculiaridades en el Derecho del trabajo, en cuanto Derecho especial (así, en razón del principio *pro operario*, de la norma más favorable, de la irrenunciabilidad de los derechos, etc.). Sin duda, ello impone ciertos límites al ámbito material de la novación (con cuestiones prácticas de tanto interés como la renuncia a las condiciones más beneficiosas pactadas, pero sin rebasar los mínimos legales; o el tema de la renuncia a los derechos inciertos o vencidos; la transacción laboral, etc.).

3. El tercer capítulo está dedicado al análisis de la *estructura jurídica del negocio novatorio*: sus formas (expresa, tácita, presunta, por adhesión); partes del negocio; presupuestos del mismo (referentes al propio negocio, al contrato de trabajo sobre el cual recae, a su contenido y a las partes), clases (modificativa y extintiva), efectos y naturaleza jurídica. Todo ello, referido a la problemática propia del negocio novatorio en materia laboral, y con interesantes sugerencias personales (por ejemplo, a propósito del ascenso, que califica de novación común, en el caso de los ascensos por concurso o libre designación, y de novación por adhesión, en la hipótesis de ascenso por antigüedad).

4. En el capítulo cuarto, sin duda fundamental de la obra, se ocupa de la *novación objetiva del contrato de trabajo*. Luego de distinguirla, según hemos visto, de las modificaciones del contrato con un origen distinto (imposición normativa o voluntad unilateral de las partes), examina sus hipótesis más importantes: novación de las relaciones laborales de carácter previo al contrato (contrato de aprendizaje, contrato a prueba); del contrato de duración determinada; novación por alteración de la prestación de trabajo (con temas de especial interés para nuestra disciplina, como los *traslados, modificación de horarios*, etc.); novación por alteración de la causa; novación de la obligación retributiva, etcétera.

5. Un último capítulo queda reservado al análisis de la *novación*

subjetiva del contrato de trabajo: por cambio de la persona del trabajador (abordando, especialmente, las hipótesis de sustitución del auxiliar asociado y de los componentes del equipo, en el contrato de grupo); o de la persona del acreedor de trabajo. A este respecto, se ocupa del debatido tema de la continuidad de las relaciones de trabajo en el cambio de titular de la empresa, conforme al artículo 79 de la Ley de contrato de trabajo. Acertadamente, señala que no existe en este supuesto una novación (ni siquiera por cesión de contrato), sino una *sucesión ope legis* en las relaciones de trabajo; pero que, precisamente, la novación puede ser el vehículo para la continuidad del contrato, en aquellos casos en que resulta imposible tal sucesión.

En suma, lo dicho basta para hacerse cargo del rico contenido de esta obra, primera de carácter monográfico sobre el tema de la novación del contrato de trabajo.

RAMÓN GARCÍA DE HARO

RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel: “Doctrina del Tribunal Supremo sobre arrendamientos rústicos”. Editorial Aguilar, Madrid, 1963; 1321 páginas.

Conocidas las características generales de esta útil recopilación jurisprudencial, sólo debe aquí destacarse la razón de ser de este volumen (cuya misma existencia viene a confirmar la creciente especialización de la materia), y que *no ha sido otra que una promesa del propio autor de dar a la imprenta con independencia la doctrina del Tribunal Supremo sobre los arrendamientos rústicos*; para ello se ha recogido doctrina ya incluida en la primera edición de la “Doctrina civil” y en el Apéndice de 1955; todo ello con las naturales puestas al día, de forma que la última sentencia recogida es la del T. S. de 29 de diciembre de 1962.

Manifiesta el autor su propósito de seguir paso a paso la evolución de la legislación arrendaticia rústica; ello es correcto dado el carácter recopilador, en parte, del Reglamento de 1959; pero a veces no se comprende bien la utilidad de transcribir resoluciones inactuales, tales como la de 23 de octubre de 1903 de la Dirección de los Registros, que hoy carece de vigencia; con todo, la jurisprudencia más copiosa arranca del año 1936.

El método es el habitual seguido por el autor para la exposición de la doctrina jurisprudencial en otros volúmenes. La legislación arrendaticia rústica se incorpora al final en forma de apéndices. La presentación de la obra, excelente, como de costumbre.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

ROSSI (Guido): "L'avallo come garanzia cambiaria tipica", Dott. A. Giuffrè, Milano, 1962; 155 páginas.

El aval es una institución pendular que no ha encontrado todavía su centro de oscilación entre las dos alternativas tradicionales: fianza y obligación cambiaria autónoma.

A pesar de ello, el tema no ha sido afrontado más que marginalmente por la doctrina, en neto contraste con una abundante jurisprudencia, que prueba la amplia utilización de la institución y las nuevas funciones que ha ido asumiendo en la vida económica, sobre todo como instrumento de seguro del crédito.

El resultado de la investigación del autor, que ha querido enfrentarse decididamente con el tema, está claro en la misma portada de su obra: el aval es una garantía cambiaria típica, solución que no es ciertamente la predominante en la doctrina y a la que ha creído poder llegar aplicando criterios rigurosos interpretativos deducidos del sistema del derecho cambiario.

La doctrina dominante ha partido, para el autor, de un silogismo erróneo: el aval es una garantía personal, la garantía personal típica en la fianza, por tanto, el aval es una fianza con la que divide de modo más o menos total el atributo de la accesoriedad. Pero esta premisa no tiene en Italia posible fundamento en ninguna norma jurídica, diversamente de lo que sucede en otros países, y de ahí deduce la que califica de relativismo del aval, basado en un análisis histórico y comparativo. Esta conclusión inicial está reafirmada en el capítulo VII sobre el "irregular indorsement", como garantía cambiaria típica en el derecho angloamericano.

Preocupa al autor desde el principio la delimitación de los conceptos de garantía cambiaria y aval (cap. II, p. 7), en cuanto el concepto de garantía es esencial a la definición de todas las obligaciones cambiarias. Pero el concepto de garantía no lleva aparejado el ulterior atributo de la accesoriedad de la relación de garantía respecto de la relación que constituye el objeto. Y sobre esta base debe operarse la neta distinción teórica entre aval y fianza (p. 12). Ha sido un error común el de considerarla fianza como el paradigma típico de los negocios de garantía, cuando no es más que una aplicación particular de un concepto de más amplio alcance, confundiendo una relación fundamental que podría ser de fianza (pero lo es sólo a veces) con la naturaleza de una obligación cambiaria abstracta y autónoma que es el aval. Aval y fianza son dos subespecies del mismo concepto (p. 13). En el cuadro del mínimo común denominador del negocio de garantía, en sentido amplio, el aval no está más próximo a la fianza de cuanto no lo esté el endoso o cualquier otra forma cambiaria con fines de garantía.

El aval es una garantía cambiaria, autónoma, en cuanto no forma parte originariamente del nexo cambiario normal (esto es la cadena deudor principal-acreedores cambiarios), en el que se inserta sólo indirectamente y de reflejo. En esto está precisamente la diferencia entre

aval y endoso: el endoso entra en el normal nexo cambiario, mientras que el aval, a pesar de ser una garantía dada en las formas cambiarias, no entra directamente en el nexos normal de la letra de cambio. La responsabilidad del avalante es una "responsabilidad de posición"; el aval es una garantía cambiaria "típica".

El atributo de accesoriedad no pertenece como tal al concepto de garantía cambiaria, de tal forma que la antinomia de los dos términos de autonomía y accesoriedad de la obligación de aval no puede ser resuelta en abstracto, sino que está vinculada al dato legislativo positivo. Estudiado el problema en los derechos extranjeros antes de la Ley Uniforme y en este texto legal llega a la conclusión (p. 36) de que el aval es una obligación perfectamente autónoma. La eventual accesoriedad formal, de que habla la doctrina, no tiene nada que ver con la accesoriedad de una obligación fideiusoria ni con la propia de una obligación cambiaria de garantía más que en la medida en que son formalmente accesorias todas las obligaciones cambiarias. El nexos que une la obligación del avalado con la del avalante no es un nexos de subordinación, sino de coordinación, y en cuanto tal es el común a todas las obligaciones cambiarias. En conclusión, la validez formal de la firma del avalado es necesaria para que haya un aval válidamente prestado (p. 37).

La definición de las relaciones entre aval y fianza ha originado en la doctrina y en la jurisprudencia las mayores controversias y equívocos sobre la naturaleza del aval, que se pueden centrar en la inexacta definición del aval como "fianza cambiaria", que el autor somete a crítica, reafirmando la inaplicabilidad general de las normas sobre la fianza al aval y en especial de los artículos 1.953, 1.955 y 1.957 del C. c.

El aval es una garantía cambiaria típica, desvinculada de la naturaleza de la obligación subyacente, de lo que deriva que el aval no puede tener nunca carácter representativo de una obligación extracambiaria y no puede valer como prueba histórico-documental ni como prueba crítica de una obligación extracambiaria o de una relación fundamental (p. 74).

El último capítulo, el VII, aborda la forma del aval, concebido como confirmación última de los resultados obtenidos por otro campo, ilustrando la perfecta correspondencia de la disciplina del aval con la de las demás firmas cambiarias, así como la autonomía de la obligación de aval y la separación entre relación fundamental y relación cartal.

Defensa, pues, de una tesis mantenida en todos los campos, con dominio de la materia y documentación suficiente.

EVELIO VERDERA

TRAPANI, G.: "Il c. d. pegno mediante compossesso e il pegno senza spossessamento". Milano, 1963. Editorial A. Giuffrè. Un volumen de IV + 135 páginas.

El ilustre abogado Trapani, director general de las Cajas de Ahorro para la provincia siciliana, realiza con esta monografía un estudio de

Derecho comparado muy útil y muy documentado sobre la "prenda sin desplazamiento" y sobre la "prenda mediante coposesión" o "posesión conjunta". Una figura, la primera, que en el mundo del crédito contemporáneo va ganando más adeptos y que, no obstante, aún carece de realidad en Italia, donde sólo se admite legislativamente el segundo tipo de prenda llamada en coposesión.

Los dos recientes Congresos de las Asociaciones de Instituciones Públicas de Crédito o "Montes de Piedad", celebrados en Palermo (1961) y en Madrid (1962), pusieron de relieve la necesidad de dar cauce a las nuevas necesidades económicas y sociales mediante instrumentos legales que permitan su mejor funcionamiento. La ponencia que en su día presentó al Congreso de Madrid el abogado Trapani fué objeto de reelaboración y concluyó por constituir esta obra que ahora se publica. En ella, la cuestión principal que se presenta es la de la garantía de la posesión de la prenda, que si bien es considerada como insustituible para la seguridad del crédito, se plantea si se puede conciliar con las medidas atinentes a que el deudor pueda conservar una cierta disponibilidad, más o menos atenuada, de la cosa dada en prenda.

El autor comienza su obra con el estudio de la prenda mediante coposesión de la legislación italiana; después pasa a analizar el "Trust receipt" del Derecho angloamericano y el "Field Warehouse" americano; también recoge la transferencia fiduciaria de propiedad con la finalidad de garantía (Sicherungssübereignung) del Derecho alemán; la "prenda sin desplazamiento" de la legislación francesa; la "hipoteca mobiliaria" y la "prenda sin desplazamiento" de la legislación española; la "prenda sin desplazamiento" de la legislación portuguesa; la "prenda dejada al deudor" de la legislación soviética; la "prenda registrada" de la legislación argentina; la "prenda sin desplazamiento" del Derecho griego y la "prenda clásica", así como la "prenda sin desplazamiento" en las legislaciones de otros países (Líbano, Turquía, Suiza y Etiopía). El estudio se concluye con unas notas finales donde el autor pone de relieve cómo, en la prenda clásica, el constituyente, en vía de principio, debe desposeerse de la cosa y transferirla al acreedor pignoraticio, pero cómo este desplazamiento no siempre es actual y práctico; tal ocurre cuando se trata de instrumentos de producción o de trabajo del deudor o indispensables para el ejercicio de su industria o trabajo comercial o profesional, con lo que viene a resultar que deviene un "bien muerto" para la economía. De aquí que el autor se pronuncie por la necesidad de paliar la garantía que el crédito necesita para su natural desenvolvimiento con la no privación de los objetos que constituyen la prenda clásica en base a las exigencias económicas de la vida de los negocios. Las posibles objeciones doctrinales de la sistemática jurídica deben ser salvadas, a su juicio, con objeto de dar vida legal a estas exigencias.

Hay que resaltar que las aportaciones doctrinales y legales del ámbito español en esta materia han sido muy elogiadas y bien recogidas por este ilustre autor.

VERRUCCOLI (Piero): «Il superamento della personalità giuridica delle Società de capitali nella “common law” e nella “civil law”». Milano Dot. A. Giuffrè, Editore. 1964. 214 páginas.

En esta nueva etapa que podría denominarse crítica de los estudios sobre la persona jurídica, el libro de Piero Verrucoli supone una muy estimable aportación, por lo bien informado que está y por su sentido de la ponderación.

Hay que prevenir al lector español, ante todo, de que el vocablo “superamento” empleado en la obra no se utiliza en el sentido peyorativo de que el concepto de persona jurídica haya sido vencido o sobrepujado en la ciencia moderna y que en su consecuencia haya de ser desechado (1). Se emplea con otro muy distinto alcance. Se ha querido destacar con dicha palabra el hecho de que se puede y debe romper el pretendido hermetismo de la persona jurídica; lo mismo, por tanto, que se ha tratado de señalar hablando de un movimiento de “demitificación” de la persona jurídica (2).

Verrucoli parte del postulado evidente en el actual Derecho positivo de la vigencia del concepto de persona jurídica, de la tradicional distinción entre la subjetividad del ente y las subjetividades de sus miembros; pero añadiendo: “para las situaciones normales”. Dada la práctica judicial de los distintos países, estima también indudable la posibilidad de “superar” el natural hermetismo de la persona jurídica en las situaciones anormales.

El propósito u objetivo del estudio reseñado parece centrarse respecto a dos extremos: Uno, la justificación jurídica de “la superación” de la personalidad jurídica. Otro, la sistematización de los supuestos de dicha superación.

¿Cuál es la razón justificadora de la atribución de la personalidad jurídica por parte del ordenamiento jurídico? En cada momento histórico puede ser diferente. Hoy significa—nos dice—un privilegio que el Estado concede a determinados grupos. Lo que tiene precedentes importantes en la Historia; así, la *lex specialis* requerida en Roma desde Augusto y las figuras—que estudia detenidamente—de la *incorporation* y la *franchise* en Inglaterra y en Estados Unidos (3). Actualmente, el reconocimiento de la personalidad jurídica a los que reúnan los requisitos exigidos por la Ley (sistema normativo) supone que el

(1) Comp. *Ofensiva contra el concepto de persona jurídica*, A. D. C. XIV, 4 (1961), págs. 943 y sig.

(2) Frase utilizada en *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, pub. en *Estudios Jurídicos Varios*, vol. I, pág. 125 (Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Centenario de la Ley del Notariado, Sección tercera, Madrid, 1964).

(3) En su apoyo, como otros antecedentes, puede recordarse además de la condición de las antiguas grandes compañías inglesas, holandesas y alemanas de los siglos XVII y XVIII, el que en tiempo de Federico II de Prusia se calificaba de *privilegierten Corporation* a la que gozaba de *privatrechlicher Persönlichkeit*.

poder central ha renunciado a aquella su facultad discrecional de atribuir el privilegio de la personalidad. Mas, aunque el Estado haya renunciado al antiguo sistema de la concesión individual, no ha renunciado, sino que se reserva la facultad de corregir los excesos o abusos en el ejercicio del privilegio concedido, ya sea mediante normas legislativas, ya sea por medio de decisiones de los tribunales; en uno y otro caso, será por "el medio técnico de la superación de la personalidad jurídica" (4).

La sistematización de la hipótesis de "superación" se prepara en base de un cuidadoso estudio de Derecho comparado, de la doctrina de los autores, de la jurisprudencia y de disposiciones legislativas, que interesará al lector español, sobre todo en lo referente al Derecho de Estados Unidos (5). Después del cual concluye diciendo que en definitiva, y sin pretender proponer nuevas categorías y criterios clasificatorios, pueden distinguirse las siguientes hipótesis de "superación", en función: 1.º, de la directa realización de los intereses propios del Estado (de naturaleza fiscal o puramente política, como en el caso de individualizar la nacionalidad de la sociedad); 2.º, de la represión del fraude a la ley; 3.º, de la represión del fraude al contrato; 4.º, de la realización de los intereses de los terceros que el ordenamiento tutela aunque no se den los extremos del fraude; 5.º, de la realización de los intereses de los socios *uti singuli*.

Esta nueva aportación del profesor Verrucoli a los estudios sobre la persona jurídica (6), por los datos que proporciona y, sobre todo, por el modo prudente de enfocar el problema tratado, puede contribuir útilmente a la tarea difícil de aclarar el significado de la persona jurídica en el Derecho vigente.

F. DE C.

(4) No parece útil entretenerse en señalar coincidencias (que son muchas) y diferencias (que algunas hay) respecto a todo lo dicho en el libro reseñado. Sólo una observación parece necesaria. El significado de privilegio de la atribución de personalidad en la regulación moderna de las Sociedades anónimas parece exactamente destacado (comp. lo dicho en *¿Crisis de la sociedad anónima?*, R. D. P., núm. 49, 1950, pág. 96); pero deja abierta la duda de por qué el autor extiende a todas las personas jurídicas la afirmación de que el reconocimiento de su personalidad es siempre la concesión de un privilegio por el Estado. Quizás al haberse centrado la atención en las sociedades de capital se ha dejado de valorar el hecho de que ahora, de nuevo, se enumeran entre los derechos del hombre, el de tener una propiedad en colectividad y el derecho de asociarse (arts. 17 y 20, *Déclaration universelle des droits de l'homme*).

(5) Para algún lector español, podrá resultar incompleta la referencia a la jurisprudencia española; mas deberá tenerse en cuenta la dificultad de conocerla de primera mano; el autor ha creído suficiente considerar la utilizada en los estudios españoles sobre el tema, hasta el momento de publicar su trabajo.

(6) Me refiero a su libro *La Società cooperativa*, Milano, 1958; también, *Profili e prospettive dell'impresa secondo recente elaborazioni francesi, Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, Padova, 1961, III, pág. 599.

WALTER VAN GERVEN: "Bewindsbewoegdheid" ("Pouvoir de Gestion"). Brussel, 1962; 509 págs.

La obra que comentamos es una aportación a la teoría general de la gestión del patrimonio de otro, enfocada desde la perspectiva del Derecho comparado. Se trata de un libro editado en lengua holandesa, conteniendo un amplio resumen en francés e inglés. La estructura formal de la obra es la siguiente: una amplia introducción y cuatro títulos: "descripción y examen crítico de los poderes de gestión existentes en el Derecho belga: su calificación"; "la naturaleza del poder de gestión y la teoría de la desviación de poder"; "el poder de gestión y el fenómeno de la representación" y, finalmente, "relaciones del poder del gerente". El título III se integra en cinco capítulos y el IV en dos.

La obra ofrece un doble interés: por un lado, la riqueza de materia analizada es de por sí suficientemente significativa; y por otra lado, el rigor del método de análisis utilizado proporciona a la obra un valor sin par. En relación con este segundo polo de interés, podemos afirmar con el autor: "que toda la investigación científica... ha de partir de la naturaleza del fenómeno que se estudia". El saber jurídico no es una excepción, sino más bien un firme punto de apoyo de la anterior afirmación. Es más, la construcción de la teoría del poder de gestión del patrimonio de otro (objeto de la obra) debe montarse sobre una doble base: la teoría general y el Derecho comparado. La teoría general nos dará la cabal naturaleza de la institución; el Derecho comparado, el modo como se desenvuelve tal institución.

Una vez desvelado el punto de partida del autor, nos corresponde analizar las distintas etapas que recorre, así como la meta que persigue es decir, conviene determinar el contenido de la obra. Pero no es posible desmenuzar el libro en su totalidad; sólo nos vamos a referir a una triple cuestión, que a nuestro entender constituye la médula del libro. A saber:

- naturaleza jurídica del "poder de gestión";
- proyección del poder de gestión en la figura de la representación;
- mecanismo de control del poder de gestión.

La naturaleza del poder de gestión, nos dice el autor, puede buscarse en una de estas tres teorías. La primera, nacida en Alemania y desarrollada por la doctrina americana, cree encontrar la esencia de la institución en la idea de *Poder*. Para los que así piensan, el poder es "la capacidad atribuida a un sujeto de derecho, en virtud de la cual puede afectar el patrimonio de otro sujeto de derecho". Una segunda actitud doctrinal encuentra el dato clave de la institución en la idea de la *Competencia*. Tal tesis implica introducir el elemento de legitimidad, autorización o facultad. "Las nociones de poder (*können*) y de facultad (*dürfen*) se refunden en la noción de competencia". Finalmente, la teoría de la delegación sirve también para explicar la naturaleza de la institución.

Enfocado así el problema el autor desplaza su punto de atención hacia la proyección del poder de gestión en el fenómeno de la represen-

tación. Porque la naturaleza jurídica la encontramos, cabalmente, cuando analizamos esta segunda cuestión.

El planteamiento del problema no es nuevo. La doctrina española hace tiempo planteaba el tema afirmando que "la gestión es una cuestión de deber" y "la representación es una cuestión de poder" (1). Sin embargo, de tal planteamiento se deduce la posibilidad de conectar ambas categorías. Pues bien, la gestión del patrimonio de otro, puede explicarse por la vía de la delegación de poderes. Pero resulta que, la delegación de poder no es más que un supuesto concreto de una teoría más amplia: la teoría de la apariencia. Ya decíamos en otro lugar (2), que la apariencia es lo que parece y no es... y que la apariencia en el Derecho supone que la existencia o eficacia de una relación jurídica dependa, no de la existencia real de otra, sino de la apariencia. De este modo, aparecer como titular, en virtud de una delegación de poderes, implica la posibilidad de que un sujeto de derecho afecte el patrimonio de otro. He aquí la idea clave que explica el poder de gestión en el patrimonio de otro.

Finalmente, el autor plantea la cuestión del mecanismo de control del poder de gestión. Se ha pretendido que la técnica más depurada es la de la "desviación del poder", recogida del Derecho público (3). Pero para nuestro problema resulta inadecuada, desde el momento en que el poder de gestión funciona en el orden privado. El autor indica como mecanismo posible el de la revocabilidad de los poderes.

El libro es una obra sugestiva, salpicada de apreciaciones y distinciones sutiles. VAN GERVEN, profesor holandés, ha contribuido con la presente obra a matizar y perfilar la teoría del poder de gestión sobre el patrimonio de otro.

RAFAEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA

(1) Vide, J. GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, pág. 548. El tema se planteaba en relación con la sociedad colectiva. De todos modos, la relación entre gestión y representación queda aquí planteada.

(2) Nota sobre la obra de J. CALAIS-AULOY: *Essay sur la notion d'Apparence en Droit Commercial*, París, 1959, que publiqué en *Revista de Derecho Mercantil*, en su núm. 88, 1963.

(3) Vide trabajo de GARCÍA ENTERRÍA, en R. A. P., mayo 1962: *Las zonas de inmunidad del poder*, en el que se analiza magistralmente la técnica de la desviación de poder, su crisis y la necesidad de sustituirla por unos controles más sustanciales. Señala cómo la doctrina francesa que elaboró y dio forma al mecanismo, comienza a abandonarlo.

REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER
y Carlos MELON INFANTE.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

BOBBIO, Norberto: *Iusnaturalismo e Positivismo Giuridico*, RDDC, año VIII, número 6, noviembre-diciembre 1962, 1.ª parte; págs. 503-515.

Relaciones entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, entendidos como los dos modos diversos de concebir las relaciones entre el Derecho natural y el Derecho positivo. Se pretende demostrar que las indicadas relaciones, bien apreciadas, se presentan con una complejidad mucho mayor que la que puede deducirse de la vieja y siempre nueva polémica entre los partidarios de una o de otra orientación. La dureza de las polémicas es tal que con frecuencia hace creer se trata de dos concepciones contrapuestas en todo su significado: o iusnaturalistas o positivistas. Partiendo de que el iusnaturalismo supone la "superioridad" del Derecho natural sobre el positivo y el positivismo la exclusividad de éste (asimetría de las concepciones), se estudian los aspectos diversos en que la distinción puede manifestarse; los distintos planos en que puede ser tomada en cuenta. Concepciones no exhaustivas, principales formas del iusnaturalismo, principales momentos de la crítica positivista y formas de presentación histórica del positivismo, su contraposición respectiva al iusnaturalismo. Relación entre iusnaturalismo y positivismo cuando se consideran, más que como ideologías, como modos de entender el fenómeno jurídico. Termina el ensayo advirtiendo el peligro del rígido encasillado de los autores en una u otra concepción. La utilización de los postulados de ambas es frecuente y su interconexión no es anormal ni rara.

FASSO, Guido: *Filologia allegra di filosofi del Diritto grandi e piccoli, vecchi e giovani*, RDDC, año VIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1962, 1.ª parte; páginas 516-525.

Curiosos y aleccionadores ejemplos de la manía cómoda y práctica viciosa de las citas de segunda mano, en la que desde luego incurrirán también a veces las grandes maestros. Como caso "asombroso" se considera el error que cometen Gurvitch y Wolf, confundiendo a Vázquez de Menchaca con Gabriel Váz-

quez, y tomando el último el nombre de Alfonso de Castro por parte del título de una obra. El "fenómeno acontece" al tratar de buscar el precedente de la teoría de Grocio en torno a la fundamentación del Derecho natural en sí mismo y en la razón, desvinculándolo de sus presupuestos teológicos. El escrito que se reseña merece ser leído despacio y meditado con atención: no sólo divierte, sino que, a la vez y sobre todo, acusa, alecciona y advierte. Los indicados son los ejemplos más llamativos; junto a ellos se citan otros que tampoco son de "menor cuantía" (entre los cuales destaca una curiosa manera de citar el Sistema de Savigny).

TEDESCHI, Guido: *L'insufficienza della norma e la fedeltà dell'interprete*, RDDC, año VIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1962, 1.ª parte; págs. 536-553.

El estudio lleva el subtítulo de "Reflexiones sobre el pensamiento de Tullio Ascarelli" y está destinado a examinar el pensamiento de dicho autor, en materia de interpretación de normas, en función y en relación a las dos posiciones extremas: a) la norma se basta a sí misma para todos los casos; b) negación de la norma como eficaz directiva prefijada para el intérprete. Se parte de la idea básica de que en toda aplicación de norma no cabe eliminar el momento interpretativo y de que dicho momento presenta una naturaleza, más que meramente reproductiva, de cierto carácter creador. Ascarelli, teniendo siempre *in mente* un sistema de Derecho preconstituido, acabó sin embargo negando a los preceptos abstractos la denominación de normas: se trataba de simples *textos* hasta ser interpretados en conexión con un caso concreto; sólo entonces se convertirían en normas; aquella interpretación sería a la vez *texto* con respecto a casos futuros. Crítica de la concepción expuesta, que, a juicio del autor, llevaría a la muerte del Derecho y de la propia jurisprudencia incluso. En la interpretación el problema no radica en si ha de reconocerse o no un elemento creativo en ella, sino en la determinación de si y cuáles son los límites que la interpretación encuentra en la circunstancia de la existencia de la norma; si y cuánto el intérprete (el intérprete de buena fe que acepte la disciplina de las normas) está sujeto al ordenamiento jurídico.

TORRENTE, Andrea: *Panorama di Giurisprudenza della Cassazione*, RDDC, año VIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1962, 2.ª parte; págs. 567-581.

Correspondiendo al segundo cuatrimestre del año 1962 se ofrece un resumen sistematizado de la jurisprudencia de casación italiana. Las sentencias que se indican se refieren a las siguientes materias: disposiciones sobre la ley en general, personas y familia, sucesiones y donaciones, obligaciones, títulos de crédito, responsabilidad civil, trabajo, empresa y tutela de los derechos. A continuación se recogen los fallos referentes al Derecho Procesal: proceso civil en general, procesos especiales, procedimiento concursal.

2. Derecho de la persona

BARBERO, DOMENICO: *Le norme complete*, RDDC, año VIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1962, 1.ª parte; págs. 525-535.

En el ámbito de la interpretación del negocio jurídico, las normas jurídicas pueden clasificarse en normas interpretativas, supletorias e integradoras de la disposición negocial. Su función respectiva. La clasificación no suministra elementos técnicos suficientes para comprender y catalogar toda la reglamentación relativa a las relaciones entre la voluntad privada y la ley; entre disposición negocial y disposición legal. Se propone una nueva categoría de normas: las que el autor llama "normas completivas". Entiende por tales aquéllas cuya aplicación está condicionada no tanto por la falta o por la varia insuficiencia ("lagunosidad") de contenido dispositivo del contexto de la declaración negocial, sino más bien por la falta, total o parcial, de la misma declaración dispositiva. Considéranse en el estudio como supuesto típico de normas de esa categoría las reguladoras de la sucesión legítima, consideradas anteriormente por el autor como normas "supletorias" (Sistema, II, ed. 1958, pág. 990). Justificación de la denominación que se propone: las normas en cuestión tanto pueden suponer un complemento parcial o un complemento total de la declaración negocial. Respectivo significado de las normas "completivas" y de las supletorias. Estas suponen la falta de contenido declarativo de la disposición negocial; aquélla la falta de la disposición negocial misma.

CAPPIZANO, EZIO: *La tutela del diritto al nome civile*, RDC, año LX, julio-agosto 1962, 1.ª parte; págs. 249-311.

El Código civil italiano, en los arts. 6, 7, 8, reconoce y desenvuelve legislativamente, como novedad frente al Derecho anterior, el derecho al nombre y el sistema de su protección jurídica. Sobre la base de la Legislación alemana y suiza (§ 22 del BGB, art. 29 Código civil suizo) la doctrina había circunscrito la tutela privada del nombre especialmente a dos acciones: la acción de reclamación o impugnación del uso que del propio nombre hace una persona y la acción por usurpación de nombre. A juicio del autor, estas dos acciones no agotan la tutela que del artículo 7 del Código civil italiano puede derivarse. Sobre la reglamentación positiva italiana, y con olvido de fórmulas ya superadas y de otros tiempos, se pretende una reestructuración de la tutela del derecho al nombre. Comienza el autor demostrando que gran parte de la doctrina, aun escribiendo sobre los textos del Código civil vigente, no ha podido sustraerse a la influencia de una de estas dos tesis: la que concebía el nombre como objeto de un derecho de propiedad y la que le privaba de todo su valor intrínseco y significación para reducirle a un simple signo incapaz de desempeñar otra función que la de distinguir al portador del mismo en interés de la generalidad. Concepción amplia de la identidad personal, comprensiva no sólo de las características somáticas de la persona, sino al mismo tiempo de aquellos notas socialmente relevantes que integran el perfil social de la persona haciendo de ella una individuali-

dad distinta de toda otra. El uso indebido del nombre ajeno no sólo hace referencia a la usurpación de nombre, sino a cualquier uso o utilización por otro capaz de ocasionar un perjuicio al titular (concepción amplia, art. 7 del Código civil italiano).

CARPI, Leone: *Della cittadinanza italiana per gli ebrei trasferitisi nello Stato d'Israele. Ancora sulla controversa cittadinanza perdita*, RDMSP, año V, número 1, enero-marzo 1963; págs. 76-80.

En un número anterior de la misma RDMSP (5-6, año III) proponía el autor una declaración administrativa de las autoridades italianas en torno a la cuestión de la nacionalidad de los hebreos italianos que se habían trasladado al Estado de Israel (o al territorio que luego había de formar ese Estado) sin hacer la declaración de no querer asumir la nacionalidad israelita, prescrita por la Ley sobre nacionalidad de Israel de 1952. En una reunión interministerial italiana (27 de julio de 1961) la propuesta, en parte al menos, se ha convertido en realidad. Examen crítico de los tres casos que se distinguen, a efectos de atribuir a los súbditos indicados la nacionalidad italiana o la israelita. Se consideran italianos los emigrados antes de la Ley de 1952 que no hayan hecho la declaración antes mencionada (italianos "provisionales"). Se consideran israelitas, en cambio, los emigrados después, cuya petición de inmigración suponía automáticamente la nacionalidad de Israel. También los que, aun habiendo declarado no querer asumir esa nacionalidad, han tenido que solicitarla después con objeto de no verse obligados a sufrir la pérdida del puesto o empleo de que disfrutaban en Israel.

CONVENZIONE: *Ratifica ed esecuzione della relativa allo status degli apolidi adottata a New York il 28 settembre 1954*, RDMSP, año V, núm. 1, enero-marzo 1963; págs. 117-129.

Precedido de la ley italiana de 1 de febrero de 1962 sobre ratificación y ejecución de la Convención relativa al *status* de los apátridas, adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, se transcribe el texto íntegro francés de dicha Convención. Entra en vigor en Italia el 3 de marzo de 1963.

DE CUPIS, Adriano: *Breves observaciones sobre el deber de gratitud en el Derecho civil*, RIN, año XIV, núm. 53, 1.º trimestre 1962; págs. 33-36.

¿En qué medida puede hablarse dentro del ámbito del Derecho civil de un deber jurídico de gratitud? Como tal, y con un carácter genérico, no cabe hablar propiamente de un deber jurídico de gratitud. Se indican supuestos concretos en los que, directa o indirectamente, la idea de la gratitud puede manifestarse: donación remuneratoria, deber de alimentos del donatario, revocación de donaciones por ingratitud, revocación de la adopción por indignidad del

adoptado. La ingratitud (piénsese en el caso de revocación de la donación) no supone el incumplimiento de un deber jurídico, sino tan sólo una circunstancia que *agrava* o *intensifica* las consecuencias del incumplimiento de un deber objetivamente más extenso: tan sólo ocurre que ese incumplimiento es más grave si concurre la circunstancia de la ingratitud. En otros casos cabe un *estímulo jurídico* del deber moral de gratitud, mediante la imposición de modos o cargas en la donación, o en el testamento.

FERRI, Giorgio: *Oservazioni in tema di uso del nome altrui come marchio*, RDC, año LX, julio-agosto 1962, 2.^a parte; págs. 215-235.

Una sociedad italiana adopta como marca para un producto, sucedáneo del chocolate, el nombre del ex soberano egipcio: "Faruk". La oposición de éste plantea la cuestión de la tutelabilidad o no de dicho nombre en el caso en cuestión. Tanto la Corte de Casación como la Corte de Apelación de Milán acogen la oposición del ex rey en base, fundamentalmente, a estas consideraciones: a) La tutela que prevé el art. 7 del Código civil para el nombre civil opera también en relación a nombre y a apellido aisladamente considerados, en cuanto que, si bien la individualización de la persona normalmente se produce por la concurrencia de ambos, en determinados casos uno u otro por sí solos pueden ser suficientes. b) El objeto de la acción por usurpación de nombre, ex art. 7, comprende no sólo los casos de confusión con otra persona, sino también el supuesto en que el uso del nombre ajeno se lleve a cabo para designar un producto industrial o un objeto. c) La degradación del nombre de atributo de la personalidad a la función instrumental de individualización de un producto banal, es un perjuicio evidente para el titular de dicho nombre; en especial tratándose de un ex soberano. Son las afirmaciones de la sentencia de casación de 1 de febrero de 1962. Semejantes las de la sentencia de la Corte de apelación de 22 de enero de 1960. En el comentario, el autor considera en especial criticable la premisa de que parten ambos fallos de estimar directamente aplicable el art. 7 del Código civil, tomando sólo en consideración de forma secundaria la disciplina específica de la ley sobre marcas, interpretada, además, de manera no satisfactoria.

3. Derecho de cosas

BORGWARDT, John P.: *Subdivisión vertical. El condominio*, RIN, año XIV, número 53, 1.^{er} trimestre 1962; págs. 15-31.

Hasta recientemente el sistema de la comunidad en edificios con apartamentos destinados a viviendas o a locales comerciales no ha existido como realidad jurídica en el Estado de California. Este tipo de condominio o subdivisión "vertical" ("horizontal" en nuestra terminología) comienza a utilizarse en dicho Estado. Carece, como tal, de reglamentación; y el autor indica su posibilidad y aspectos fundamentales, tratando de encuadrar la figura en el sistema

jurídico californiano. Aun sin normas específicas, la subdivisión o condominio "vertical" puede en principio desenvolverse perfectamente al amparo de los principios extraíbles de las leyes vigentes en el Estado. El autor llama "unidad" al elemento privativo; "área común" a los elementos comunes. Aspectos fundamentales: propiedad de la "unidad", sometimiento a ciertas leyes generales sobre "subdivisión", título y forma de constitución, estipulaciones principales, enajenación de la unidad, etc. Plantea algunas cuestiones de interés general: en especial el problema relativo a la destrucción de las "unidades".

GIEHL, Friedrich: *Der gutgläubige Mobiliarerwerb. Dogmatik und Rechtswirklichkeit*, ACP, tomo 161, núm. 4, agosto 1962; págs. 357-379.

El principio, reconocido en casi todos los Ordenamientos jurídicos, en cuya virtud el adquirente *a non domino* de buena fe de bienes muebles obtiene una propiedad inatacable, se ha formado como consecuencia de unos postulados históricos (no siempre muy claros) que lo esclavizan actualmente a unos rígidos criterios dogmáticos carentes con frecuencia de justificación. Así sucede en la reglamentación del BGB. Se impone un replanteamiento del problema, al margen de las "exigencias históricas" y en armonía real con las necesidades del tráfico. Comparando la evolución del Derecho alemán con la del anglosajón, examina el autor, con criterio crítico, el postulado de la rígida vinculación de la apariencia jurídica al "concepto" de la posesión. Semejante vinculación histórico-dogmática da lugar a que, a efectos de protección al tercero de buena fe, se atribuya eficacia productora de apariencia jurídica a hechos que en la realidad no la tienen y, en cambio, se niegue a circunstancias que claramente la producen de hecho. Así como en el ámbito mercantil la apariencia legitimadora debe quedar y queda circunscrita a las exigencias reales de un tráfico seguro, en el ámbito del Derecho civil la atribución de eficacia semejante tanto a la posesión inmediata como a la mediata del no titular enajenante da lugar a consecuencias de justificación nada clara. La realidad sucumbe a veces ante la dogmática. Crítica, ya reiterada por la doctrina, del sistema de los §§ 933 y 934 del BGB. A medida que la posesión ha ido perdiendo de manera decisiva su eficacia externa y en el Derecho civil sólo la confianza en la propiedad merece ser protegida, la posesión como concepto no puede ya cumplir satisfactoriamente la misión que la ley le confía de ser causa determinante para la atribución del derecho de propiedad.

MARTY, G.: *Nuevos aspectos de la propiedad privada sobre inmuebles*, RIN, año XIV, núm. 53, 1.º trimestre 1962; págs. 89-96.

Ponencia presentada a la Reunión de Organismos Franceses de Derecho comparado, en el mes de febrero de 1961. La evolución del derecho de propiedad a través de los tiempos es un tema clásico que merece la atención no sólo de los juristas, sino también de los sociólogos, economistas y políticos. Ceñida la ponencia a las regulaciones jurídicas adoptadas, en el plano comparativo, para

fomento de la propiedad de viviendas y edificaciones, dichas regulaciones se concretan en: estimulación, planificación y control. La realización de esos tres fines puede incidir y de hecho incide en la técnica misma del derecho de propiedad, así como en su desintegración o alteraciones: puede resultar afectada la estructura misma de la propiedad. Sentido en que el fenómeno puede manifestarse, a través incluso de una modificación del concepto del derecho real.

POCAR, Fausto: *Servitù non trascrita e opponibilità al terzo acquirente dell'immobile*, RDC, año LIX, núm. 11-12, noviembre-diciembre 1961, 1.^a parte; páginas 429-436.

La inoponibilidad de la servidumbre no transcrita al tercer adquirente del inmueble, que ignore su existencia, resulta clara de lo dispuesto en el artículo 2.644 del Código civil italiano. La Corte de apelación de Génova (en una sentencia de 29 de marzo de 1957) no lo ha entendido así, haciendo una aplicación del principio "nemo plus iuris...". En virtud del mismo, el transmitente del inmueble enajena éste en el estado en que lo tiene; el adquirente se subroga en su lugar, debiendo, pues, respetar la servidumbre a pesar de no estar inscrita. Semejante postura no es admisible para el autor; entraña una clara violación del art. 2.644 ya indicado. Otras cuestiones: Irrelevancia del conocimiento de la servidumbre adquirido *alimunde* por el adquirente, y resultante del acto traslativo. Conocimiento que resulta del acto traslativo e irrelevancia de las cláusulas de estilo. Mención expresa de la servidumbre en la transmisión: oponibilidad al adquirente cuando hay declaración de voluntad al respecto; no oponibilidad en el caso de mera declaración de conocimiento, que no implique la voluntad de las partes en relación con la servidumbre. Referencia final a la responsabilidad en el caso de enajenación del fundo gravado con la servidumbre como libre.

4. Obligaciones y contratos

ABARCA, Ricardo: *Condición de los contratos de los extranjeros*, RIN, año XIV, núm. 53, 1.^{er} trimestre 1962; págs. 107-119.

Evolución histórica y aspectos jurídicos fundamentales del régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Méjico. Especial referencia a la llamada "cláusula Calvo", recogida en la Constitución, y en cuya virtud para que los extranjeros puedan obtener ciertos bienes o derechos que normalmente sólo se conceden a los nacionales han de avenirse a ser considerados como nacionales con referencia a dichos bienes o derechos. Problemas internacionales que el mecanismo de la cláusula en cuestión suscita. El "descorrer el velo" de las personas jurídicas puede ser asimismo otro medio de imponer al extranjero la legislación nacional y el necesario respeto a la soberanía de un país.

FERRANTE, Umberto: *Recenti orientamenti della Giurisprudenza in materia di azione revocatoria*, RDC, año LX, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1961, 1.ª parte; págs. 448-475.

Tendencias y orientaciones recientes de la jurisprudencia italiana, contrastadas con la doctrina, en materia de acción revocatoria. Por una parte se alude a la acción revocatoria ordinaria (arts. 2.901-2.904 del Código civil): naturaleza y efectos, actos de disposición del patrimonio, elementos de la acción (existencia de una relación de crédito, *eventus damni*, *scientia damni* y *consilium fraudis*), ejercicio de la acción. Separadamente se hace referencia a la acción revocatoria en la quiebra (art. 67 de la Ley especial de quiebras italiana): pretendido carácter restitutorio, elementos de la acción, presupuesto objetivo (tiempo del acto) y subjetivo (conocimiento por parte del tercero del estado de insolvencia del deudor), actos indicados en los números 1.º y 2.º del art. 67 de la Ley.

KAUFMANN, Horst: *Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht*, ACP, tomo 161, núm. 4, agosto 1962; págs. 289-316.

¿Pueden los deberes de conciencia fundar una excepción (la excepción del “deber de conciencia contrario”) en cuya virtud se niegue el cumplimiento de una obligación? La doctrina que reconoce la posible eficacia de la excepción indicada es hoy generalmente admitida en Alemania, después de un período de vacilante elaboración que arranca de 1954. La cuestión se plantea con el siguiente caso: una empleada de farmacia se niega frente a su principal, por razones de conciencia, a vender productos y medios anticonceptivos. En 1952 el Tribunal laboral estima injustificado su proceder. De acuerdo con las concepciones a la sazón dominantes no había motivo que justificase su negativa a realizar la prestación a la que, por el contrato de empleo, estaba obligada. No es contrario a las exigencias del decoro que la empleada en cuestión contraiga por el contrato la obligación de despachar incluso anticonceptivos. Se trata de una mujer de moral estricta y de excesiva supersensibilidad que el Derecho no puede tomar en cuenta. Así es como quedó planteada la cuestión. Contra la argumentación indicada reacciona la doctrina, entendiéndose era preciso llenar la laguna de protección jurídica a los deberes de conciencia en el ámbito de las relaciones contractuales. La doctrina del “límite del sacrificio” en la realización de la prestación (§§ 242 y 275 BGB) ofreció el primer punto de apoyo: se argumentó alegando que un ordenamiento jurídico que reconoce la no exigibilidad de la prestación por razones económicas o fácticas, no puede menos de tomar en cuenta y admitir una no exigibilidad basada en la conciencia del deudor. En apoyo de la tesis anterior podía acudir también al fuerte sentimiento de valoración de la dignidad y libertad humanas, tan ampliamente extendido a raíz de la superación del dominio de la arbitrariedad del nacionalsocialismo. Dignidad y libertad cuyo fundamento es la libertad de conciencia. En vista de la corriente contraria a la eficacia inmediata de los derechos fundamentales se optó por no acudir a alguno de ellos en particular en apoyo de la concepción

que se abría camino. Surgida de los anteriores antecedentes la "excepción del deber de conciencia" (derecho de negar la prestación por razón de conciencia), se estudian críticamente las doctrinas, se hace referencia a los presupuestos de la excepción y se trata de ofrecer su estructuración dogmática. La cuestión de los efectos de la excepción suscita aún fuerte polémica.

PETERS, Egbert: *Kann der vertragstreue Teil, statt das Rechtsverhältnis aus wichtigem Grunde zu lösen, "strafweise" eine Massnahme gegen den Partner treffen?*, ACP, tomo 161, núm. 4, agosto 1962; págs. 316-331.

La parte fiel a la relación contractual tiene, en defensa contra las violaciones del contrato cometidas por el otro contratante, una serie de medidas legales a su disposición. Estas medidas quedan normalmente limitadas a la facultad de exigir el cumplimiento o la indemnización por no cumplimiento o por cumplimiento defectuoso o tardío. En supuestos de grave violación de la relación contractual, la parte fiel a la misma puede disolver el contrato mediante redhibición o resolución o mediante denuncia ordinaria o extraordinaria. Estas posibilidades suelen ser suficientes en los contratos con prestación única y destinados a una rápida liquidación. En cambio, en las relaciones contractuales duraderas puede interesar más a la parte fiel la adopción de ciertas medidas contra la otra parte, en "concepto de pena". La acción de indemnización, debido en ocasiones a la escasa entidad del daño (que puede además no ser demostrable), representa poca amenaza para el contratante que se permite "ciertas libertades" en el contrato. La resolución no interesa tampoco cuando se quiere mantener vigente la relación contractual. Teniendo en cuenta lo indicado ¿cabrá que la parte fiel al contrato pueda adoptar medidas "penales" contra la otra? Especial interés de la cuestión es el Derecho laboral y en el de asociaciones (por ejemplo: descuento de días de haber al trabajador, privación de facultades representativas o de gestión al socio). Estudiado el problema sobre todo a base del argumento "a maiore ad minus", se contesta negativamente la cuestión planteada. La concesión a una parte de la facultad de utilizar contra la otra medidas "en concepto de pena" tiene en contra graves dificultades dogmáticas y de naturaleza práctica.

Soto NIETO, Francisco: *Comentarios de Jurisprudencia: Arrendamientos urbanos*, RDJ, año III, núm. 10, abril-junio 1962; págs. 185-191. Núm. 11, julio-septiembre 1962; págs. 156-164.

Comentario a dos sentencias arrendaticias. Una, referente a un caso de pretendida resolución por subarriendo, en la que se estima que aunque la presencia de tercero en el local arrendado hace normalmente presumir el subarriendo o la cesión como causa de resolución del arrendamiento, en supuestos de calamidad o catástrofe la concesión otorgada por un arrendatario a un tercero como auxilio no caracteriza ninguno de aquellos vínculos, y no juega, por tanto, la presunción de existencia de subarriendo (sentencia de 11 de noviembre de

1961). La otra sentencia es de 20 de febrero de 1962 y contempla un caso de transformación de sociedad y resolución por traspaso ilegal, al no cumplirse las prescripciones legales sobre la figura del traspaso. La sentencia, fiel al criterio definitivamente perfilado por la jurisprudencia, estima efectuado el traspaso del derecho arrendaticio al haberse transformado la entidad arrendataria de sociedad limitada a sociedad regular colectiva.

5. Derecho de familia

FAVERO, Gianantonio: *Sulla costituzione in dote di beni altrui*, RDMSP, año V, número 1, enero-marzo 1963; págs. 151-154.

Se comenta en sentido desfavorable la sentencia de la Corte italiana de casación, de 27 de marzo de 1962, según la cual el padre que ya había donado bienes a la hija no está legitimado para constituir después estos bienes en dote. Su defecto de legitimación para disponer de los bienes en cuestión hace nulo el acto de constitución de dote. La fundamentación del fallo radica especialmente en la circunstancia de la falta de titularidad del padre sobre los bienes objeto del acto de disposición.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Aspectos sociológicos e ideológicos de la unión libre en el Derecho francés*, RDJ, año III, núm. 11, julio-septiembre 1962; páginas 42-79.

Desde el punto de vista exclusivamente civil, al margen de los postulados de la Moral y de las normas del Derecho canónico, se trata de ofrecer una perspectiva de conjunto del problema de las uniones libres o matrimonios de hecho en Francia. Sus aspectos ideológicos y las causas de su difusión. El problema gravísimo de sus efectos jurídicos y las posiciones doctrinales al respecto. Hechos actuales y doctrina actual. Nuevas perspectivas. Información bibliográfica complementaria.

LOJACONO, Vincenzo: *La tutela degli illegittimi nel riconoscimento di prole adulterina e nell'adozione*, RDMSP, año V, núm. 1, enero-marzo 1963; páginas 30-75.

Proyecto de reforma de los arts. 252, 260, 291, 294, 297, 312 y 313 del Código civil italiano, en materia de reconocimiento de hijos ilegítimos y en materia de adopción. El Proyecto, por iniciativa de los senadores Bergamasco y Bataglia, se presenta en noviembre de 1961. Amplio comentario, suscitado, a la vez, por la amplitud de la reforma que se propone y por lo delicado de la materia a que ésta se refiere. No se comparte la orientación del Proyecto, en el cual las normas que se formulan no siempre responden a la motivación ofrecida en la "Relazione". He aquí los aspectos concretos del Proyecto: posibil-

dad de reconocimiento de los adulterinos por persona casada cuando el matrimonio esté disuelto por sentencia o cuando asienta el cónyuge (reforma artículo 252, 2.º); poderes y posición de los reconocientes con respecto a los hijos reconocidos, según los casos, y partiendo de que el reconocimiento se haga antes o después de los tres años del nacimiento (reforma 260); rebaja de la edad del adoptante de cincuenta a cuarenta años e incluso en ciertos casos supresión de ese requisito (reforma 291); supresión de la necesidad de que, sólo adoptando en el mismo acto, se puedan tener varios hijos adoptivos (derogación 294, 1.º); sustitución por la autoridad judicial de consentimientos necesarios para la adopción (reforma 297); confiamento provisional del adoptando al adoptante durante un año (reforma 312); concesión o denegación de la adopción (reforma 313). La reforma pretende favorecer el reconocimiento de la filiación adulterina a la vez que la inserción y encaje de los hijos no reconocidos en la familia adoptiva. En todo caso se busca, además, una mayor armonía con los textos constitucionales y una adecuación del Derecho italiano a las orientaciones que preponderan en los Derechos de otros países (sobre todo en materia de adopción).

MARCUCCI, Vittoria: *Presunzione di paternità e alterazione di stato*, RDMSP, año V, núm. 1, enero-marzo 1963; págs. 135-138.

En materia de delito de alteración de estado civil de filiación legítima, basada en las presunciones de legitimidad de los arts. 231, 232, del Código civil italiano, la jurisprudencia penal y la civil seguían orientaciones distintas. Aquélla, más rígida, entendía se cometía el delito de alteración de estado, aunque dicho estado exclusivamente se basara en las presunciones de legitimidad de las normas civiles. La jurisprudencia civil, en cambio, entendía que la presunción de paternidad no es por sí sola eficaz por el mero hecho de nacer de mujer casada si no va unida al acta de nacimiento o a la posesión de estado. Esta última tesis es la que se impone con carácter general a partir de la sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de casación de 30 de mayo de 1959. En esta línea se mantiene una reciente sentencia de 8 de enero de 1963, en relación con el supuesto siguiente: hija nacida de mujer casada (separada hacía años del marido) y de otro hombre, e inscrita como natural. Se entiende no hay delito de alteración de estado (el de hija legítima derivado de la presunción contenida en los arts. 231 y 232 del Código civil).

PELOSI, Angelo Carlo: *Obbligo alimentare e funzione educativa*, RDMSP, año V, núm. 1 enero-marzo 1963; págs. 81-96.

En los deberes que la ley impone a los padres de mantener, educar e instruir a los hijos (sancionados en los arts. 147 y 148 del Código civil italiano) se aprecia con nitidez una "obligación" de los padres que se manifiesta con un doble contenido. Por una parte, el deber de educación e instrucción, que no constituye una obligación en sentido técnico, en cuanto que presenta un carácter

no patrimonial y no es susceptible de valoración económica. Por otra, el deber de "mantenimiento" o "sostenimiento", con un claro contenido patrimonial. La ley no debiera haber refundido en textos únicos (cfr. sobre todo art. 148) dos deberes de tan distinta naturaleza, produciendo así una "contaminación" de institutos diversos. Mientras que la función educativa se relaciona directamente con la patria potestad, la obligación de atender a los gastos de mantenimiento educación e instrucción de la prole parece no ser otra cosa que una obligación de alimentos normal y corriente. Amplio desarrollo de esta idea por el autor.

PISAPIA, Gino Domenico: *L'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi di fronte alla legge penale*, RDMSP, año V, núm. 1, enero-marzo 1963; págs. 3-29.

El examen del postulado de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges en el Derecho penal supone una triple consideración: a) las premisas de carácter constitucional; b) conciencia clara de la posición de la familia en el ordenamiento jurídico; c) individualización de la función y de los fines del Derecho penal como medio de tutela de los valores fundamentales de la vida social. Partiendo de los principios de igualdad de los sexos y de equiparación de los cónyuges, recogidos en los arts. 3 y 29 de la Constitución italiana, se estima que dicho art. 29 constituye una norma de eficacia inmediata y no un principio de carácter meramente programático. Se considera incompatible con el precepto indicado el reconocimiento de un poder correctivo y disciplinario del marido sobre la mujer (art. 571 del Código penal y art. 580); asimismo, el abandono del domicilio doméstico debe juzgarse y valorarse igual para ambos cónyuges (artículo 570 del Código penal). Finalmente se estudia desde un punto de vista crítico la postura de la Corte de Casación, que no considera inconstitucional el diverso tratamiento penal del adulterio de marido y mujer (art. 559 y 560 del Código penal), en cuanto que estima compatible esa circunstancia con el postulado contenido en el art. 29 de la Constitución: igualdad moral y jurídica de los cónyuges. Consideraciones de iure condendo.

6. Derecho de sucesiones

KISCH, Isaäk: *La Convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias*, RIN, año XIV, núm. 53, 1.º trimestre 1962; págs. 121-136.

Entre los resultados de la novena sesión de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado, celebrada en octubre de 1960, merece, a juicio del autor, especial mención, por las perspectivas que abre y las posibilidades que sugiere, la "Convención concerniente a las formas de las disposiciones testamentarias". Partiendo de la idea de que lo que no puede conseguirse cuando se trata de determinar efectos jurídicos (por ejemplo, del matrimonio, contrato, sucesión, etc.) es plenamente factible cuando se trata de meros actos jurídicos (al

margen de su eficacia), la Convención propone se reconozca validez por los distintos Estados a las disposiciones testamentarias que, en cuanto a la forma, se ajusten indistintamente a la ley del lugar de autorización, a la ley nacional del testador, a la ley del domicilio o la ley de la residencia habitual. Tratándose de inmuebles, a la ley del lugar de situación de los mismos. Circunstancias que deben considerarse *como forma* a efectos de la Convención. Reservas posibles por parte de los Estados que la firmen.

II. DERECHO HIPOTECARIO

FERRER MARTÍN, Daniel: *Cuestiones nacidas de la aplicación del artículo 144 del Reglamento Hipotecario*, RDJ, año III, núm. 10, abril-junio 1962; páginas 11-31.

En la reforma que del párrafo 1.º del art. 144 del Reglamento Hipotecario se hace en 1959 se tiende a acomodar el texto del precepto a la norma del nuevo art. 1.413 del Código civil. Con este fin, en relación con los actos que pueden afectar al patrimonio ganancial, se imponen nuevas exigencias tendentes a provocar la intervención de la mujer en actos procesales que desembocan en enajenación de bienes gananciales (ejecución contra éstos). Aunque el propósito de la reforma es elogiable en su último fin (armonización de las normas de la ejecución de gananciales con la orientación de la Ley de 1958), en su forma de realización es desafortunado. Sencillamente por haberse redactado un precepto en íntima relación con cuestiones procesales, desconectándolo por completo de la visión de las normas procesales, de sus postulados y directrices. Surge así una pugna entre el interés de los acreedores y la estricta aplicación del precepto reglamentario, que desde luego supone una merma a la garantía crediticia. Las cuestiones que al autor suscita el comentario del precepto son: a) naturaleza de su mandato; b) posibilidad de, a su amparo, dirigir la ejecución contra la mujer casada; c) aplicación a los embargos en proceso criminal; d) observancia de las normas prescritas para la enajenación.

GALLO ENRICO: *La annotazioni sulla cambiale ipotecaria*, RDC, año LIX, número 11-12, noviembre-diciembre 1961; págs. 437-447.

No se pretende una reconsideración de la disciplina de las anotaciones hipotecarias en el Derecho italiano, sino simplemente tomar en cuenta algunos de los aspectos de las anotaciones que el legislador ha prescrito sobre los títulos de crédito, en relación al estado de la publicidad que tiende a garantizar la observancia de aquellas obligaciones. Consideración especial de la anotación de cancelación. Significado técnico de la anotación en materia de publicidad inmobiliaria y significado de las anotaciones en cuestión. Se diferencian no sólo por su forma, sino por la esencia misma de la operación. La función de las anotaciones que se estudian no tiende a modificar la consistencia de una preexistente relación jurídica hecha pública, sino sólo a documentar el estado de la garantía real, surgido en relación con los títulos anotados.

III. DERECHO MERCANTIL

1. Parte general

BONASI BENUCCI, Eduardo: *Il sistema di vendita a prezzo imposto*, RDC, año LIX, núm. 11-12, noviembre-diciembre 1961, 2.^a parte; págs. 464-480.

En reciente sentencia del Tribunal de Salerno (12 de octubre de 1961) se ha entendido que no puede surgir concurrencia desleal entre el fabricante de un producto y el vendedor del mismo, ni entre quien vende un producto al por mayor y quien lo compra para revenderlo al por menor, ya que los sujetos activo y pasivo del "ilícito concurrencial" deben operar en un plano actual de concurrencia y ser titulares de actividades paralelas en estado de antagonismo. En consecuencia: la venta a precios inferiores a los fijados por el fabricante no supone competencia desleal ni con respecto a él ni con relación a los otros revendedores que respetan el precio impuesto por el fabricante. Se estima incorrecta la tesis de la sentencia. Examinado el problema de las ventas a precio impuesto en el ámbito comparativo y doctrinal, llega el autor a estas afirmaciones: 1.^a) Los pactos de venta a precio impuesto son lícitos en ciertas condiciones. 2.^a) La responsabilidad por violación de un pacto semejante se manifiesta en el terreno contractual y no plantea problemas diversos de los que consideran y resuelven las normas generales de los contratos. Pero quien no ha asumido deberes contractuales al respecto tiene que responder por concurrencia desleal, siempre que no respete el precio impuesto (del que tenga pleno conocimiento en el momento de la adquisición o de la reventa). 3.^a) La legitimación activa, en el juicio de concurrencia desleal, corresponde al productor o fabricante o a los otros revendedores que respetan el precio.

BONASI BENUCCI, Eduardo: *Osservazioni sull'ambito territoriale di tutela dei segni distintivi*, RDC, año LX, julio-agosto 1962, 2.^a parte; págs. 205-214.

Determina el artículo 2.564 del Código civil italiano que cuando la razón social es igual o semejante a la empleada por otro empresario y puede crear confusión por el objeto de la empresa y por el lugar en que ésta se ejercita, debe ser integrada o modificada con indicaciones idóneas para diferenciarla de la otra. Interpretando el sentido de la expresión "lugar de ejercicio" de la empresa, la Corte de casación ha afirmado, en una sentencia de 11 de enero de 1962, que, a los fines de la tutela de la razón social, el lugar de ejercicio de la empresa no se entiende referido en sentido estricto a la actividad desarrollada en un determinado momento en el lugar de producción o comercio, sino que se refiere también a la posibilidad de expansión a toda la zona territorial en que desemboca el mercado de la empresa. Se añade, además, que a los fines de existencia de un acto de concurrencia desleal es suficiente la idoneidad de dicho acto para producir el efecto dañoso, sin que sean necesarios el dolo o la culpa requeridos sólo para la condena al resarcimiento de daños y para la publicación de la sentencia. Cabe prohibir el uso de un emblema cuando viole

el derecho exclusivo ajeno sobre otro signo distintivo (en el caso, nombre comercial) reproduciendo "su corazón" y creando confusión. En general se estima correcta la tesis de la sentencia, que el autor comenta, citando especialmente sus observaciones a la cuestión del ámbito territorial de protección de la razón social o firma.

MUNTADAS ROVIRA, Vicente: *Sobre el uso de la palabra empresa en sentido lato*, RIN, año XIV, núm. 53, 1.º trimestre 1962; págs. 97-104.

La causa principal de la confusión que existe sobre los derechos y deberes respectivos de empresarios y trabajadores radica en el uso que se hace de la palabra "empresa" en sentido lato, para referirse a la asociación formada por la empresa propiamente tal (empresa en sentido estricto) con sus auxiliares de trabajo. Viendo en la empresa mercantil la asunción de un riesgo económico al cual se afecta un capital, se considera que la empresa es el "patrono-responsable" (art. 1, Ley de contrato de trabajo). En ella no entran los trabajadores que prestan su trabajo, no obstante la significación lata de que uso tan infrecuente como indebido se hace.

PROGETTO: *...di una Legge uniforme per la tutela dei marchi di fabbrica*, RDC, año LX, septiembre-octubre 1962, 1.ª parte; págs. 380-385.

La exigencia y la aspiración de una disciplina uniforme de carácter internacional se hace sentir especialmente en el ámbito de la llamada propiedad industrial. El régimen convencional de la Unión de París ha dado ya de sí cuanto podía, y se manifiesta cada vez más apremiante la necesidad de su sustitución por una Ley uniforme. Movido por estas consideraciones el "Instituto de Derecho comercial e industrial comparado A. Sraffa" ha redactado un Proyecto de Ley uniforme para la tutela de las marcas de fábrica. Se prepara y articula el trabajo de 1958 a 1962. Se ofrece, precedido de la Relazione firmada por VANZETTI y ROTONDI, el texto íntegro de dicho Proyecto en lengua francesa. El trabajo se declara fruto de una preparación meditada y de una intensa colaboración internacional. Consta de 26 artículos.

TORRENTE, Andrea: *Antonio Scialoja*, RDC, año LX, septiembre-octubre 1962, 1.ª parte; págs. 391-392.

Semblanza de Antonio Scialoja, cuyo nombre se asocia especialmente a la elaboración del Código italiano de la navegación. Como jurista destaca en él la idea rectora de la *humanitas*: el Derecho no sólo es técnica, no sólo es lógica, sino que se presenta ante todo en la sociedad como una regla hecha por los hombres para los hombres; en el centro del Ordenamiento jurídico existe y tiene que existir siempre la idea y la realidad del hombre.

VASSEUR, Pierre: *Joseph Hamel*, RDC, año LX, julio-agosto 1962, 1.^a parte; páginas 316-318.

El profesor Hamel ha fallecido en 1.º de mayo de 1962. Nota destinada a destacar los aspectos esenciales de su personalidad a la vez que a recordar sus trabajos fundamentales en el ámbito del Derecho privado, que se inician con el tomo relativo a la compraventa en el Tratado Práctico de Planiol-Ripert. Fue decisiva su intervención en la preparación del "Proyecto de Ley Uniforme sobre venta internacional de objetos muebles corporales".

VON DER GROEBEN, Hans: *La politica della concorrenza nella Comunità Economica Europea*, RDC, año LX, septiembre-octubre 1962, 1.^a parte; páginas 329-356.

Finalidad esencial de la C. E. E. es la completa liberalización del comercio entre los Estados miembros, con las consecuencias relativas para la libertad de la actividad económica en el seno de toda la Comunidad. Las medidas aduaneras progresivamente adoptadas, aunque le favorecen, no son suficientes para realizar un mercado común en sentido económico; es decir, una integración plena de las seis economías nacionales. Una verdadera unión económica no puede prescindir de la gradual coordinación de la política económica de los Estados miembros, y, por ello, en primer lugar de la elaboración de una política común de la concurrencia. El autor traza las líneas generales del desenvolvimiento de esa política en el seno de la Comunidad. Directrices y obstáculos de esa política de la concurrencia; aproximación de las disposiciones particulares de cada Estado; restricciones privadas; "dumping" y concurrencia desleal.

2. Comerciantes y sociedades

COLOMBO, Giovanni E.: *Sulla illeicità della riserva d'opzione ai promotori*, RDC, año LIX, núm. 11-12, noviembre-diciembre 1961, 2.^a parte; páginas 444-457.

Una sentencia del Tribunal de Génova, de 19 de junio de 1960, en relación con una sociedad fundada bajo la vigencia del Código de Comercio italiano de 1865, ha hecho las siguientes afirmaciones: a) La reserva a los promotores del derecho de opción, por el valor de emisión, de una parte de las acciones emitidas al aumentar el capital, contenida en el acto constitutivo de una sociedad por acciones estando vigente el Código de Comercio de 1865, es plenamente válida en relación a dicho Código y al de 1882. b) Sobre dicha reserva del derecho de opción no inciden las disposiciones de los artículos 2.340 y 2.440 del Código civil actual, ya que la Ley no tiene efecto retroactivo. c) El pacto de reserva no se limita a la duración estatutaria de la sociedad, sino que continúa en vigor durante sus prórrogas hasta su extinción. d) Incorporada la

sociedad a otra, ésta sucede a título universal a la incorporada; y, por lo tanto, también en las obligaciones derivadas del pacto de reserva a los promotores. e) El aumento de capital con saldos activos de revaloración monetaria, por ser aparente y no sustancial, no da lugar a que entre en juego el derecho de opción. Mostrándose contrario a la reserva del derecho de opción, el autor comenta las afirmaciones anteriores, tratando de dar a los problemas planteados un significado general. Arranca el comentario del examen en torno a la licitud o ilicitud del pacto de reserva de opción durante la vigencia del Código de Comercio de 1865. Cuestión, ciertamente, nada clara.

COLOMBO, Giovanni E.: *In tema di azionariato popolare*, RDC, año LX, julio-agosto 1962, 1.ª parte; págs. 312-315.

Por iniciativa de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Pavía, se han celebrado, en noviembre de 1961, unas reuniones destinadas a tratar de la cuestión del "accionariado popular". Se ha estudiado la posibilidad y oportunidad de introducir o desenvolver en Italia el sistema de las "acciones populares", examinando los obstáculos económicos, sociales o legislativos que se oponen o pueden oponerse al sistema y las vías para la eliminación o reducción de los mismos. Diversa significación del accionariado popular, según que la expresión se emplee en sentido jurídico o económico. Jurídicamente el obstáculo esencial al sistema de las acciones populares es el derecho de opción que se sanciona en el artículo 2.441 del Código civil; económicamente requiere una reeducación de las masas populares hacia nuevas formas de ahorro y colocación de sus bienes.

DE GREGORIO DÍAZ, Miguel Angel: *Hacia un derecho supranacional en materia de sociedades*, RIN, año XIV, núm. 53, 1.º trimestre 1962; págs. 37-59.

Antes de señalar en qué sentido podría lograrse un Derecho supranacional en materia de sociedades, que rigiera por igual para todos los Estados miembros de la C. E. E., se hace una indicación de los principales obstáculos que dificultan la previa coordinación de las normas sobre sociedades de los seis Estados que constituyen la Comunidad. La primera dificultad sería la determinación del sistema a seguir para hallar la Ley aplicable a las sociedades extranjeras, en su significado de cuestión previa a la coordinación aludida. Somera indicación de los sistemas. El problema y su relación con el Tratado de Roma. La cuestión del control de las sociedades por extranjeros. Cambios de nacionalidad y fusión de sociedades. Protección de socios y de terceros. Perspectivas de un Derecho supranacional.

FRE, Giancarlo: *Società in accomandita per azioni e diritto di opzione*, RDC, año LX, julio-agosto 1962, 1.ª parte; págs. 241-248.

El párrafo 3.º del artículo 2.441 del Código civil italiano, aplicable, desde luego, a las sociedades comanditarias por acciones, permite que, cuando el inte-

rés de la sociedad lo exija, el derecho de opción correspondiente a los socios para la adquisición de nuevas acciones pueda ser excluido o limitado en la deliberación de aumento de capital. Ante un supuesto en el que, al aumentarse el capital en una sociedad comanditaria por acciones, se ha atribuido a los socios comanditarios el derecho de opción sobre una parte notable de las acciones emitidas a cambio de la renuncia a un porcentaje de las utilidades de liquidación de la sociedad (que se les reconoció en el acto constitutivo), FERRI ha negado la aplicabilidad del precepto que se indicó; no viendo claro el interés de la sociedad y entendiendo que la norma no debe jugar sino en las relaciones socios-terceros y no entre las distintas categorías de socios. Para el caso descrito debió jugar el artículo 2.376 del Código. Crítica de la posición de FERRI por el autor, que destaca especialmente la inaplicabilidad de ese precepto, en cuanto que parte de distintas categorías de acciones y no de socios.

GUGLIELMUCCI, Lino: *Sul diritto all'accertamento giudiziale dello scioglimento di società di persone*, RDC, año LIX, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1961, 2.^a parte; págs. 414-422.

Corte de Casación italiana. Sentencia de 8 de marzo de 1961. Se afirma en ella que no son aplicables al contrato de sociedad las normas que disciplinan la resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas. Se añade que el socio de una sociedad personalista, que está separado con justa causa, no puede pretender la disolución por disidencia insanable de los socios o por otra causa. Se comentan las dos afirmaciones anteriores. En cuanto a la primera, manifiesta el autor que la sentencia, al declarar inaplicables al contrato de sociedad las normas sobre resolución de contratos con prestaciones recíprocas, se viene a adherir a la tesis general de que el acto constitutivo de sociedad es un contrato plurilateral. Congruentemente ello supondría aplicar a la sociedad las causas de resolución de los contratos plurilaterales. No se hace; porque las causas de resolución del contrato de sociedad tienen su propia disciplina, en cuanto que se identifican y yuxtaponen plenamente con las causas de disolución. Ello da lugar a supuestos de subsistencia de la sociedad (cambio de objeto) que no se producirían en una aplicación de las causas de resolución del contrato plurilateral (o de los contratos recíprocos). Entrando después en la cuestión de la legitimación para solicitar la constatación ("accertamento") judicial de las causas de resolución operadas en el seno de la sociedad, la sentencia niega esa legitimación al "socio receduto", porque ya no era socio. No hay precedentes jurisprudenciales específicos. Entiende el autor que la disolución de la sociedad no incide directamente en la posición jurídica del ex socio; no se aprecia, en efecto, ninguna relación jurídica sobre la cual la disolución de la sociedad despliegue una eficacia directa y que pueda así constituir la causa pretendida de dicho ex socio.

RIVOLTA, Giancarlo: *Partecipazione sociale e rapporti obbligatori*, RDC, año LX, septiembre-octubre 1962, 1.ª parte; págs. 357-379.

En la investigación y determinación de la naturaleza jurídica de la participación social en las sociedades de capital no puede actualmente no tenerse en cuenta el siguiente fenómeno: frente a la concepción tradicional, que ve en el socio un cotitular de todas las relaciones reales y obligatorias inherentes al patrimonio social, se abre camino, cada vez con más fuerza, la concepción que ve en el socio un *accedor*. Ello supone la determinación de si el socio es acreedor de la sociedad o de los liquidadores. Prevalece la primera tesis, que cuenta, incluso, con la adhesión de la Suprema Corte, la cual ha configurado a veces la cuota social como derecho de crédito. Aunque en el normal funcionamiento de la sociedad la posición del socio puede asumir la "vestidura" de acreedor de la sociedad, ello es debido a razones marginales y secundarias. En el aspecto de la relación fundamental sociedad-socio repugnan a la posición de éste los caracteres jurídicos de la obligación. En el Derecho anglosajón se da, en efecto, una cierta equiparación del socio accionista con el obligacionista. Sin embargo, se trata de una equiparación meramente económica; no jurídica.

TEDESCHI, Guido Alberto: *Il controllo giudiziario delle società di capitali* (art. 2.409 C. c.). *Prima Puntata*, RDDC, año VIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1962, 2.ª parte; págs. 582-613.

El artículo 2.409 del Código civil italiano, último de los dedicados a los síndicos en la sociedad por acciones, determina, en su párrafo 1.º, que "si existe fundada sospecha de graves irregularidades en el cumplimiento de las obligaciones de los administradores y de los síndicos, los socios que representen la décima parte del capital social pueden denunciar los hechos al tribunal". Examen práctico, de gran detalle, de los distintos aspectos que la interpretación del precepto plantea; a base, sobre todo, de las decisiones de los tribunales, que se examinan contrastándolas con las soluciones propuestas y adoptadas en los distintos casos por la doctrina. En el presente número de RDDC se considera la cuestión relativa a la "Fundada sospecha de graves irregularidades y legitimación para proponer la denuncia". Rico y minucioso casuismo.

VALSÈCCHI, Emilio: *Succefive cooptazioni di amministratori*, RDC, año LIX, números 11-12, noviembre-diciembre 1961, 2.ª parte; págs. 423-431.

En el artículo 2.386 del Código civil italiano se reconoce y sanciona el nombramiento de administradores de sociedades por acciones por el llamado procedimiento de cooptación. Se establece al respecto en el párrafo 1.º del artículo en cuestión que "si en el curso de su ejercicio vienen a faltar uno o más administradores, los otros proveen a sustituirlos con deliberación aprobada por el colegio sindical. Los administradores así nombrados (es decir, por "cooptazione"), permanecen en funciones hasta la próxima asamblea". En el

párrafo 2.º se añade que si llega a faltar la mayoría de los administradores, los que quedan en el cargo deben convocar la asamblea para que proceda a la sustitución de las vacantes. Unánimemente se entiende que esta "mayoría de los administradores" de que habla la norma se refiere sólo a los administradores elegidos por la asamblea, sin que se puedan contar en ella los administradores nombrados por cooptación. Dentro de esta orientación la sentencia de casación de 15 de abril de 1961 ha afirmado que cuando, a consecuencia de sucesivas cooptaciones, los administradores de la sociedad elegidos por la asamblea ya no están en mayoría, no puede procederse a ulterior cooptación y es preciso convocar la asamblea. No se comparte por el autor la tesis general aceptada por la sentencia.

3. Cosas mercantiles

MARTORANO, Federico: *Gli effetti della girata del falsus procurator*, RDC, año LIX, noviembre-diciembre 1961, 1.ª parte; págs. 401-428.

La transmisión mediante endoso, realizado por el falsus procurator, de títulos de legitimación nominal que luego son endosados por el adquirente a un tercero, plantea la cuestión de determinar si dicho tercero queda o no sujeto a la reivindicación del primer titular o si, por el contrario, puede esgrimir en su defensa la disposición contenida en el artículo 1.994 del Código civil italiano (no reivindicación de quien ha adquirido de buena fe la posesión de un título de crédito, siempre que se observen las normas de circulación de dicho título). Cuestión diversamente resuelta por la jurisprudencia, el autor, partidario de la irrevindicabilidad, examina (por separado: 1.º) Posición del adquirente del falsus procurator. Aun reconociendo la inaplicabilidad del principio "possessione vale titolo" a favor de quien adquiere de un falsus procurator, en materia de títulos la posesión del título que obtiene el adquirente lleva a conclusiones distintas de las que debieran tenerse en cuenta tratándose de bienes muebles en general. 2.º) Posición del subadquirente. Irrevindicabilidad basada en el hecho de que la continuidad de los endosos no se rompe por la interposición del falsus procurator.

4. Obligaciones y contratos

COLOMBO, Giovanni E.: *Associazione in partecipazione, cointeresenza, contratto di lavoro subordinato*, RDC, año LX, septiembre-octubre 1962, 2.ª parte; págs. 326-341.

La sentencia de casación de 7 de febrero de 1962 adopta una nueva orientación en materia de elementos distintivos entre el contrato de asociación en participación y el contrato de trabajo retribuido con participación en los beneficios de la empresa. Se considera elemento diferenciador decisivo la obligación del "asociante" (a diferencia del empresario que da el trabajo) de no

cambiar el riesgo de la empresa en relación a cómo fue tenido en cuenta por el asociado al estipular el contrato de asociación en participación. El examen de esta afirmación da motivo para tomar en cuenta determinados aspectos de la disciplina jurídica de la asociación en participación, partiendo de la concepción tradicional que ve en ella una figura "sui generis" de contrato asociativo (mientras que el contrato de trabajo con participación en los beneficios es un contrato de cambio) y que basa su construcción esencialmente en la idea de la colaboración en vista de un fin común. No se estima por el autor que la asociación en participación sea un contrato con comunidad de fin; ni de serlo, bastaría esa circunstancia a los efectos de la distinción del contrato de trabajo con participación en los beneficios. Examen de posibles criterios de distinción.

6. Derecho de quiebras

AZZALI, Giampiero: *In tema di bancarotta fraudolenta per distrazione*, RDC, año LX, septiembre-octubre 1962, 2.ª parte; págs 297-305.

Comentarios en torno a la definición que de la "distracción" (art. 216, número 1, Código penal italiano), como una de las formas de la bancarrota fraudulenta, ofrece la sentencia de casación de 20 de mayo de 1961. La "distracción" se articula en dos hipótesis: una de sustracción ("distacco") de bienes; otra, de uso de los mismos por parte del empresario. Se dice, en efecto, que la "distracción" es la *sustracción* distinta de la disipación, que el empresario opera de los propios bienes para impedir la aprehensión de los mismos por parte de los órganos de la quiebra, o también todo *uso* de los bienes de la empresa realizado con la previsión cierta de ofensa a los intereses de los acreedores aun sin haber tenido propósito de tal ofensa.

MARIANI, Fausto: *Riflessi tributari della revocatoria fallimentare*, RDC, año LX, septiembre-octubre 1962, 2.ª parte; págs. 353-357.

En contra del criterio de la Corte de apelación de Milán (Sentencia de 9 de abril de 1959) la Corte de Casación ha entendido, en su Sentencia de 6 de marzo de 1962, que la sentencia que pronuncia la revocación de un acto de compraventa, en base a una acción revocatoria en virtud del artículo 67 de la Ley italiana de quiebras, no implica transferencia alguna de la propiedad del bien objeto de la compraventa, y, en consecuencia, no está sujeta al impuesto correspondiente. Se estima correcta la apreciación jurisprudencial, que destaca de forma clara el carácter esencialmente restitutorio de la "revocatoria fallimentare".

PAJARDI, Piero: *Delegazione di pagamento e revocatoria fallimentare*, RDC, año LX, julio-agosto 1962, 2.ª parte; págs. 264-267.

Se comenta en esta nota de manera breve la tesis del Tribunal de Genova, en Sentencia de 20 de julio de 1961, declarando que a los fines del régimen proba-

torio de la "revocatoria fallimentare" no constituye medio anormal de pago la delegación solutoria que se prevé en el artículo 1.269 del Código Civil. La diversidad de elementos entre la cesión de pago y la cesión de crédito supone una diversidad de relaciones entre estas dos figuras y la "revocatoria".

IV. DERECHO NOTARIAL

MILARA, Feliciano: *Registrando la Historia del Notariado*, RIN, año XIV, número 53, 1.º trimestre 1962; págs. 151-165.

Datos de interés en torno a la historia de la institución del notariado. Antecedentes remotos de la función notarial y de la significación jurídica del cargo de depositario y dador de la fe pública. Especial referencia a un documento del siglo IX, en el que se hace una donación de bienes inmuebles a la Iglesia. Posteriormente se indican los posibles antecedentes de los aranceles notariales, contenidos en el Espéculo (con datos sobre la formación y significación de este cuerpo legal).

MOLINA PASCUAL, Enrique: *El artículo 222 del Reglamento notarial*, RDJ, año III, núm. 10, abril-junio 1962; págs. 80-85.

Del, a juicio del autor, confuso texto del artículo 222 del Reglamento Notarial pudiera deducirse que, en considerable número de supuestos, aun a pesar de la existencia del mandato judicial, puede el notario negarse a expedir la copia interesada y que dicha copia no se libraré si no se cumplen una serie de requisitos, cuya existencia sólo por el notario ha de valorarse. No se comparte esta forma de entender el precepto reglamentario; opina el autor que, frente al mandato judicial, tan sólo en contadas ocasiones podrá el notario negarse a la expedición o traslado de la copia que se le solicita.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *El Derecho notarial en el Doctorado de la Facultad de Derecho*, RIN, año XIV, núm. 53, 1.º trimestre 1962; págs. 137-145.

Palabras pronunciadas por el autor al comenzar un curso sobre "Teoría y sistema del instrumento público" como asignatura del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Aprovecha la ocasión para hacer un esbozo de la historia del instrumento público, antes y después del Irnerio. Especial referencia, en España, a la Pragmática de Alcalá de 1503. Significado y caracteres de las Escuelas del Notariado españolas, anteriores al año 1857. La reforma de la enseñanza en 1857: La Escuela de Notariado como una escuela especial. La Escuela de Notariado y la Ley de 1862. Incorporación a la Facultad de Derecho en 1884. Los títulos de "notario" y de "abogado". La oposición a notarías y a la razón del desplazamiento de aquel título por éste: la asignatura "extra." de paleografía.

V. DERECHO PROCESAL

I. Introducción

ARAGONES ALONSO, Pedro: *La proyectada reforma del proceso civil*, RDJ, año III, núm. 10, abril-junio 1962; págs. 197-205.

Palabras del autor en el Colegio de Abogados de Alicante, en las que se examina el estado actual de la reforma en proyecto del proceso civil en España. Bases de preparación del Proyecto y ponencias de dichas bases. La reforma ha de desenvolverse en tres líneas: línea científica, línea técnica y línea práctica. En el orden sistemático el futuro Código de procedimiento civil debe contener: a) Introducción (delimitación del proceso civil como institución dentro del orden jurídico total). b) Parte General (regulación común de la problemática de los distintos procesos). c) Parte Especial (diversos tipos de procesos, con las divisiones pertinentes dentro de cada uno de esos tipos).

BRUNORI, Ernesto: *Giudici e avvocati*, DRRC, año VIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1932, 2.^a parte; págs. 614-621.

Ideas que al autor sugiere la lectura de los escritos de Mario BERRI ("Giudice e avvocato: una sola toga", Roma, 1962) y de Benjamín Nathan CARDOZO ("Il giudice e il Diritto", Florencia, 1962). Misión y sentido de la actividad del abogado y del juez (en su significado de profesiones científicas no "ad pompam", y humanas en cuanto que consideran al hombre en su dramática, calamitosa y sufrida existencia).

GARCÍA MONTERO, Enrique: *Justicia función, Justicia poder*, RDJ, año III, número 11, julio-septiembre 1962; págs. 131-144.

Notas provocadas por un trabajo de GONZÁLEZ DÍAZ (cfr. en esta misma sección). Estima el autor que la justicia no tiene que ser necesariamente o *poder* o *función*. Es, a la vez, una y otra cosa: una función que traduce y actúa un poder. Rectificaciones necesarias a las consecuencias que se deducen del sentido en que en el estudio indicado se entiende la independencia judicial en relación con el Ejecutivo. Factor tiempo en la función. El problema de la retribución de los funcionarios de la justicia.

GONZÁLEZ DÍAZ, José María: *¿Justicia función? ¿Justicia poder?*, RDJ, año III, número 10, abril-junio 1962; págs. 89-98.

Se comienza razonando la afirmación básica para el autor de que la justicia, y sobre todo su administración, constituye un auténtico y verdadero poder. No en vano la Ley Orgánica considera la aplicación de las leyes como una potestad correspondiente a los jueces y magistrados, a los que jamás califica de "funcionarios". Tanto en los supuestos sencillos de mera y clara subsumción

del caso en la ley como en aquellos de difícil solución, la actividad del juez, del mismo Estado a través de él, es una verdadera potestad *creadora*. Su ejercicio requiere: independencia, no tasación temporal, retribución regulada de forma distinta a la de los demás funcionarios.

2. Parte general

MENÉNDEZ, José: *Repercusiones fiscales de los actos de iniciación y terminación de los procesos civiles*, R&DJ, año III, núm. 11, julio-septiembre 1962; páginas 80-83.

A diferencia de lo que sucede con las demandas que, conforme al art. 113 del Reglamento del impuesto de Derechos reales, interrumpen el plazo de presentación de documentos a efectos fiscales, nada dicen ni la Ley ni el Reglamento sobre las consencuencias impositivas de las sentencias. En cuanto a las declarativas estima el autor que no constituyen acto sujeto al impuesto. Es preciso tener en cuenta distintos supuestos en cuanto a las sentencias ejecutivas, atribuyendo a cada uno su respectiva eficacia.

3. Procesos especiales

BENEDUCE, Alberto: *Sulla legittimazione alla domanda di sospensione di deliberazioni assembleari impugnate*, RDC, año LX, julio-agosto 1962, 2.^a parte; págs. 268-281.

El art. 2.378 del Código civil italiano se refiere a la impugnación de las deliberaciones de la asamblea en las sociedades por acciones, ante el tribunal en que la sociedad tiene su sede. En el párrafo 4.º se dice que el presidente del tribunal o el juez instructor, oídos los administradores y los síndicos, puede suspender, si concurren graves motivos, la ejecución de la deliberación impugnada a petición del socio oponente. La norma plantea la cuestión de si para la demanda de suspensión está sólo legitimado el socio oponente o si lo están también los síndicos y los administradores. Lo primero es lo que entiende el Tribunal de Palermo en su sentencia de 12 de septiembre de 1961, refiriéndose asimismo a la valoración de los graves motivos para la suspensión y al requisito de depósito de, al menos, una acción en la cancillería del tribunal, según el artículo 165 del Código de procedimiento civil. Comentario crítico, ceñido especial y casi únicamente al problema de la legitimación para interponer la demanda de suspensión.

BIONDI, Biondo: *Osservazioni in torno all'abrogazione del 1.º comma dell'articolo 121 e del 1.º comma dell' art. 137 della legge fallimentare in dipendenza del 2.º comma dell'art. 111 della Costituzione circa la possibilità del ricorso per cassazione*, RDC, año LX, septiembre-octubre 1962, 2.^a parte; páginas 358-368.

En el párrafo 2.º de la Constitución italiana se determina que contra las sentencias y decisiones sobre la libertad personal pronunciadas por órganos ju-

risdccionales o especiales se admite siempre el recurso de casación por violación de ley. Se ha entendido por la Corte de Casación que las sentencias, no sujetas a recurso, que decretan la reapertura del procedimiento de quiebra (en los casos del párrafo 1.º del art. 121 y del párrafo 1.º del art. 137 de la Ley italiana de quiebras) están también sujetas a recurso de casación en virtud de la norma de la Constitución. Se razona la posición contraria, con argumentos que convencen. Ante todo: semejantes sentencias no atañen directamente, no obstante sus posibles repercusiones indirectas, a la libertad personal.

DE VEGA Y RUIZ, José Augusto: *Estudios de Jurisprudencia: embargo preventivo por deudas no vencidas y subsiguiente petición de condena de futuro*, RDJ, año III, núm. 10, abril-junio 1962; págs. 171-184.

Las llamadas condenas de futuro y el embargo preventivo por deudas no vencidas constituyen en realidad un solo problema con dos vertientes. Ello se debe a que el embargo preventivo de una deuda no vencida ha de traer consigo normalmente la petición de condena de futuro para soslayar el inconveniente que pudiera presentar el art. 1.411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; también porque el acreedor, cuando, al amparo del art. 1.121 del Código civil, solicita medidas conservativas de su derecho, ha de encauzar su petición en juicio declarativo con solicitud de condena de futuro y de la pertinente medida cautelar. ¿Es admisible el embargo preventivo por deudas no vencidas?, ¿lo es la condena de futuro? Examinada la doctrina nacional y extranjera, se estima por el autor que la posibilidad legal de embargo preventivo por deudas no vencidas, sometidas a condición suspensiva o a término, está plenamente admitida en el Derecho español, aunque tal posibilidad no se encuentre de manera expresa recogida e indicada en la letra de la ley. La condena de futuro constituye el camino para obtener la ratificación de la medida asegurativa.

LIGI, Franco: *La revocabilità da parte del presidente dei provvedimenti urgenti nel processo di separazione personale*, RDDC, año VIII, núm. 6, noviembre-diciembre 1962, 2.ª parte; págs. 622/632.

Sentido y condiciones en que, en el sistema procesal italiano y teniendo en cuenta las especialidades que presentan los procesos de separación personal de los cónyuges, pueden revocarse las providencias urgentes que en dichos procesos dicte el presidente del tribunal, en el sentido del art. 708, párrafo 3.º, del Código de procedimiento civil. Posibilidad de alteración de las providencias indicadas cuando se produzcan cambios en las circunstancias, de acuerdo con el principio del citado art. 708, párrafo 4.º. Posibilidad, asimismo, de revocación o modificación de las providencias urgentes indicadas, en base al postulado general que sanciona el art. 177, párrafo 2.º, del Código de procedimiento civil. Fundamentación.

RODRÍGUEZ AGUILERA, Cesáreo, PERE RALUY, José: *El procedimiento en el recurso de injusticia notoria*, RDJ, año III, núm. 11, julio-septiembre 1962; páginas 11-30.

Declarando previamente lo inconveniente de asimilar en exceso el recurso especial de injusticia notoria al modelo del recurso de casación, se estudian las distintas y sucesivas fases de aquel recurso, de acuerdo con la reglamentación que del mismo se ofrece en los artículos 135 a 141 de la Ley de arrendamientos urbanos. Preparación, Formalización, Presupuestos de admisibilidad, Sustanciación, Decisión. Se alude finalmente a la ejecución provisional de la sentencia y a la tramitación preferente del recurso. Siempre se tiene en cuenta la posición adoptada por la jurisprudencia en relación a problemas suscitados por la misma reglamentación legal o por la interpretación práctica de los textos.

TRUJILLO PEÑA, José: *El justiprecio en la expropiación y su impugnación jurisdiccional*, RDJ, año III, núm. 11, julio-septiembre 1962; págs. 31-41.

En la impugnación, mediante recurso contencioso administrativo, del justiprecio de expropiación señalado por los Jurados de expropiación, se viene manteniendo por la Abogacía del Estado la necesidad de denegar el recibimiento a prueba pericial. No debe estimarse admisible que el criterio subjetivo de los peritos sustituya al imparcial y objetivo de los Jurados. Partiendo de la consideración de los criterios valorativo y estimativo que han de tenerse en cuenta en la determinación del justiprecio, se estudia la postura indicada, tratando de razonar la negativa de la prueba pericial. Criterio de la jurisprudencia. Admisión de la prueba pericial en ciertos casos: el delicado problema de la elección y designación de los peritos.

VOLLKOMER, Max: *Begründet die Dreiwochenfrist des § 3 des Kündigungsschutzgesetzes eine besondere Prozessvoraussetzung oder ist sie eine materiellrechtliche Frist?*, ACP, tomo 161, núm. 4, agosto 1962; págs. 332-356.

Según el § 1 de la Ley alemana sobre protección del derecho de denuncia de las relaciones laborales una denuncia socialmente injustificada de una relación de trabajo es ineficaz desde un punto de vista jurídico. Sin embargo, de acuerdo con el § 3 de la propia Ley, el trabajador que quiera hacer valer la ineficacia jurídica de la denuncia tiene que interponer, en el plazo de tres semanas, una acción ante el tribunal laboral destinada a la constatación de que la relación de trabajo no queda disuelta por la denuncia. Se discute la naturaleza del plazo de tres semanas indicado. Existe unanimidad en que desde luego no se trata de un plazo de prescripción, sino de un plazo de caducidad o "plazo de exclusión". Ahora bien, ¿de Derecho material o de Derecho procesal? Considerada la cuestión, el autor entiende que el plazo de referencia es genuinamente procesal. Su observancia constituye un presupuesto procesal especial de la acción por la denuncia socialmente injustificada de la relación laboral concreta.

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 = Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spannolo 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 (Antioquía).
 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 (Hamburgo).
 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 Offentliches 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).
 ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).
 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 Generale delle Obbligazioni (Milán).
 RDDC = 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).
 RDLC = 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.
 REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
 REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
 RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
 RFDEBA = 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 (París).
 RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, 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 interzonale Rechtsprobleme (Berlin).
 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 Publico (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 LEYVA Y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO CIVIL

NO PUEDE ANOTARSE SOBRE BIENES DE NATURALEZA PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL UN MANDAMIENTO DE EMBARGO DECRETADO EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO POR DEUDAS CONTRAÍDAS POR EL MARIDO DURANTE EL MATRIMONIO. SIN HABERSE DIRIGIDO LA DEMANDA CONTRA SU CÓNYUGE.

A) Al reconocer nuestra legislación civil al marido, como administrador y representante de la sociedad legal de gananciales, le atribuye la facultad de disposición, a título oneroso, de los bienes de la misma, si bien por la reforma del artículo 1.413 del Código Civil, cuando los actos dispositivos recaigan sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles será también necesario el consentimiento de la mujer.

B) Inspirada la modificación del artículo 1.413 del Código Civil en la protección de los intereses de la mujer, se pondría en peligro la finalidad legal al requerir exclusivamente su consentimiento para los actos de disposición voluntaria; exceptuando las enajenaciones forzosas, porque tal interpretación permitiría con facilidad similar un carácter obligatorio en múltiples actos dispositivos.

C) Al constituir en nuestro derecho el embargo de bienes uno de los elementos esenciales del proceso de ejecución, sea su finalidad eminentemente cautelar o implique una cierta limitación de las facultades dispositivas del titular, su anotación en el Registro de la Propiedad, en cuanto asegura la ulterior enajenación de los bienes trabados, fue incluida en la legislación hipotecaria en sustitución de las antiguas hipotecas judiciales, con su propio alcance y efectos.

D) Modificada la facultad de disposición a título oneroso del marido sobre los bienes gananciales por la reforma del Código Civil y hasta tanto por el legislador no se configure con la minuciosidad y claridad necesarias su repercusión en los ámbitos procesal, civil y mercantil —dentro de los escasos límites que ofrece un recurso gubernativo— es inexcusable reconocer que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, modificado por el Decreto de 17 de marzo de 1959, ordena que la demanda ejecutiva se haya dirigido contra marido y mujer, con lo cual aparece reforzada la cotitularidad legal de disposición sancionada en el artículo 1.413 del Código Civil, exigencia que en la práctica puede cumplirse si se extiende la demanda a la mujer al sólo efecto de darle a conocer la existencia de la litis y hacer posible la enajenación futura, sin que con

ello se pretenda decidir las delicadas y complejas cuestiones procesales que se derivan de la posición del deudor obligado. (Res. de 11 de febrero de 1964. "B. O." del del 6 de marzo.)

DERECHO HIPOTECARIO

1.—NO ES SUSCEPTIBLE DE PRÓRROGA UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA, CUANDO LA INSTANCIA QUE SE PRESENTÓ EN EL REGISTRO SOLICITANDO DICHA PRÓRROGA, FUE RETIRADA PARA CUMPLIR LO ORDENADO EN EL ARTÍCULO 179 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y PRESENTADA DE NUEVO DESPUÉS DE HABER EXPIRADO EL PLAZO DE VIGENCIA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

a) Para que los títulos inscribibles tengan acceso al Registro de la Propiedad es un requisito inexcusable que previamente se liquiden en la oficina correspondiente o que conste, en su caso, la nota de exención o no sujeción al Impuesto. Por ello el artículo 179 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales ordena a los Registradores que ningún documento en que se haya omitido esta circunstancia cause operación registral. Como en el supuesto de este expediente fue presentada la solicitud de prórroga el 9 de septiembre de 1961 y fue calificada el día 2 de noviembre, próximo a expirar el plazo de sesenta días de vigencia del asiento de presentación, mediante nota en la que se hizo constar la necesidad de subsanar el defecto advertido, es evidente que el interesado disponía de poco tiempo para poder llevar a cabo la subsanación del defecto dentro de plazo.

b) Esta dificultad pudiera haber sido solventada por los medios que establece el párrafo cuarto del artículo 255 de la Ley Hipotecaria, que dispone que si por causa legítima, debidamente justificada, no se hubiera satisfecho el Impuesto dentro del plazo del asiento de presentación, no tendrá lugar su caducidad hasta transcurrido ciento ochenta días de su fecha, cuando se exprese por nota marginal su prórroga, la cual se extenderá siempre que al Registrador le conste la certeza del hecho en virtud del oportuno documento justificativo.

c) El recurrente descuidó cumplir con la diligencia debida la presentación del documento en la Oficina Liquidadora y de otra parte, aunque hubiera sido prorrogada la vigencia del asiento de presentación hasta los ciento ochenta días, como la nueva presentación de la solicitud en el Registro fue muy posterior a la fecha en que había caducado el asiento, sería inútil el planteamiento, toda vez que en el sistema que informa nuestra legislación hipotecaria sólo son susceptibles de prórroga los asientos que se hallen en vigor y, en consecuencia, extinguida la anotación preventiva al transcurso de los cuatro años de su duración, no es posible acceder a lo solicitado. (Res. de 18 de diciembre de 1963. "B. O." de 16 de enero de 1964.)

2.—CLÁUSULA QUE ATRIBUYE VIRTUALIDAD RESOLUTORIA A LA FALTA DE PAGO DE PARTE DEL PRECIO APLAZADO.

Se reitera en estas resoluciones la doctrina mantenida en las resoluciones de 16 y 23 de diciembre de 1963 en el sentido de no ser necesario que en la cláusula que atribuya virtualidad resolutoria a la falta de pago de parte del precio aplazado se empleen los términos “expresa” o “explícita”. (Res. de 23 y 29 de diciembre de 1963 y 11 de enero de 1964. “B. O.” de 21, 22 y 28 de enero de 1964.)

DERECHO MERCANTIL

EFFECTOS DE LA FALTA DE ADAPTACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA A LOS PRECEPTOS DE LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1953.—REQUISITOS PARA LA EXCLUSIÓN DE UN SOCIO EN UNA SOCIEDAD DE ESTA NATURALEZA.—ÁLCANCE DE LAS AFIRMACIONES DEL SECRETARIO EN LAS CERTIFICACIONES QUE EXPIDA.

A) El incumplimiento por parte de una Sociedad de responsabilidad limitada de la obligación de adaptar sus estatutos a los preceptos de la Ley de 17 de julio de 1953, en el plazo señalado, tiene como sanción la multa prevenida en la disposición transitoria tercera de dicha Ley y entre otras posibles consecuencias, el constituir obstáculo para que sea inscrito en el Registro Mercantil todo acuerdo o acto otorgado sin que previamente se cumpla con el requisito de la adaptación, según dispone la disposición transitoria segunda del Reglamento del Registro Mercantil, pero sin que ello afecte a la especial validez del singular acuerdo o acto concluído, el cual, si reúne sus peculiares requisitos legales, podrá ser inscrito una vez removido el formal obstáculo registral señalado.

B) En Compañías de esa naturaleza, conforme a lo establecido en el artículo 31 de la Ley y según tiene declarado la Resolución de 19 de noviembre de 1957, la rescisión parcial de la relación social mediante la exclusión de alguno de sus socios basada en el cumplimiento de obligaciones impuestas por el contrato, es un típico acto social en que la compañía al hacer valer un poder a ella conferido, produce, por medio de un negocio unilateral, la disolución del vínculo respecto del socio o socios incurso en determinada causa legal. Por ello no se requiere resolución judicial firme, sólo exigible en el caso del Gerente estatutario, por entender la Ley que afecta a condición esencial del negocio constitutivo, mas no en los restantes supuestos para los que será suficiente, según el artículo 138 del Reglamento del Registro Mercantil, la escritura pública en la que, en cumplimiento de fundado acuerdo social, presten su consentimiento todos los demás socios, debidamente inscrita en el Registro.

Las Sociedades de Responsabilidad Limitada no requieren, según el artículo 14 de la Ley, especiales formalidades para la formación de acuerdos, salvo cuando el número de socios exceda de quince o lo exija la es-

critura de constitución, y entonces haya de convocarse necesaria y formalmente la Junta general. Tanto en uno como en otro caso, al tratarse de exclusión de socio —y aún cuando para el cálculo en el acuerdo no se compute, como resulta obvio, el voto del socio o socios a excluir la validez de la deliberación—, demanda en cambio que, inexcusablemente, éstos sean citados, pues de otra manera se atentaría no sólo a normas elementales de procedimiento y, como se ha dicho, a la validez misma de la Junta, sino a un también elemental deber de justicia, al permitir que la exclusión pudiera ser, en vez de un fallo y fruto de meditada discusión, imposición unilateral de un grupo de socios, donde faltaría el más interesado, el cual debe estar en situación de conocer oportunamente los hechos que se le imputan —“non de re mea sine me”— a fin de que pueda oírsele, subsanar aquéllos y, en su caso, o en último lugar, si hubiesen términos hábiles, recurrir a los Tribunales.

C) Cuando el Secretario, como persona autorizada para expedir certificaciones, expresa en ellas determinadas afirmaciones en relación con el libro de actas de la Sociedad, no será necesario exigir en la calificación nuevos elementos de juicio que confirmen lo que en la certificación se declara bajo su fe, por lo que, en el caso cuestionado, al resultar del certificado adjunto que se convocó Junta general extraordinaria, al efecto, de excluir a determinados socios que no completaron su aportación social por un lado, y de adaptar los estatutos por otro, no obstante la singularidad del caso y la inadecuación de sus resultados, habrían de estimarse cumplidos los trámites prescritos, si no fuera porque de la propia certificación no se deduce, o al menos no lo declara en forma indubitada, el requerimiento y citación a los presuntos excluidos, lo que justifica la cautela del funcionario calificador, máxime si se tienen en cuenta, como se ha dicho, las graves consecuencias que el acuerdo lleva consigo. (Res. de 14 de enero de 1964. “B. O ” del 17 de febrero.)

I. SENTENCIAS

A cargo de Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA, Gabriel GARCIA CANTERO, Justo J. GOMEZ YSABEL, Rafael IZQUIERDO, José PERE RALUY, José PEREZ VEGA, Ricardo RUIZ SERRAMALERA y Urbano VALERO, con la dirección de Manuel PEÑA.

DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. INCONGRUENCIA: JURA NOVIT CURIA: *Siendo la incongruencia la disconformidad o inadecuación entre lo resuelto por las sentencias y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, cualesquiera que fueran los preceptos aplicados por el Tribunal de Instancia, si fueren los adecuados —con respecto a la fundamentación fáctica y las pretensiones de las partes—, no se vulneran las normas de congruencia a respetar por los Tribunales en sus resoluciones.* [S. 7 de octubre de 1963; desestimatoria.]

2. NEGOCIO JURÍDICO: ERROR: MOTIVOS: *Lo decisivo fundamentalmente 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, ejerzan influencia alguna, por regla general, sobre la validez de éste, por lo que el error anulatorio, conforme al art. 1.266 párr. 1.º C. c. ha de recaer sobre las cualidades o condiciones de la cosa que constituyan la causa principal o determinante del negocio, y el mero error sobre los motivos que decidieron a las partes a contratar no produce efecto alguno.* [S. 30 de septiembre de 1963; no ha lugar.]

3. INTERPRETACIÓN: CUESTIÓN DE DERECHO: *Aun cuando la investigación de cuál haya sido la intención o voluntad interna de los contratantes y la significación jurídica de tal voluntad son questio iuris revisables como tales en casación, es necesario tanto si se impugnan los elementos de hecho que sirven de base a la interpretación, como si se combaten los criterios jurídicos del juzgador, demostrar el error notorio padecido por éste.* [S. 15 de febrero de 1963; no ha lugar.]

4. PRUEBA: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: *No cabe pretender la sustitución del criterio del Tribunal a quo por el del recurrente, cuando el resultado a que llega el primero no es absurdo ni contrario a las reglas del criterio humano.*

CASACIÓN: ART. 1.214 C. c.: *El artículo relativo al onus probandi, dado su carácter genérico, no puede ser base de casación, al no contener dicho pre-*

cepto principio alguno que sirva para regular el valor y eficacia de cada elemento probatorio.

RECONOCIMIENTO JUDICIAL: NO ES PRUEBA DOCUMENTAL: *La diligencia de reconocimiento judicial no reviste, por sí, el carácter de prueba documental.* [S. 15 de junio de 1963; desestimatoria.]

5. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES DE HECHO: ACTAS NOTARIALES: *Las manifestaciones de los intervinientes en acta notarial no tienen el carácter de prueba documental, ya que son simples confesiones o, en su caso, testificaciones hechas extrajudicialmente, cuya equivocada valoración no constituye error de hecho, sino de derecho denunciabile al amparo de la causa tercera de injusticia notoria.*

COSTAS: SENTENCIA ESTIMATORIA NO COINCIDENTE EXACTAMENTE CON LA DEMANDA: *La sentencia que da lugar a una demanda resolutoria con la reserva de derecho de retorno y que además dispone la anotación en el Registro de la propiedad de dicho derecho —anotación a la que no hacia referencia la demanda— no puede considerarse desestimatoria de alguno de los pedimentos de la demanda a efectos del pronunciamiento sobre costas.* [S. 5 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

6. COSA JUZGADA NO ALEGADA: REQUISITOS: *La excepción de cosa juzgada tiene carácter previo, debió ser alegada en el juicio, y al estar basada en el principio de identificación de acciones exige la identidad de sujetos, de objeto y de causa; no puede estimarse cuando en el primer proceso se ejercita acción reivindicatoria y en el segundo la de saneamiento por evicción y otra personal acumulada, y aunque la recurrente fue citada de evicción en aquél, no compareció, por lo que no llegó a ser parte, según Sentencia 15 de junio de 1912.*

MANDATO: RATIFICACIÓN TÁCITA: *Los actos del mandatario extralimitándose en el ejercicio del poder no son inexistentes, sino negocios en estado de suspensión subordinados a la conditio iuris de la ratificación del mandante, la cual una vez intervenida hará que el negocio sea válido y eficaz desde el principio y en contra del representado.*

ERROR DE HECHO: *Los considerandos de una sentencia dictada en otro pleito no constituyen documento auténtico.* [S. 10 de octubre de 1963; no ha lugar.]

7. PRESCRIPCIÓN: DIES A QUO: *El tiempo para la prescripción se cuenta, salvo disposición especial en contrario, desde el día en que pudo ejercitarse la acción, lo que, según la jurisprudencia, se refiere a la posibilidad de hacerlo por no existir obstáculo legal o contractual para ello, cuando la Ley ha querido que entre en juego como elemento determinante el conocimiento por el agraviado del hecho básico de la acción, lo ha dicho expresamente.* [S. 18 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

NOTA: Se refiere esta sentencia a un supuesto de acción resolutoria de arriendo con base en traspaso ilegal y en ella se computa el plazo a partir del momento en que se produjo el traspaso.

2. Derechos reales.

1. ACCIÓN REIVINDICATORIA: TÍTULO DEL DEMANDADO: *No es necesario pedir previamente o la vez la nulidad del título del demandado, si el demandante reconoce la realidad y validez de la adquisición de aquél, pero solicitando que se precise la verdadera extensión y linderos de lo que adquirió, no siendo además de aplicación la exigencia dicha, cuando ambas partes derivan sus respectivos derechos sobre la cosa reclamada de documentos y hechos distintos, sin relación ni dependencia entre sí.* [S. 21 de marzo de 1963; no ha lugar.]

2. USUCAPIÓN: ACTOS PROPIOS: CATALUÑA: *No se desvirtúa la afirmación hecha por la sentencia recurrida de que el demandante ha poseído la finca discutida por sí y sus antecesores con el carácter de censatario por tiempo superior a treinta años, adquiriendo así el dominio útil conforme al Usatje Omnes Causae, por el hecho de que durante cierto tiempo haya estado amillurada a nombre del censalista, ni por que el padre del actor no declarase en cierta ocasión y a efectos fiscales que era censatario de ella, no constituyendo esto último, dado su carácter negativo, finalidad tributaria y falta de propósito de modificar una relación de derecho preexistente, infracción del principio de que "a nadie es lícito ir contra sus propios actos".* [S. 12 de mayo de 1961; no ha lugar.]

3. PRECARIO: *Merece ese calificativo para todos los efectos civiles una situación de hecho que implica la utilización gratuita por alguien de un bien ajeno cuya posesión jurídica no le corresponde aunque se halle en la tenencia del mismo y, por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque nunca se haya tenido, ya porque habiéndolo tenido se perdió, o porque no otorgue una situación de preferencia respecto a un poseedor de mejor derecho.*

CUESTIONES COMPLEJAS: *No lo son a efectos de impedir la estimación del desahucio aquellos casos en que los motivos de oposición no se prueban y concretan o se refieren a problemas totalmente ajenos al derecho del ocupante para permanecer en la finca, habiendo además cuestiones que pueden decidirse en el proceso sumario.* [S. 12 de noviembre de 1962; no ha lugar.]

4. PRECARIO: SUBARRENDATARIO: *Al extinguirse el subarriendo como consecuencia de la extinción del arrendamiento, el subarrendatario queda en el local como poseedor material sin título, o sea, en precario.* [S. 8 de junio de 1963; ha lugar.]

5. DESAHUCIO POR PRECARIO: FE PÚBLICA REGISTRAL: *En el juicio de desahucio por precario no cabe oponer, al propietario del inmueble que adquirió el mismo, a título oneroso, de quien tenía inscrito en el Registro, libre de*

toda carga, el dominio del inmueble, un derecho de habitación no inscrito que afirma tener el ocupante, por concesión del anterior propietario de la finca. [S. 21 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

6. ART. 38 L. H.: PRECARIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Conforme al pár. 1.º del artículo 38 L. H., el título de dominio inscrito en el Registro, acredita debidamente la posesión real con el carácter de civilísima, legalmente exigida para poder promover el juicio de desahucio por precario contra el poseedor material sin título actual y sin pagar renta, como igualmente está legitimado activamente el arrendatario contra subarrendatarios y precaristas para rescatar su posesión arrendaticia. [S. 3 de mayo de 1963; no ha lugar.]*

7. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS EN ARAGÓN: *Conforme a los arts. 14 y 15 del Apéndice, el único título que el dueño de una pared propia puede esgrimir para imponer la servidumbre de luces y vistas sobre fundo ajeno es el de la prescripción, si bien configuran aquélla como negativa al exigir el acto obstativo para empezar a prescribir.*

COSTUMBRE EN ARAGÓN: *Sólo puede invocarse cuando no exista norma aplicable después de tener en cuenta el Código civil; se corrobora por la Exposición de Motivos del Apéndice que alude al sacrificio de las costumbres locales inspirado en noble espíritu de transigencia; por otra parte, de existir en el término de Calatorao una costumbre en materia de servidumbre de luces y vistas con virtualidad suficiente para integrar una norma de general acatamiento, hubiera sido recogida por el Apéndice.*

DERECHO TRANSITORIO: *No cabe aplicar la disposición transitoria preliminar del Código civil y la primera del Apéndice cuando los hechos han ocurrido después de entrar en vigor uno y otro cuerpo legal.*

SERVIDUMBRE DE MEDIANERÍA: *Esta servidumbre en el Código civil podría calificarse más bien de condominio en el disfrute y utilización de la pared; la Sala declara que la pared es medianera porque los cimientos son continuos y de la misma construcción en todo su largo, y que al hacerse reparaciones en una parte, los actores contribuyeron con la mitad de los gastos, hechos que valora contraponiéndolos a signos contrarios a aquélla; la línea divisoria entre las dos propiedades es el eje de la pared, sin que obste que en parte la pared roce el cauce de un arroyo comunal.*

VÍA PÚBLICA: CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL ART. 584: *La vía pública a que se refiere el art. 584 debe permitir el tránsito y comunicación a su través, sin que pueda atribuirse tal carácter a todo bien de uso público.*

ERROR DE HECHO: *La certificación del Registro no hace fe del contenido de las manifestaciones hechas en los documentos que causan las inscripciones. [S. 2 de febrero de 1962; no ha lugar.]*

8. CENTRO ENFITÉUTICO: PENSIÓN EN ESPECIE INTERVENIDA: *No infringe los ar-*

ticulos 1.091, 1.096, 1.166, 1.271 y 1.614 C. c. la sentencia que ordena abonar el canon de un censo enfitéutico pactado en 1509 y consistente en determinadas cantidades de trigo y cebada, en su equivalente en metálico, tomando como base de equivalencia el precio establecido por el Servicio Nacional del Trigo para los arrendamientos rústicos y ello debido a que por la obligación en el cultivador de entregarlas a dicho Servicio, no se podía cumplir en sus propios términos la prestación. [S. 2 de octubre de 1961; no ha lugar.]

3. Derecho de obligaciones

1. CONTRATO DE OBRA POR AJUSTE ALZADO: FACTO DE REVISIÓN DEL PRESUPUESTO POR ELEVACIÓN LEGAL DE JORNALES: *La infracción de Ordenes Ministeriales sobre porcentajes de incremento de precios, no puede generar un recurso de casación, pues aquéllas sólo se aplican a las obras públicas y no a las privadas respecto de las cuales únicamente tienen valor analógico.*

ERROR DE HECHO: *La certificación de obra aportada a los autos no es documento auténtico.* [S. 4 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

2. ARBITRAJE DE EQUIDAD: RECURSO DE NULIDAD: *El recurso de nulidad contra los fallos que dicten los árbitros de equidad, regulado por el art. 30 de la ley especial sólo es viable por alguno de los motivos expresados en el art. 1.691, 3.º LEC.; cualesquiera otras infracciones legales cometidas por los árbitros de equidad habrán de hacerse valer en el juicio declarativo correspondiente, según doctrina de las SS. 21 de enero y 26 de octubre de 1961, 2 de mayo de 1962 y 10 de abril de 1963.*

VICIOS DE LA ESCRITURA DE COMPROMISO: *La omisión de la profesión y domicilio de los árbitros y el lugar en que había de desarrollarse el arbitraje constituyen materia extraña al recurso de nulidad.*

VICIOS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL: *Si bien los árbitros han de cumplir las ritualidades mínimas que les impone el artículo 29, párrafo 2.º de la ley especial, su infracción no constituye una causa del recurso de nulidad.*

PODERES DE LOS ÁRBITROS: *No se extralimitan en sus facultades los árbitros que prevén en el fallo las formas de ejecutar su acuerdo, estableciendo una opción no prevista en la escritura de compromiso.* [S. 1 de julio de 1963; no ha lugar.]

3. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: GASES NOCIVOS: *Habiéndose acreditado que los daños producidos en las fincas de los demandantes lo fueron por causa de las emanaciones o gases nocivos desprendidos de la industria de la sociedad demandada, lo que pudo ser evitado adoptando las precauciones que el informe pericial determina y que el Tribunal de instancia acepta, existe la culpa o negligencia generadora de la obligación de indemnizar derivada en general del artículo 1.902 C. c. y concretamente del art. 1.908, número*

2.º del mismo cuerpo legal, precepto que aisladamente considerado casi se identifica con la responsabilidad objetiva. [S. 30 de octubre de 1963; no ha lugar.]

En el considerando primero de la sentencia que se anota, se recuerda la corriente jurisprudencial y doctrinal que “en una creciente evolución viene inclinándose a reconocer la responsabilidad fundada en la mera creación de peligros para la comunidad, aún prescindiendo de la culpa del responsable”, citando al efecto las importantes sentencias de 5 y 9 de abril de 1963, en las que se acogió ampliamente dicha tendencia.

4. RESPONSABILIDAD POR CULPA: PROCEDIMIENTO PENAL: *No vincula a la jurisdicción civil para a la vista de las pruebas que se aporten resolver sobre la responsabilidad civil de actos u omisiones que estime culposas o negligentes, el que la jurisdicción penal que conoció antes del hecho sobreseyera el sumario.*

PRESCRIPCIÓN: INTERRUPCIÓN: *Habiendo instado las actoras la reapertura del sumario seguido por la muerte de su esposo y padre, que había sido sobreseído anteriormente y en el cual recayó nuevo sobreseimiento, dicho acto hay que estimarlo como de interrupción de la prescripción de la acción civil derivada del artículo 1.902 C. c., y no meramente suspensivo, y por ello en el plazo de un año que establece el artículo 1.968, número 2.º C. c. no se debe computar el tiempo transcurrido entre el primer sobreseimiento y la petición de reapertura, sin que con anterioridad a la incoación del sumario y a su reapertura hubiese transcurrido tampoco el citado plazo.* [S. 26 de octubre de 1963; no ha lugar.]

En el considerando segundo de la anterior sentencia se estima como base de la prescripción extintiva “la presunción de abandono de un derecho por el titular favorecido por la acción”.

4. Arrendamiento de cosas.

1. SOLAR O LOCAL DE NEGOCIO: *Es correcta la apreciación de que un solar, que no contiene más que algún toldo o porche sin edificación alguna habitable, no es apto para constituir sobre el mismo una relación arrendaticia conceptuable como de local de negocio.*

RECURSO DE CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: *No es viable un recurso en que se alega la interpretación errónea de un precepto no aplicado por la sentencia que se basó en otra norma ya que, en tal caso, sólo cabía o alegar la errónea interpretación de esta última o la violación, por inaplicación, del primer precepto.* [S. 4 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

2. ARRIENDO DE SOLAR O DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *Si en el contrato se dice que “el terreno o solares que se arrienda, se arrienda para*

la instalación de una industria de piedra artificial, vigas y demás derivados de la industria de cemento" facultándose al inquilino para realizar las obras necesarias a fin de acondicionar el ejercicio de su actividad industrial, quedando en provecho de la propiedad, al extinguirse el nexo, sin derecho a indemnización, resulta indudable que no se contempla por las partes, al emitir su declaración de voluntad, el arrendamiento de un simple solar, incardinado en la legislación común, sino de un local de negocio que pronto funcionaria en el terreno cedido previa su adaptación a la industria, presupuesto de la declaración de voluntad que los Tribunales no pueden desconocer y con más razón si el arrendador vino a reconocer con posterioridad con actos propios —aunque ello no sea esencial para la calificación correcta— la condición de local de negocio del objeto del arriendo. [S. 24 de octubre de 1963; ha lugar.]

NOTA: Ofrece gran interés esta sentencia porque constituye una de las raras resoluciones del Tribunal Supremo en que se muestra un criterio expansivo del ámbito de aplicación de la LAU y por el contraste que ofrece con el gran número de sentencias del propio Tribunal, que han venido afirmando que a efecto de determinar la calificación del arriendo en función del dato de "habitabilidad" de la cosa arrendada hay que tener en cuenta el estado de la misma al tiempo de celebración del contrato y no al que tenga al plantearse la cuestión de la calificación —S. S. de 20 de marzo 1958, 12 marzo y 1 junio 1959, 20 enero 1961, 15 junio 1961, etc—. En el caso de autos según se deduce de la fundamentación jurídica de la sentencia y de los "resultados" de la misma, parece indudable que el inmueble arrendado, al tiempo de celebrarse el contrato, carecía de condiciones de habitabilidad, si bien después llegó a alcanzarlas a virtud de las obras realizadas por el arrendatario de acuerdo con el contrato, y con el destino atribuido a la cosa arrendada, siendo de notar que en definitiva la edificación realizada quedaba en beneficio del arrendador. El criterio mantenido en la sentencia anotada es indudablemente acertado, ya que si las características de habitabilidad del local las da el arrendatario, a sus expensas, y dentro del marco de lo pactado, sería injusto que dicho arrendatario fuera de peor suerte —al quedar privado de los beneficios de la LAU— que el que arrendó un local de negocio edificado a expensas del propio arrendador. Hay que notar que de alguna sentencia anterior del Tribunal Supremo ya cabía deducir, a *contrario sensu*, semejante doctrina —por ejemplo, una S. de 29 febrero 1960 en la que se decía que el requisito de habitabilidad ha de darse, no al formular la demanda, sino al celebrarse el contrato, a no ser que en previsión de la que más adelante haya de tener, así se estatuya expresamente, y otra de 8 junio 1953 otorgaba más relieve al destino que al requisito de habitabilidad—, pero es en la resolución anotada en la que ya de modo bastante claro y directo se inicia una doctrina que es de desear se ratifique en posteriores sentencias, sin intentar desvirtuarla, como a veces ha ocurrido con la innovación de la "complejidad" del arriendo como criterio de exclusión —véase sobre este último punto en este ANUARIO 1963, pág. 203 comentario a la sentencia de 13 junio 1961— (J. P. R.).

3. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: REQUISITOS: *Del examen del artículo 3.º, núm. 1 L. A. U. se desprende: 1) que se trata de un precepto excepcional que sólo podrá aplicarse cuando se den todas las circunstancias de hecho que en el mismo se mencionan; 2) que se exige que el arrendatario reciba "además del local, el negocio o industria en él establecido", y aun cuando el precepto no exija que se encuentren funcionando, si requiere que los elemen-*

tos transmitidos, aun en su consideración estática, sean suficientes para dicho funcionamiento, pese a que éste no hubiera tenido efecto con anterioridad a la perfección del contrato; 3) que los elementos cedidos en arriendo han de constituir una unidad patrimonial con vida propia, o sea, que estén armónicamente orientados al fin propuesto, con posibilidad de que pueda ser inmediatamente explotado el negocio o industria, aun cuando se precise para ello el cumplimiento de simples formalidades de orden administrativo.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: DISTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: Para distinguir el arrendamiento de industria del arrendamiento de simple local de negocio, aparte del dato elocuente de que, en la fecha del contrato, el negocio se encuentre ya funcionando— requisito que puede darse o no, puesto que la Ley no lo exige—, habrá que atenderse a la eficacia de los medios transmitidos junto con el local, para la inmediata puesta en marcha de la industria, sin que al arrendatario le sea preciso aportar otros por su cuenta, como necesarios a tal fin.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: CUESTIÓN DE HECHO: El problema de la suficiencia o insuficiencia de los medios transmitidos, para el inmediato funcionamiento de la industria, es una simple cuestión de hecho, a menudo de carácter técnico, pero siempre de la libre apreciación de los Tribunales de instancia, que sólo podrá combatirse en casación, al amparo del núm. 7 del artículo 1.692 LEC, denunciando el error de hecho o de derecho padecidos por el Juzgador, al apreciar la prueba. [S. 18 de julio de 1963; desestimatoria.]

4. **CASINO: ACTIVIDAD SECUNDARIA ALTRUISTA:** El arrendamiento de locales para casinos o círculos dedicados al esparcimiento o recreo de sus componentes o asociados, queda excluido de la legislación especial arrendaticia, rigiéndose por lo pactado y las leyes comunes, aunque en los locales se desarrollen otras actividades secundarias de índole altruista, compatibles con la finalidad principal. [S. 5 de julio de 1963; desestimatoria.]

5. **RENTA:** La fijación de precio cierto en el arrendamiento de cosa es "conditio iuris" esencial del contrato.

ACCIONES DERIVADAS DE LA FALTA DE PAGO DE LA RENTA ARRENDATICIA: El incumplimiento de la obligación de pago por parte del arrendatario origina, en favor del arrendador, dos acciones distintas e independientes entre sí: una personal para reclamar las rentas vencidas y otra dirigida a recuperar la posesión inmediata de la cosa con el lanzamiento del incumplidor, acciones que no son incompatibles entre sí, por lo que el ejercicio de una no imposibilita la utilización de otra ni implica su renuncia. El ejercicio de la acción de desahucio no impide reclamar las rentas vencidas y abonadas. El que el arrendador acudiera al procedimiento de suspensión de pagos seguido a instancia de otro acreedor del arrendatario en solicitud de inclusión de su crédito, no puede interpretarse como renuncia al ejercicio del desahucio.

RENUNCIA DE DERECHOS: *La renuncia, para surtir efectos, debe hacerse constar de forma clara, explícita y terminante.* [S. 7 de diciembre de 1963; ha lugar.]

6. REDUCCIÓN DE LA RENTA ARRENDATICIA A LA BASE FISCAL: EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DEL DERECHO: *La eficacia del requerimiento notarial, realizado por el arrendatario, reduciendo la renta a la base fiscal, no queda enervada por el hecho de que, con posterioridad al requerimiento y antes de la interposición de la demanda revisoria del arrendatario, el arrendador declare, a efectos fiscales, la renta realmente percibida. Para ejercitar el derecho de reducción es suficiente la manifestación de voluntad de verificarlo, y sólo en el caso de faltar el asentimiento del arrendador es preciso acudir a la vía judicial.* [S. 16 de octubre de 1963; ha lugar.]

7. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: REQUISITOS: *Las normas de la LAU en orden a la forma y tiempo de notificarse la subrogación, en el arriendo de vivienda, no son aplicables a la sucesión "mortis causa" en el arriendo de local de negocio.*

ANALOGÍA: *No cabe aplicar por analogía un precepto, cuando su aplicación lleva consigo la pérdida de un derecho.* [S. 5 de octubre de 1963; no ha lugar.]

8. SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: PLURALIDAD DE HEREDEROS: *Si hay varios herederos del arrendatario no es obligatorio que todos ellos continúen la relación arrendaticia; los que no quieran hacerlo pueden renunciar a favor de alguno o algunos de los restantes sin que la ley exija requisitos específicos para la renuncia. El que sucede a su padre en el negocio radicado en el local objeto del arriendo, por habersele adjudicado dicho negocio en la escritura de partición de herencia, en pago de su haber hereditario, sucede en tracto directo con su progenitor, suponiendo, la transferencia, una sola transmisión arrendaticia.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN DE DOCUMENTOS: *Infringe la técnica procesal y es inadmisibile, el recurso que, por vía de la causa 4.ª, alega interpretación errónea de un documento, tema que no tiene cabida en dicha causa, limitada a poner de manifiesto la contradicción entre lo afirmado en el fallo y el contenido del documento o informe pericial.* [S. 9 de octubre de 1963; no ha lugar.]

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO COMO CAUSA DE NECESIDAD: FECHA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO: *La Sala I tiene declarado reiteradamente que, para la validez del requerimiento denegatorio de prórroga no es preciso que el matrimonio se hubiera contraído en la fecha del requerimiento y que bastaba que en tal momento existiera el proyecto de celebrarlo, orientación jurisprudencial recogida en la LAU vigente en cuanto que para fijar el momento que se ha de tener en cuenta para la determinación de la necesidad se atiende no a la fecha del requerimiento, sino al*

día en que concluye el plazo legal de preaviso, pero exigiendo en cambio que la necesidad exista, esto es, que el matrimonio haya acontecido, real y verdaderamente, al cumplirse el año del mismo. [S. 23 de octubre de 1963; ha lugar.]

NOTA: La doctrina sentada en esta sentencia se halla en abierta contradicción, no sólo con la mantenida a lo largo de los últimos años por la generalidad de los Tribunales de Instancia y Salas de suplicación de todo el país, sino con la del propio Tribunal Supremo, que en sentencia de 1 de julio de 1959 —con referencia a la LAU vigente— y en las de 20 de diciembre de 1956, 15 de febrero de 1958 y 27 de febrero de 1959 —con referencia a la LAU de 1946—, vino sosteniendo que la necesidad surge desde que existe el propósito serio y formal de contraerlo y que, por tanto, no es preciso que el matrimonio se haya contraído ni al tiempo del requerimiento denegatorio de prórroga ni al tiempo de expiración del plazo de preaviso. La interpretación puramente gramatical, que del artículo 65, apartado 2 de la LAU, en relación con la presunción 3.^a del artículo 63 de la misma Ley, realiza el Tribunal Supremo para mantener la posición reflejada en la última parte de la máxima transcrita, resulta altamente perturbadora, no ya por chocar con la anterior doctrina del mismo Tribunal—discrepancia que sería legítima y aun obligada si se tratara de rectificar una posición errónea—sino por enfrentarse con una interpretación que había llegado a contar con el general asentimiento de toda clase de órganos jurisdiccionales—con contadísimas excepciones—y que respondía a una hermenéutica finalista; en efecto, si la necesidad se basa en el deseo de proporcionar hogar a la nueva familia que ha de constituirse con el matrimonio, sería contrario a toda lógica—como dijo el propio Tribunal Supremo en S. de 1 julio 1959—provocar la situación anómala de no contar el nuevo matrimonio con vivienda para instalar su hogar. Si se exige que los beneficiarios de la denegación de prórroga contraigan matrimonio dentro del plazo de preaviso, se les obligará a realizar una instalación que, o será provisional, con todos los inconvenientes de una solución de ese tipo que habrá de prolongarse durante los dos años que, por término medio, supondrá la tramitación y ejecución del proceso resolutorio, o definitiva, y en este caso se hace inútil ya la denegación de prórroga. Es de esperar, por ello, que la Sala I no insista en un criterio que, de mantenerse, suscitara un enorme confusio-nismo y una patente inseguridad jurídica—pues no es seguro que la totalidad de órganos de suplicación se doblegaran ante semejante doctrina—aparte de chocar con la única interpretación razonable de la LAU, desde un punto de vista teleológico. (J. P. R.)

10. CESIÓN INCONSENTIDA: PRUEBA: *La cesión en arrendamiento, hecha por el arrendatario de un taller de su propiedad instalado en el local arrendado, lleva implícita la cesión del uso del local de ajena pertenencia en que el taller radica. [S. 2 de octubre de 1963; desestimatoria.]*

11. PRESUNCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA CUALIDAD DE ARRENDATARIO: *No cabe de lógica la afirmación de que las propietarias han reconocido la condición del arrendatario, deducida tal afirmación de los hechos de haber aquéllas conocido el goce o uso de la casa por aquél, por lo menos desde 1944, y haber recibido de él, durante tantos años, el precio del arrendamiento, aunque los recibos siguiesen extendiéndose a nombre del anterior arrendatario, que sabían había fallecido.*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INDEFENSIÓN: *El hecho de no proveer a la petición de adhesión a la apelación no produjo ninguna indefensión a la parte que la había formulado, puesto que consta en la diligencia de vista que su letrado informó, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida "excepto en los puntos en que se ha adherido", lo que prueba que pudo informar y pedir como apelante sobre tales puntos, y la sentencia definitiva, pese a haber rechazado su petición, consideró los extremos objeto de su adhesión, desestimándolos, no por motivos de forma, sino por razones y fundamentos sustantivos. [S. 5 de febrero de 1962; desestimatoria.]*

12. **TRASPASO INCONSENTIDO: ACTOS DE GESTIÓN:** *No existe traspaso del local por no haberse probado que se haya verificado la sustitución de la persona del arrendatario por la de sus hijos, en la explotación de la peluquería, y estimarse que los actos imputados a éstos, en tal sentido, entran en la categoría de actos de gestión, a todas luces insuficientes para el fin resolutorio propuesto.*

OBRAS INCONSENTIDAS: AUTORIZACIÓN: *Habiendo autorizado el arrendador, por carta dirigida al arrendatario, a realizar todas las obras que no afectaran a la estructura del local, no procede la resolución cuando se ha estimado que las realizadas no afectan a tal estructura.*

CONSIDERANDOS DE LA SENTENCIA DE INSTANCIA NO ACEPTADOS POR LA AUDIENCIA: *No forman parte integrante de la sentencia recurrida, ni pueden, por ello, ser objeto de impugnación, los considerandos de la sentencia del Juzgado, respecto de los cuales nada dice la Audiencia, lo que es tanto como no aceptarlos. [S. 12 de noviembre de 1962; desestimatoria.]*

13. **SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRUEBA: PROPIAS MANIFESTACIONES:** *Las certificaciones de la Comisaría de Policía y del Juzgado de Instrucción, de las que aparece que en dos ocasiones, con motivo de sendos robos cometidos en el local, el tercero, cuyo carácter de subarrendatario se postula, manifestó ser el dueño perjudicado y habló de sus dependientes y empleados, no de muestran la existencia del subarriendo, pues esas manifestaciones pueden deberse a la doble razón de evitar molestias al dueño, inútiles, por tener un conocimiento más incompleto del asunto, y a su escasa trascendencia, limitada exclusivamente a la investigación sumarial.*

SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRUEBA: NO AFILIACIÓN A SEGUROS SOCIALES: *Las certificaciones del Instituto Nacional de Previsión y de las Mutualidades Laborales, de las que aparece que la persona ajena a la relación arrendaticia y que se encuentra al frente del local, no figura como afiliado a los Seguros Sociales ni al Mutualismo laboral, no demuestran la existencia del subarriendo, pues tales hechos pueden deberse a una omisión del cumplimiento de obligaciones administrativas, o a una actitud deliberada de considerar a dicho tercero más como un hijo que como un asalariado del arrendatario. [S. 14 de noviembre de 1962; desestimatoria.]*

El Tribunal *a quo* había afirmado que la introducción del tercero en el local se había realizado en concepto de encargado o factor mercantil del arrendatario, con amplias facultades derivadas de la confianza, fundada en el parentesco (sobrino del arrendatario). El T. S. desestima la demanda, porque las certificaciones señaladas no prueban el error de hecho cometido, ya que éste no se desprende de modo indubitado, sino que tales documentos necesitan, para ello, de una interpretación, que se realizó en el sentido indicado de obedecer a una colaboración de tipo familiar, “lo que resulta apoyado por el hecho de que, hasta que contrajo matrimonio, el tercero, cuyo carácter se discute, había vivido en el domicilio de su tío. Por otra parte, hay una copiosa prueba que demuestra que, no sólo la titularidad arrendaticia, sino la fiscal, administrativa y sindical pertenecen al arrendatario, quien tiene así el dominio efectivo y la responsabilidad del negocio”.

14. SUBARRIENDO: PRUEBA: *No cabe alegar la escasa consistencia de la prueba testifical, pues ordinariamente es la única apta para poner de relieve situaciones que los propios interesados procuran no exteriorizar documentalmente, por su ilicitud, y se mantienen en la clandestinidad, a lo que cabe añadir que se han tenido en cuenta también, para robustecer aquellos testimonios, otras pruebas de tipo documental, como facturas de trabajos hechos por el subarrendatario en el local de negocio. [S. 9 de noviembre de 1962; desestimatoria.]*

15. SUBARRIENDO O INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL: *La introducción de un tercero en el local arrendado, si se realiza sin autorización del arrendador, lleva consigo la sanción resolutoria. La ocupación del local por un tercero al arriendo, aunque sea a título gratuito, no puede eludir la aplicación de las causas legales resolutorias. La falta de prueba de precio cierto, no es obstáculo para apreciar la existencia de subarriendo. [S. 27 de septiembre de 1963; ha lugar.]*

16. SUBARRIENDO INCONSENTIDO: PRESUNCIÓN: *Sentado el hecho de que el tercero que se encuentra al frente del negocio establecido en el local arrendado es propietario de otro establecimiento del mismo ramo, la deducción hecha en orden a que ese tercero no es un dependiente del arrendatario, sino que se ha producido un subarriendo, cesión o traspaso, no es absurda, ilógica o inverosímil. [S. 27 de septiembre de 1963; desestimatoria.]*

17. LOCAL DE NEGOCIO: TENENCIA DE HUÉSPEDES: *Los arts. 4.º y 21 LAU se refieren, según resulta de su propio texto, al contrato de arrendamiento de vivienda, por lo que no cabe aplicar esos preceptos al contrato de arrendamiento de local de negocio, a cuyo arrendatario le está prohibido el tener huéspedes, salvo que estuviere autorizado al efecto por el arrendador o que en el local estuviere establecida la industria de hospedaje, ya que de no darse alguno de esos supuestos, tal hospedaje implica el uso de la cosa arrendada por extraños a la relación arrendaticia, que la Ley sólo autoriza, en su art. 5.º, cuando se trata de personas que trabajando al servicio del arrendatario, tengan su vivienda en el local de negocio arrendado.*

ERROR DE HECHO: *El error denunciado para que pueda estimarse ha de resultar, expresa y claramente, de los documentos alegados. [S. 2 de mayo de 1963; desestimatoria.]*

18. **OBRAS INCONSENTIDAS: VARIACIÓN POSTERIOR DE LAS OBRAS REALIZADAS: ACTA NOTARIAL:** *Se comete error de hecho en la apreciación de la prueba al no reconocer la sentencia recurrida la realización de obras inconsentidas, que viene acreditada por el acta notarial, en la que el notario da fe de la existencia de tales obras, y si en esa fecha las vio, el que con posterioridad los peritos digan que no están adosadas a los muros y al suelo, sino que se trata de un ingenioso armatoste con ruedas, plataforma movable, no quiere decir que lo que observa sea lo mismo que vio el notario, y como esto era una obra, que modificaba la configuración del local, es lo que debe tenerse en cuenta para enjuiciar, no lo que casi dos años después se presenta, pues la causa de resolución no desaparece por la variación de la obra primeramente realizada. [S. 3 de abril de 1963; estimatoria.]*

19. **CONFIGURACIÓN:** *Las únicas obras que se señalan como realizadas, esto es, el encalado de unos trozos de pared y cielo raso de los techos de algunas habitaciones, la supresión de los amarres de un tabique —en tiempo anterior suprimido— y la colocación de algunos tacos de madera para sujeción de las estanterías —que son esenciales, incluso, para colgar marcos o cuadros— no producen la modificación de la configuración que la Ley exige para la resolución del contrato, pues tal concepto, en su acepción jurídica, requiere la modificación de la forma o estructura de la cosa arrendada, mediante nueva distribución de sus distintas partes que haga variar su aspecto peculiar, en forma esencial y no meramente accidental. [S. 27 de marzo de 1963; desestimatoria.]*

20. **CONFIGURACIÓN:** *Variar la colocación del aseo y cambiar un tabique que separa habitaciones determina la resolución del contrato de arrendamiento.*

CONGRUENCIA: *La congruencia implica el examen comparativo entre las pretensiones de la demanda y los acuerdos del fallo, y si se solicitó la resolución del contrato por obras inconsentidas que modifican la configuración del local y la Sala declara probadas dichas obras y estimando que modifican la configuración, accede a la resolución del contrato, existe una perfecta adecuación entre la demanda y la sentencia, e, incluso, si se examina al detalle lo pedido y lo resuelto, se aprecia la absoluta igualdad, pues construir un aseo y cambiar un aseo es igual, porque si se cambia se construye donde no estaba, y quitar un tabique y remeterlo variando la capacidad de las habitaciones que separa, es igual que cambiar el tabique.*

ERROR DE HECHO: *La afirmación que la Sala hace, basándose en el conjunto del acta notarial, reconocimiento judicial y dictamen pericial, no puede impugnarse con deducciones y juicios, para llegar a conclusión contraria, pues no lo permite la causa 4.^a del art. 136 LAU, que requiere la eviden-*

te contradicción entre el hecho fijado por el Tribunal y el documento o dictamen alegado por el recurrente. [S. 22 de marzo de 1963; desestimatoria.]

21. OBRAS: PRUEBA: ERROR DE HECHO: *El error de hecho en la apreciación de la prueba consiste en la existencia de una contradicción entre lo afirmado en el documento o pericia invocado para demostrarlo y lo que la sentencia mantiene, y, a tal respecto, se advierte que, según el dictamen del perito arquitecto, en el techo de ciertos departamentos se observan unas señales de tabique, pero, en cambio, tal dictamen no contiene referencia concreta alguna en orden a si esas señales responden a la existencia pretérita, real o efectiva, de una dependencia, ni, en su caso, a la fecha de que date la destrucción del tabique, por lo que se impone concluir que tal prueba pericial no evidencia que la sala se haya equivocado al establecer que, después de la prueba, el hecho se advierte tan contradictorio que no se puede saber si desde que el arrendatario tomó el local había o no allí tabique alguno. [S. 16 de marzo de 1963; desestimatoria.]*

22. OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: NECESIDAD SEGÚN DESTINO: *Las obras efectuadas por el arrendatario —consistentes en el establecimiento de una comunicación entre los dos locales arrendados, mediante la colocación de una puerta, cierre de la dependencia destinada a water, con la construcción de un tabique o pared, y de un cuarto de aseo colindante, y otras— modifican la forma o estructura de la cosa arrendada, produciendo un cambio esencial y sensible, por lo que es indudable que incurrió en causa de resolución, pues la transgresión legal se comete al excederse de las facultades que por el contrato recibió, sin que haya acreditado que las obras realizadas fueran necesarias para el destino asignado al local. [S. 29 de marzo de 1963; desestimatoria.]*

23. OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: PRESUNCIÓN: *Si por la ejecución de las obras realizadas y para su cobro se extiende una factura en el papel timbrado que al efecto utiliza el propietario arrendador, cuya profesión es la de constructor, es decir, se utilizan facturas cuyo uso exclusivo pertenece al arrendador, y el recibo de su importe lo firma un dependiente suyo, portero de la finca de su propiedad y en donde habita, es lógico suponer que haya sido entregada la factura por quien las utiliza normalmente. [S. 15 de junio de 1963; desestimatoria.]*

Las obras, de las que se afirma su consentimiento tácito por el arrendador, fueron realizadas por un albañil que, con anterioridad a las mismas, había desempeñado su oficio al servicio del arrendador, constructor de profesión; albañil que después pasó a ser portero de la finca en la que también vivía dicho propietario arrendador. La factura de dichas obras, extendida en el papel timbrado del arrendador tiene su "recibi" firmado por el albañil-portero. El T. S. afirma que el consentimiento tácito expresado por el arrendador para la realización de las obras se ha deducido de todo el conjunto de la prueba practicada; pero que, aun cuando se hubiera basado

exclusivamente en el hecho descrito, la presunción no puede considerarse absurda ni ilógica.

24. OBRAS: CONSENTIMIENTO: *Se entiende que existe un consentimiento explícito cuando el arrendador muestra ante las obras una actitud activa de permanente estímulo hacia las iniciativas del arrendatario, celebrando, ante el mismo, los progresos de aquéllas, beneficiándose con los residuos de demolición disponibles y asumiendo, con consciente agrado, las modificaciones de estructura y configuración del local, que aceptó con toda la previsibilidad de su alcance.* [S. 28 de junio de 1963; no ha lugar.]

25. OBRAS INCONSENTIDAS: *Aun cuando el arrendamiento de local de negocio no pierde su carácter por el hecho de que el titular arrendatario, por sí o por persona que trabaje a su servicio, tenga en aquél su vivienda, ésto no autoriza, en modo alguno, al arrendatario a que, para dar vivienda a un encargado de la industria establecida en el local, construya, sin autorización, unas habitaciones y servicios, que modifican la configuración del local arrendado.* [S. 28 de junio de 1963; desestimatoria.]

26. OBRAS CONSENTIDAS: COLABORACIÓN ACTIVA: *Ofrecer el arrendador al arrendatario el agua necesaria para las obras y facilitar el paso de materiales, como las vigas, por el propio domicilio del arrendador, no son actos pasivos o de mero conocimiento, sino de verdadera colaboración activa en la ejecución de dichas obras, que implican la voluntad de que se lleven a efecto, equivalente al consentimiento tácito.*

PRESUNCIONES: IMPUGNACIÓN EN CASACIÓN: *Al amparo de la causa 4.ª del artículo 133 LAU, no es lícito involucrar cuestiones de derecho relativas a infracción por aplicación indebida de los artículos 1.249 y 1.253 C. c.* [S. 2 de julio de 1963; desestimatoria.]

27. RESOLUCIÓN POR RUINA: INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL DE LA RESOLUCIÓN RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE DE RUINA: *No sólo no le está prohibido, sino que se impone a la autoridad judicial declarar si la resolución administrativa firme, recaída en expediente contradictorio al que hayan sido citados al tiempo de su iniciación todos los inquilinos, contiene la declaración de ruina o, por el contrario, no la contiene, y al actuar así obra dentro de su competencia y potestad jurisdiccional.*

ERROR DE HECHO: INFORMES PERICIALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE: *No cabe acreditar el error de hecho que se imputa a la sentencia recurrida mediante informes periciales que obran en el expediente de ruina, en el que han sido tenidos en cuenta, porque es la resolución final de dicho expediente la que hay que interpretar y no los elementos de prueba que hayan podido utilizarse para fundamentarla.* [S. 14 de noviembre de 1961; desestimatoria.]

28. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: REVISIÓN DE RENTAS: *Son de naturaleza fá-*

tica las declaraciones que establecen los elementos de juicio que han de tenerse en cuenta para resolver la revisión de la renta, ya que han de ser derivadas por el juzgador de las pruebas que ofrecen las partes, como interpretación de las mismas. En cambios los pronunciamientos que, partiendo de aquéllas, determinan la cuantía en que deben quedar fijadas las rentas, no tienen carácter fáctico, sino eminentemente jurídico. [S. 19 de octubre de 1963; Sala de lo Social.]

29. REVISIÓN DE RENTAS: *La revisión de la renta implica la modificación o constitución de una relación jurídica que vincula a las partes no sólo por virtud de lo pactado, pues subsiste la esencia del negocio jurídico, sino también por una obligación legal que afecta a un elemento fundamental del contrato, como es la renta. La sustitución de la voluntad de las partes tiene su asiento en circunstancias de orden económico ajenas al contrato y totalmente independientes de las de orden subjetivo contempladas por las partes a la celebración del contrato.*

FIJACIÓN DE HECHOS EN EL PROCESO: *La atribución con carácter privativo de esta facultad al juzgador de instancia, tiene mayor justificación cuando se trata de revisión de rentas, ya que entonces se pretende alterar en beneficio de una de las partes el contenido obligacional de un negocio jurídico creado por mutuo consentimiento y al amparo de la libertad concedida por la ley para fijar la renta en los arrendamientos rústicos. [S. 13 de noviembre de 1963; Sala de lo Social.]*

30. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: PRÓRROGAS INDEFINIDAS A VOLUNTAD DEL ARRENDATARIO: NULIDAD PARCIAL: *El contrato en el que se pacta un plazo determinado de duración del arriendo y prórrogas indefinidas del mismo a la exclusiva voluntad del arrendatario no es totalmente nulo, sino sólo en cuanto a las prórrogas indefinidas, ya que la nulidad de alguna cláusula no afecta a la validez de las demás que no adolecen de vicio alguno.*

APARCERÍA INCONSENTIDA O RELACIÓN LABORAL: *El simple hecho de retribuir a un trabajador agrícola con parte de los frutos obtenidos en la finca, no implica la existencia de un contrato de aparcería mientras no se pruebe la existencia de una convención acerca de las prestaciones, participación en gastos y distribución de productos, siendo más bien una forma de retribución en un contrato de trabajo, sin que sea obstáculo la infracción de disposiciones laborales, como la no inclusión del trabajador en los Seguros Sociales. [S. 15 de junio de 1963; Sala de lo Social.]*

5. Derecho de familia

1. FILIACIÓN LEGÍTIMA: IMPUGNACIÓN: CADUCIDAD: *No cabe admitir que una vez inscrito el nacimiento, sea inaplicable el último inciso del pár. 2.º del artículo 113 C. c. (ocultación del nacimiento), pues el hecho de ser público el Registro Civil, no lleva consigo necesariamente el conocimiento por parte*

del marido (o en su caso, sus herederos), de la inscripción de nacimiento practicada, por lo que acreditado que el marido se hallaba ausente del lugar del nacimiento de los hijos cuyas filiación impugna, con ausencia prolongada y sin interrupción, hay que computar el plazo de caducidad del citado artículo desde que se descubriera el fraude. [S. 14 de octubre de 1963; no ha lugar.]

2. FILIACIÓN LEGÍTIMA: IMPUGNACIÓN: CADUCIDAD: *Los plazos establecidos en el art. 113 C. c. lo son de caducidad y no de prescripción, siendo apreciables de oficio.*

LITIS CONSORCIO NECESARIO: *Al impugnar la filiación legítima de una persona habiendo fallecido el presunto padre, pero viviendo la madre, es necesario demandar a ésta, ya que existe en tal caso un litis consorcio necesario cuya falta, que no queda subsanada por el hecho de que haya declarado como testigo, puede apreciarse de oficio incluso en el recurso de casación. [S. 5 de marzo de 1963; no ha lugar.]*

3. FILIACIÓN NATURAL: CONSTITUCIÓN DE 1931: *El art. 43 de la Constitución de 1931, al prohibir que en las actas de inscripción de nacimiento se consignase declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad o sobre el estado civil de los padres, no derogó por sí solo las normas del C. c., dado que para que las declaraciones constitucionales dejen de ser programáticas y tengan efectividad, necesitan ser desarrolladas en leyes civiles complementarias, que en este caso no se promulgaron, por lo que no hay equiparación entre los hijos de matrimonio y los nacidos de uniones extralegales.*

FILIACIÓN ILEGÍTIMA NO NATURAL: NULIDAD DE RECONOCIMIENTO: IMPRESCRIPTIBILIDAD: *La declaración hecha por los padres para inscribir el nacimiento de la hija nacida durante la vigencia del matrimonio del progenitor con otra persona distinta de la madre natural, no puede equipararse al reconocimiento que, como declaración de voluntad dirigida a establecer un vínculo de familia, exige capacidad para reconocer y para ser reconocido, lo que no existe en el caso de hijos adulterinos, por lo que, aún cuando tal equiparación fuese posible, constituiría un acto afectado de nulidad absoluta, conforme al artículo 4.º C. c., siendo imprescriptible la acción impugnatoria. [S. 14 de noviembre de 1963; no ha lugar.]*

4. ADOPCIÓN: LEY DE 17 DE OCTUBRE DE 1941: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *Aunque conforme al artículo 5.º de la Ley de 17 de octubre de 1941, los padres naturales que impugnen o quieran dejar sin efecto la adopción de sus hijos adoptados conforme a dicha Ley, deben solicitarlo de la Administración del establecimiento benéfico, tal precepto no concede a ésta una verdadera potestad de orden jurisdiccional y menos con carácter privado, para aplicar una norma legal de efectos civiles trascendentes, sin que por ello se excluya la intervención judicial que admite el artículo 3.º de la Ley citada, y resulta también del artículo 51 LEC, ya que no cabe que un acto que afecta a la condición y estado civil de la persona se*

defiera en definitiva a la decisión de una autoridad administrativa no apta para ello. [S. 15 de marzo de 1963; no ha lugar.]

La Ley de 17 de octubre de 1941, fue derogada por el artículo 5.º de la de 24 de abril de 1958 que reformó el Código civil, no obstante lo cual tiene interés la doctrina de la sentencia que se anota en cuanto mantiene tajantemente la competencia de la jurisdicción ordinaria en materias que afectan a la condición y estado civil de la persona.

(R. I.)

DERECHO MERCANTIL

1. IMPUGNACIÓN ACUERDOS SOCIALES DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: JUNTA GENERAL EXTRAORDINARIA: REQUISITOS DE CONVOCATORIA: *Los requisitos exigidos por la Ley para la convocatoria de la Junta ordinaria son exigibles también, con idéntico rigor, para las extraordinarias. Toda convocatoria que no cumpla con exactitud cuanto es exigido por la Ley carece de validez e impone la misma tacha a la Junta que haya podido celebrarse.*

AUDIENCIA A LOS ADMINISTRADORES: *De la audiencia a los administradores no puede prescindirse en la convocatoria de las Juntas extraordinarias, ya que existe la misma o mayor razón legal que justifique su procedencia que si de Junta ordinaria se tratase. [S. 30 de noviembre de 1963; desestimatoria.]*

DERECHO PROCESAL

1. SEGUROS SOCIALES: INDEMNIZACIÓN POR ENFERMEDAD PROFESIONAL: CRITERIOS OBJETIVOS PARA DETERMINAR LA JURISDICCIÓN LABORAL FRENTE A LA CIVIL: *La armonía de los intereses de los trabajadores con los de los patronos es la razón de ser de la jurisdicción laboral especial; no, el carácter de las normas aplicables a un caso concreto. Por tanto, cuando la litis se entable entre patronos, queda sometida a la jurisdicción común.*

VIGENCIA E INTERPRETACIÓN DEL ART. 11, PÁRR. 2.º DE LA ORDEN DE 7 DE MARZO DE 1941: *El T. S. mantiene en reiterada Jurisprudencia la vigencia de esta disposición, a pesar del régimen transitorio que establece, mientras no se dicten normas nuevas que desenvuelvan y regulen la materia y entiende que dicha disposición se refiere por igual a los trabajadores contratados ya en la fecha de su publicación y a los que lo sean posteriormente.*

REPETICIÓN DE LO ABONADO POR EL ASEGURADOR EN CUANTO AL EXCESO RESPECTO A LA SUMA ASEGURADA: *Si la suma abonada como indemnización, legalmente impuesta en los seguros laborales, es superior a la suma pactada entre el patrono y la compañía aseguradora ésta podrá reclamar a aquél la suma a su favor.*

INCONGRUENCIA Y REFORMATIO IN PEIUS: *No hay incongruencia, cuando, res-*

petando el título obligacional, se concede menos de lo pedido en la demanda. Existe "reformatio in peius", cuando se concede a la parte contraria más de lo dispuesto en el fallo recaído, en la parte en que éste no es objeto del recurso.

ADMISIBILIDAD EN CASACIÓN; DE ALEGACIONES TARDÍAS: *No son admisibles en casación las alegaciones nuevas, tardiamente traídas al campo del litigio.* [S. 23 de octubre de 1963; desestimatoria, en parte, y, en parte, estimatoria.]

2. LETRA DE CAMBIO DOMICILIADA: COMPETENCIA TERRITORIAL PARA LA ACCIÓN CON QUE SE EXIGE SU PAGO: *Es reiterada doctrina del T. S. que la acción derivada de una letra de cambio domiciliada debe deducirse en juicio ante los órganos jurisdiccionales del lugar en que la letra debe ser pagada, sin que a ello obste la naturaleza del contrato subyacente o causal.* [S. 7 de octubre de 1963.]

3. COMPETENCIA: OBLIGACIÓN CONJUNTA: PRESUNCIÓN A EFECTOS DE COMPETENCIA: *Demandándose conjuntamente a dos personas, reclamándoles el importe de un pedido, y acompañándose a la demanda la nota de éste, formalizada a nombre de las dos, aunque sólo la suscribe una de ellas, es indudable que, sin prejuzgar el fondo del asunto, a los solos efectos de resolver la presente cuestión de competencia, se ha de reputar indicatoriamente acreditado que la obligación fue contraída a nombre de ambas, no siendo momento procesal para entrar a discernir si el firmante tenía o no apoderamiento suficiente de la otra persona a cuyo nombre se hizo también el pedido.*

SUMISIÓN EXPRESA: *Existiendo una cláusula de sumisión expresa, con arreglo a ella debe fallarse la competencia.* [S. 26 de junio de 1963.]

4. COMPETENCIA: SERVICIOS MÉDICOS: *Aunque la doctrina jurisprudencial, en un principio, se ha mostrado vacilante, viene siendo, posteriormente, uniforme en el sentido de atribuir la competencia territorial al órgano jurisdiccional del lugar en donde se prestaron los servicios.*

COMPETENCIA: PRINCIPIOS DE PRUEBA POR ESCRITO: *Para resolver la cuestión de competencia territorial basta con meros principios de prueba por escrito, aunque luego se valore la prueba de otra forma en la fase correspondiente.* [S. 16 de mayo de 1962.]

5. COMPETENCIA: HONORARIOS DEBIDOS A INGENIERO AGRÓNOMO: *Tratándose del ejercicio de una acción personal, encaminada al cobro del importe de unos honorarios, devengados en unos trabajos de índole técnica por un ingeniero agrónomo, no existiendo sumisión a determinado Juez ni lugar expresamente designado para el cumplimiento de la obligación pedida, es Juez competente el del lugar donde los servicios tuvieron cumplimiento.* [S. 23 de octubre de 1962.]

La conclusión anterior se obtiene —sigue diciendo el considerando— "interpretando y aplicando la regla 1.ª del artículo 62 L. E. C., en su rela-

ción con el 1.º de la Ley de 17 de julio de 1948". (Justicia Municipal. Competencia.)

6. COMPETENCIA: LEGITIMACIÓN: *Tanto la inhibitoria como la declinatoria sólo pueden proponerse por quienes hayan sido citados o puedan ser parte legítima en el juicio promovido, ya por estar comprendidos en los casos de excepción que la Ley prevé, ya por afectarles directamente la cuestión que en el pleito ha de ventilarse.*

HONORARIOS DE ABOGADO: *Es competente para entender de su reclamación el Juzgado del lugar en que se prestaron los trabajos por los cuales se reclaman los honorarios, ya se deriven de un contrato de arrendamiento de servicios, mandato o comisión.* [S. 3 de octubre de 1962.]

7. COMPETENCIA: ACCIÓN PERSONAL: *Tratándose de acciones personales el fuero del domicilio del demandado es general para todos los casos en que no se le opone un fuero preferente.* [S. 7 de diciembre de 1963.]

Se trataba de una compraventa, y el lugar de entrega coincidía con el domicilio del demandado

8. PODER A PROCURADOR: BASTANTEO: *El requisito del bastanteo por letrado, es de orden público y de derecho necesario, constituyendo su omisión vicio esencial que invalida la apelación interpuesta, debiendo también declararse mal admitido el recurso de reposición y firme y subsistente la resolución recurrida, lo cual debe acordarse de oficio por ser tal infracción de índole fundamental y afectar de nulidad las actuaciones practicadas.* [S. 18 de octubre de 1962; no ha lugar.]

Fundamenta la sentencia extractada su doctrina en cuanto al carácter esencial del bastanteo, en el artículo 3.º en relación con el 1.º, ambos de la L. E. C., y según se indica en el considerando 2.º, es el criterio mantenido reiteradamente, tanto en la jurisprudencia antigua, auto de 16 diciembre 1891, como en la más reciente, citando al efecto las sentencias de 1.º diciembre 1955, 26 septiembre 1956, 12 diciembre 1958 y 25 noviembre 1959. Dictada la sentencia en un recurso de casación por quebrantamiento de forma (en el que no se había denunciado este defecto, ya que precisamente el que lo cometió fue el recurrente), habiéndose denunciado el de infracción de Ley, el último considerando establece que "la doctrina expuesta, nulidad por falta del bastanteo del poder lleva consigo, asimismo la del recurso anunciado de casación por infracción de ley".

Como ya dijo la sentencia de 25 de noviembre 1959, «la exigencia formal de que el poder que acredita la legítima representación del Procurador figure "declarado bastante por un letrado" fue ya determinada, tanto en la Novísima Recopilación —ley tercera, título tercero, libro undécimo— como posteriormente, por las Ordenanzas de las Audiencias —artículo 205— y el Reglamento de los Juzgados —artículo 64—. Esta ley de la Novísima es de 4 de diciembre de 1502, y procede de las Ordenanzas de Madrid, según señala Manresa, comentando el artículo 3.º de la L. E. C. (Tomo I, Madrid, 1928,

página 58 y siguientes), a la vez que indica las razones que se tuvieron en cuenta para dictarla, evitar procesos baldíos con los gastos consiguientes y la sanción de abonar tales gastos por los abogados que bastantearan poderes que luego se declarasen no ser bastantes. No obstante, el mismo Manresa señala, citando al efecto la S. de 4 de febrero de 1904, que "la forma de bastanteo no puede extender las facultades a casos no comprendidos en el mandato, ni limitar las que en éste se hayan concedido, porque la extensión y alcance de dichas facultades se determinan por las que el mandante haya conferido al mandatario en el documento". Se viene, pues, a reconocer la inocuidad de este mero formalismo.

Prieto Castro (Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo II, 1.^a entrega, Madrid, 1952, pág. 139), considera "ridícula, pero peligrosísima", la exigencia del bastanteo, elogiando aquellas Ss. de 12 de julio de 1902 y 19 de febrero 1892, que estimaron no ser necesaria en aquellos casos en que se acude a Procurador sin estar prescrita obligatoriamente su intervención.

Si como previene la L. E. C. la suficiencia del poder está sometida a la censura de la parte contraria (arts. 533-3.^a y 1.693-2.^a), parece más correcta la doctrina de la S. de 10 de marzo de 1962, conforme a la cual comparecido en primera instancia el Procurador del demandante con un bastanteo sin firma, era necesario para el éxito del recurso de injusticia notoria, amparado en el artículo 136, causa 2.^a L. A. U., aparte de la indefensión que tal precepto exige que se hubiese recurrido contra la providencia que tuvo a dicho Procurador por parte, conforme al artículo 1.696 L. E. C.

La estimación de oficio se puede estimar como excesivo formalismo, pudiendo citarse a este respecto el preámbulo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa: "La Ley considera que los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la Justicia; no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma". Igualmente sobre materias análogas de nuestro ordenamiento procesal es interesante, "La actualización y la coordinación de las Leyes de Justicia como factores para el desarrollo", discurso inaugural del curso 1962-1963, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por Prieto Castro. (Izquierdo)

9. ACUMULACIÓN IRREGULAR: ACUMULACIÓN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *No sólo está vedada la acumulación de los autos que estén concluidos para sentencia (art. 165, L. E. C.), sino también la de los que estén en periodo de ejecución de sentencia firme, no siendo por ello admisible recurrir a una artificiosa acumulación para hacer efectiva en la ejecución de una sentencia los derechos reconocidos en otra.* [S. 8 de mayo de 1963; ha lugar.]

Quien había obtenido una sentencia favorable en determinado pleito, solicitó y obtuvo se le tuviera por parte en la ejecución de otro en el que no había intervenido y que se había sustanciado exclusivamente entre las heredades de aguas que él demandó, "en los particulares necesarios para que tengan efectividad los derechos que le han sido reconocidos en la sentencia dictada..."

El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por dichas heredades con fundamento en la doctrina extractada, o sea, no ser momento procesal oportuno para la acumulación. No parece, en cambio, que sea enteramente correcta la doctrina mantenida en el penúltimo considerando que niega al actor la legitimación para solicitar la acumulación aun en el momento procesal oportuno, porque «sólo puede decretarse a instancia de parte legítima, y el actor mencionado está visto que no lo fue en el primer pleito». El artículo 160 L. E. C. en su párrafo 1.º, establece efectivamente, «la acumulación de autos sólo podrá decretarse a instancia de parte legítima», pero en el párrafo 2.º, aclarando el anterior se preceptúa que «lo serán para este efecto los que hayan sido admitidos como partes litigantes en cualquiera de los pleitos cuya acumulación se pretenda».

(Izquierdo)

10. POBREZA: FALTA DE LEALTAD EN EL SOLICITANTE: *Se sanciona la ocultación maliciosa, que se presume siempre con repercusión en la situación económica, con la denegación del beneficio.* [S. 4 de octubre de 1963; desestimatoria.]

El solicitante falta a la realidad en algunos hechos tan esenciales como decir que recibía ayuda económica de un hijo, que vivía en compañía de su esposa y otros, que la prueba practicada acreditó ser inciertos, lo que privó al juzgador de elementos esenciales que vedaron se llegara a la necesaria convicción sobre su situación económica.

11. RECLAMACIÓN DE RENTAS ARRENDAMIENTO URBANAS: PROCEDIMIENTO IDÓNEO: *La obligación de pago en los arrendamientos urbanos debe ser exigida en el juicio ordinario que por su cuantía corresponda, no siendo cauce procesal idóneo el previsto en el capítulo XII de la LAU para los procesos arrendaticios de dicha ley. La referencia de la LAU, a la obligación de pago, es a los solos efectos de constituir antecedente para la regulación del derecho del arrendatario a desistir del arrendamiento antes de la expiración del plazo pactado* [S. 28 de septiembre de 1963; ha lugar].

NOTA: Son ya cuatro las sentencias del Tribunal Supremo—con la indicada las de 11 de mayo, y 4 y 19 de octubre 1963— que forman la doctrina legal sobre la materia; esta acertada jurisprudencia ha venido a disipar el confusiónismo provocado por la errónea opinión de algún comentarista que no acertó a ver el exacto alcance de la norma del artículo 56 de la LAU, a que se refiere la última parte de la máxima jurisprudencial transcrita y que estimó aplicables a las acciones de reclamación de rentas los cauces procesales del capítulo XII de la LAU. Debe notarse que el recurso que dio lugar a la sentencia anotada se formalizó por la vía de la causa 2.ª de injusticia notoria —quebrantamiento de formalidades esenciales del juicio causante de indefensión—, vía que, un tanto forzosamente —pues la indefensión es muy relativa—, es la única hábil para formalizar el recurso. La sentencia del Tribunal Supremo declara nulo lo actuado en las instancias y remite a las partes al procedimiento adecuado imponiendo al actor las costas de la primera instancia.

(J. P. R.)

12. JUICIO DE DESAHUCIO: FINALIDAD: ÁMBITO DEL JUICIO: *El desahucio, tiene como finalidad fundamental la recuperación, por el arrendador, de la posesión de hecho; sólo pueden debatirse en él las cuestiones que afectan al título invocado por el actor y las que atañen al demandado como incurso en la causa*

de lanzamiento alegada. Sólo procede el desahucio cuando entre las partes no hay más vínculo que los derivados del arrendamiento o de la situación de ocupación en precario y la causa alegada no sea ambigua, compleja u oscura; no obstante la jurisprudencia admite la proposición y discusión de cuestiones que, relacionadas con el derecho del arrendador para desalojar la finca o del arrendatario para oponerse, estén tan íntimamente relacionadas con el arrendamiento que constituyan supuesto indeclinable de la resolución.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA: ALCANCE: *No obsta al desahucio, por falta de pago, de una industria el que, con anterioridad al desahucio, el arrendatario diera unilateralmente por extinguido el arriendo de industria, pero afirmando querer conservar el local manteniendo un vínculo de arriendo referido sólo a dicho local.*

DEPÓSITO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: *La cantidad depositada por el recurrente, en la parte en que exceda de la debida, debe ser devuelta al mismo, aunque el recurso no prospere. [S. 31 de octubre de 1963; no ha lugar.]*

13. RECONOCIMIENTO DE DERECHO ARRENDATICIO DERIVADO DE CESIÓN CONSENTIDA: LEGITIMACIÓN PASIVA: ADECUADA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL: *Si bien la acción que afecta a varios ha de dirigirse contra todos ellos, el demandante está excusado de dirigir su demanda contra aquellos que, antes de iniciarse el procedimiento, manifestaron su asentimiento al hecho que constituía el fundamento básico de la demanda. Es doctrina reiterada que ningún precepto legal obliga a citar al antiguo arrendatario que, por su espontánea voluntad, dejó de serlo por virtud de un contrato de cesión.*

PROCESOS ARRENDATICIOS: PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: *El requisito de pago o consignación sólo es aplicable a los procesos en que se debate la resolución del contrato y que llevan como consecuencia el desalojo de los demandados. [S. 31 de octubre de 1963; ha lugar.]*

NOTA: El Tribunal Supremo al dar lugar al recurso, resuelve sobre el fondo, en funciones de instancia, y estima la demanda, declarando al actor arrendatario por cesión consentida y condenando al propietario a extender los recibos de renta a nombre del demandante.

14. OBRAS INCONSENTIDAS: ACTOS CLANDESTINOS: INDETERMINACIÓN EN LA DEMANDA: *Si el arrendador no tiene un medio normal para conocer con precisión las obras que en el interior del local se hayan producido en la clandestinidad, no se le puede exigir que al formular la demanda las concrete, bastando con que las denuncie en términos generales. [S. T. S. 11 de octubre de 1963; no ha lugar.]*

15. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Dada la naturaleza formal del recurso de injusticia notoria, similar al de casación, se ha de redactar ajustado fielmente a las normas que lo regulan, de tal forma que su omisión, lo que ocurre cuando no se cita la causa del art. 136 LAU en que*

se ampara, implica defecto de inadmisión, que, a su vez, lo es de desestimación.

DEPÓSITO PARA RECURRIR CONSTITUIDO POR AYUNTAMIENTO: *Habiendo constituido el ayuntamiento recurrente depósito ad cautelam, y estando exceptuado de su constitución por el art. 661, núm. 4, de la Ley de Régimen Local, debe accederse a lo solicitado en el otro sí del escrito de formalización, acordando la devolución de dicho depósito.* [S. 16 de marzo de 1963; desestimatoria.]

16. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Omitir expresar el concepto por el que se estima cometida la infracción, no obstante prevenirse en el último párrafo del art. 136 LAU vigente que necesariamente habrá de expresarse con claridad y precisión el concepto por el cual se estime cometida la infracción, además de citarse con precisión y claridad la causa o causas en que se fundamente, ocasiona la desestimación del recurso, dado el carácter rigurosamente formalista del mismo.* [S. 6 de abril de 1963; desestimatoria.]

17. INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *No citar con claridad y precisión la causa, de las cuatro que establece el art. 136 LAU, en que el recurso se fundamenta, y señalar dos conceptos contradictorios, es decir, la aplicación indebida y la inaplicación, por los que se estima cometida la infracción, constituyen defectos formales que dado el rigor formal que se exige en el cumplimiento de los requisitos de este recurso extraordinario, obligan a desestimarlo.* [S. 28 de septiembre de 1963; desestimatoria.]

18. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *No citar la causa, de las cuatro que comprende el art. 136 LAU, en que se fundamenta el motivo del recurso, ni expresar el concepto por el cual se estime cometida la infracción, esto es, si por violencia, interpretación errónea o aplicación indebida, constituye defecto que, por sí solo, impone la desestimación del recurso.* [S. 3 de julio de 1963; desestimatoria.]

El T. S. no entra a examinar cuatro de los cinco motivos de que constaba el recurso, por el defecto formal señalado; examinó, sin embargo, el motivo restante, aunque en él "tampoco se cita la causa en que se funde, si bien al alegarse el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, cabe estimar que se ampara en la causa cuarta del art. 136 LAU". (J. G. Y.)

19. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: ERROR MECANOGRÁFICO DE TRANSCRIPCIÓN: *Involucrar sin discriminación alguna los tres conceptos de infracción, a saber: violación, interpretación errónea y aplicación indebida, constituye defecto que, por sí solo, impone su desestimación, que también vendría impuesta en todo caso, pues el motivo se basa exclusivamente en un simple error mecanográfico padecido en el fallo de la sentencia impugnada, al decir que quien ha realizado las obras ha sido el arrendador.* [S. 26 de abril de 1963; desestimatoria.]

20. DEFECTOS DE FORMA DEL RECURSO: VÍA DE IMPUGNACIÓN: Tanto el artículo 148 LAU vigente, como los arts. 1.566 y 1.567 LEC, que son su antecedente y complemento, exigen el cumplimiento por el recurrente de requisitos de carácter procesal, puesto que se refieren a presupuestos o elementos integrantes de la forma de los recursos, y sus efectos, como el tenerlos por desiertos, son típicamente procesales.

La infracción del art. 148 LAU únicamente puede combatirse por el cauce del art. 136 que la misma ley señala como adecuado, que es el de la causa segunda, reservada al quebrantamiento de forma; la alegación de una causa que no sea la pertinente priva al recurso de la claridad y precisión exigidas por el mismo precepto legal, defecto agravado, en el presente caso, por no haberse citado el concepto en que ha sido cometida la infracción, por lo que procede su desestimación. [S. 16 de abril de 1963; desestimatoria.]

21. PRECARIO: REQUERIMIENTO: El art. 1.565, núm. 3.º LEC no señala forma determinada a la que deba sujetarse el requerimiento y produce sus efectos el hecho en forma notarial, si el receptor de la copia simple del mismo, dependiente del requerido, se la entregó al día siguiente al destinatario, aunque el notario no advirtiera al receptor, para que hiciese llegar la citada copia al demandado.

PRECARIO: CUESTIONES COMPLEJAS: No es admisible que por la simple alegación de una arbitraria complejidad de relaciones jurídicas entre las partes, opuesta por el demandado sin base probatoria suficiente, se haya de desestimar la demanda remitiendo al demandante, que ha acreditado cumplidamente los requisitos legales, a un juicio ordinario. [S. 12 de junio de 1963; no ha lugar.]

22. REQUISITOS DEL RECURSO: El recurso de casación sólo procede contra la parte dispositiva de la sentencia recurrida y según reiterada jurisprudencia no se da contra los Considerandos y sus razonamientos —salvo que la parte dispositiva se justifique únicamente por los fundamentos impugnados— ya que para que la casación se produzca ha de ser infracción acusada, efectiva y causal.

SUPLENTE DE LA DEMANDA DISYUNTIVO: La forma dubitativa en el planteamiento de la demanda, merma el derecho de la parte demandada y quebranta el principio de la igualdad de liti.

PRUEBA: Las motivaciones por error de derecho en la apreciación de la prueba no pueden ser acogidas cuando no citen como infringida ninguna norma valorativa. [S. 29 de noviembre de 1963; desestimatoria.]

23. RECURSO DE CASACIÓN: INCONGRUENCIA: CONSIDERANDO HIPOTÉTICO: Aunque conforme al principio "iura novit curia" el juzgador no tiene que ajustarse a las alegaciones de carácter jurídico hechas por las partes, pudiendo basar su resolución en fundamentos distintos, dicha facultad limitada estrictamente a las cuestiones de Derecho, no autoriza a dictar los fallos fundándose en hechos no alegados ni objeto de prueba, ni a discurrir

en hipótesis, siendo práctica viciosa reforzar su argumentación con el planteamiento de cuestiones hipotéticas, si bien, dado que el recurso de casación sólo procede contra la parte dispositiva de la sentencia y no contra los considerandos que no sean premisa obligada de aquélla, es desestimable el formulado por incongruencia contra un considerando que discurre en hipótesis para reforzar la argumentación. [S. 12 de junio de 1962; no ha lugar.]

24. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: MOTIVOS: "NUMERUS CLAUSUS": *El dar curso a una demanda sin la firma del letrado no constituye uno de los motivos de casación por quebrantamiento de forma, los cuales se rigen por el principio de numerus clausus, no admitiéndose más que los enumerados en el art. 1.693 LEC sin que puedan ampliarse por analogía.*

FALTA DE PERSONALIDAD EN EL ACTOR O SU PROCURADOR: *La falta de firma de letrado en la demanda, si bien guarda analogía con el defecto de falta de personalidad del núm. 2.º, art. 1.963 LEC no puede confundirse con él como declaró la sentencia de 3 de octubre de 1953.*

FALTA DE EMPLAZAMIENTO: *Tampoco puede equipararse a este defecto, pues sólo cabe respecto del demandado y no del actor, únicamente aprovecha a la persona a quien afecta, y es subsanable por su intervención en los autos.*

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *La falta de firma de letrado no priva de competencia territorial al Tribunal ante el cual se presentó, el cual en todo caso la hubiera adquirido por otorgársela el demandado al no haber propuesto en forma la declinatoria. [S. 29 de octubre de 1963; no ha lugar.]*

25. DENEGACIÓN DE PRUEBA: *Está bien denegada la prueba, tanto en una como en otra instancia, cuando el proponente descuidó la previsión necesaria para que pudieran cumplirse las actuaciones, plazos y dilaciones exigidos por la ley, lo que ocurre cuando, concedido un término de treinta días, el proponente dejó transcurrir en la inacción veinticuatro tratándose de una prueba, como la pericial, que necesita tres días para contestar sobre su pertinencia o ampliación y otros tantos, como mínimo, para notificaciones, designación y aceptación de peritos, con lo cual se reveló como imposible desde su proposición el cumplimiento de trámites inexcusables e insuficiente para la previsible insaculación, sin que pueda servir de excusa la conveniencia de completar una prueba anterior de la misma clase, pues pudo también preverse subsidiariamente el oportuno cuestionario.*

RECONOCIMIENTO JUDICIAL: *El reconocimiento judicial no puede servir para demostrar el error de hecho cometido al valorar la prueba, porque no tiene en la ley la consideración de prueba documental ni pericial. [S. 26 de junio de 1963; desestimatoria.]*

26. CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: DENEGACIÓN DE PRUEBA: *La denegación del recibimiento a prueba en segunda instancia, basado en hechos nuevos surgidos como resultado de la prueba pericial, no produce quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, cuando tales hechos no tienen*

el carácter de nuevos, que se pretende, y se limitan a significar un resultado más o menos de una prueba practicada en forma y con todos los requisitos legales, máxime si se tiene en cuenta que tal prueba pericial fue examinada por el Tribunal a quo, en conjunción con las restantes practicadas, y que, en todo caso, su resultado, es de la libre apreciación del Tribunal. [S. 14 de junio de 1963; desestimatoria.]

27. CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD: *La falta de personalidad en el demandado consiste en que ésta no tenga el carácter y representación con que se le demanda, circunstancia meramente procesal que no puede confundirse con la falta de derecho o acción (que es la invocada al afirmar en el período de discusión que, por no haber contratado con el actor, nada le debía) y que nunca puede dar lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma.*

DEFECTOS FORMALES: *Dado el rigor formal de este recurso, son requisitos indispensables para que prospere: la cita del precepto infringido del que resulte la falta de carácter o de representación, señalar qué formalidades esenciales del juicio se han quebrantado y determinar la causa en que consista la infracción y con cuya negativa se haya producido indefensión, además de la cita del número del art. 1.693 LEC en que se apoye. [S. 14 de noviembre de 1962; desestimatoria.]*

28. RECURSO DE CASACIÓN: PERSONALIDAD Y LEGITIMACIÓN: *La falta de legitimación corresponde a la carencia de título o causa de pedir y es cuestión de fondo no pudiendo alegarse por la vía del quebrantamiento de forma. La falta de personalidad afecta a las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no tener el carácter o representación con que se le reclama. [S. 25 de octubre de 1963; no ha lugar.]*

29. CASACIÓN: RIGOR DE FONDO Y FORMA: *El recurso de casación, al estar presidido por el interés público, está sujeto al rigor formal que campea en su régimen procesal, dado que, dirigido a conseguir sus fines propios, con indudable preferencia sobre los más secundarios que los particulares puedan perseguir, si, por un lado, limita extraordinariamente los poderes del organismo jurisdiccional, obligado a decidir dentro del círculo que el recurso le traza, y que no le es posible rebasar, por otro condiciona acuciosamente la actividad de las partes para impedir que se frustren aquellos supremos designios.*

DEFECTOS FORMALES: *Es inadmisibile el recurso basado en supuesto de hecho inexacto, y el formulado con vaguedad, por ser necesario que cada motivo fije el alcance de las pretensiones que en él se deduzcan y el que deba atribuirse a las resoluciones recaentes al mismo. [S. 26 de octubre de 1962; desestimatoria.]*

30. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *El escrito de interposición ha de contener la totalidad de requisitos; toda causa de inadmisión, en trámite*

de decisión se convierte en causa de desestimación; ha de expresarse con precisión y claridad la ley o doctrina legal que se crea infringida, y el concepto en que lo hayan sido; si son dos o más los fundamentos o motivos han de expresarse en párrafos separados y numerados. [S. 6 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

31. CASACIÓN: De conformidad con el párrafo 2.º del art. 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reiterada jurisprudencia, los conceptos "violación y aplicación indebida" y "violación e interpretación indebida" han de expresarse o tratarse por separado, por así exigirlo el rigor formal de la casación. [S. 1 de julio de 1963; no ha lugar.]

32. DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: VIOLACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA DE NORMAS: La alegación conjunta y simultánea del aspecto positivo y negativo de la violación, sin observar la prevención formal del párrafo 2.º del art. 1.720 Ley de Enjuiciamiento Civil entraña vicio en el planteamiento del recurso; y lo mismo cuando se emplea la fórmula "por violación y falta de aplicación".

ERROR DE HECHO: No son documentos auténticos los privados carentes de adveración, y los no reconocidos. [S. 18 de mayo de 1963; no ha lugar.]

Es notable el segundo Considerando de esta sentencia porque el T. S. parece trata de adoctrinar a los recurrentes para que no incurran en los defectos formales tan frecuentes; para ello procede a un minucioso análisis del concepto de violación y de sus diferentes aspectos. Por su valor intrínseco lo transcribimos:

"Ha de tenerse en cuenta: a) que la Ley emplea el término "violación" como concepto específico dentro del genérico de infracción, y es, a su vez, distinto de los otros dos a que se refiere el núm. 1.º del art. 1.692 debiendo entenderse que la "violación" se refiere a la propia existencia y aspectos extrínsecos de la norma; la "interpretación" a la indagación de sentido o contenido intrínseco de la misma, y la "aplicación" a la subsunción en ella de los hechos contemplados en el proceso; b) que en la "violación" cabe distinguir un aspecto simplemente "negativo" que implica el desconocimiento y subsiguiente inaplicación de la norma, por parte del juzgador, y otro "positivo" en que la norma, si bien es contemplada, se vulnera por diferentes motivos, anteriores e independientes de la indagación de su sentido íntimo, bien aquéllos afecten a su "obligatoriedad" al determinar si la norma, en cuanto a su fuerza como tal, es proyectada, promulgada, vigente, caducada, abrogada, derogada, prorrogada, suspendida o restablecida; se refieran al "ámbito" de la norma, en cuanto a su adaptación a las personas o a las circunstancias ordinarias o extraordinarias, en relación con el lugar, tiempo, o negocio jurídico de que se trate; o bien afecten a las "relaciones" o consideraciones de la norma contemplada, frente a otras, fijando según su rango el carácter que quepa atribuirle como preferente, excepcional, complementaria, supletoria o subsidiaria; o trate de fijar la propia índole del precepto como prohibitivo, imperativo, facultativo o permisivo, AUN CUANDO ESTE PUNTO, EN REALIDAD, ROCE YA O ENTRE DE LLENO, según los casos, en el aspecto o motivo independiente de la "interpretación" de la norma". (G. G. C.)

II. SENTENCIAS DE SUPPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

I. Derecho civil

1. LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *No puede alegarse como motivo del recurso, la infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues es de tener en cuenta que en nuestro Ordenamiento la inscripción en el Registro de la Propiedad, salvo algunos supuestos excepcionales, como la hipoteca, no tiene efectos constitutivos de derechos, suponiendo aquélla, solamente, una presunción "iuris tantum" de la legitimidad, y, en consecuencia, no significa infracción de dicho precepto la declaración de hechos probados que por el juzgador de instancia se hizo respecto a la propiedad del piso objeto de la litis, atendiendo, en uso de su soberanía en la apreciación de las pruebas, a elementos probatorios extraños al Registro inmobiliario.* (S. 16 de enero de 1964; no ha lugar.)

2. SUBARRIENDO: NOTIFICACIÓN: REQUISITOS: *El hecho de omitir los nombres de los dos huéspedes no supone infracción del art. 18 de la LAU.* (S. 22 de enero de 1964; no ha lugar.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: CAUSA: PROPIA NECESIDAD: *El hecho de cumplir la edad reglamentaria para la jubilación, es causa de necesidad, para denegar la prórroga de la vivienda propia arrendada.*

PROPIA NECESIDAD: CONCEPTO: *La necesidad para denegar la prórroga obligatoria del arrendamiento, no puede identificarse con la que se precisa en las leyes naturales, sino que se ha de referir a situaciones del hombre impuestas por las circunstancias ajenas a su voluntad, pero, sin embargo, precisas para poder realizar el fin lícito y útil que requiere el normal desenvolvimiento de su vida.* (S. 27 de diciembre de 1963; ha lugar.)

NOTA: Esta sentencia hace una completa síntesis de la doctrina jurisprudencial, que interpreta la situación de jubilación como causa de propia necesidad a efectos de denegación de prórroga.

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: *La preferencia otorgada a los funcionarios públicos, por su condición de tales, es independiente de su situación familiar.* (S. 9 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

5. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: DECLARACIÓN DE RUINA: *Es procedente la reso-*

lución del contrato, cuando mediante el informe pericial del arquitecto se infiere que el inmueble, por su estado de vejez, ofrece un verdadero peligro, aunque no haya mediado la declaración administrativa oficial de ruina. (S. 2 de octubre de 1963; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALIZACIÓN: *Si un litigante solicita el reconocimiento de su carácter arrendatario de la cosa sin indicar en la súplica en virtud de qué título, pero expresando en las razones de pedir cual fuere el mismo, solicita con sujeción a lo plasmado en lo primero, completado con lo segundo. (S. 27 de enero de 1934; no ha lugar.)*

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERÉ RALUY

1. Derecho civil.

1. JURISPRUDENCIA: *Las sentencias de las Audiencias Territoriales no constituyen jurisprudencia.* (S. 29 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias dictadas por las Audiencias Territoriales no constituyen doctrina legal.* (S. 5 de julio de 1963; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NECESIDAD: *La necesidad es un concepto jurídico revisable en suplicación.* (S. 24 de octubre de 1963; ha lugar.)

4. VENTAS DE CASAS POR PISOS: RESTRICCIONES ESTABLECIDAS EN DEFENSA DE LOS DERECHOS ARRENDATICIOS: *De no respetarse el orden de prelación establecido en el artículo 54 de la LAU, en relación con el 64 de la propia Ley, sería fácil vender el piso del inquilino más necesitado de tutela para que el adquirente pudiera luego, libremente, denegar la prórroga de su arriendo.* (S. 31 de mayo de 1963; no ha lugar.)

5. SUBROGACIÓN INTER VIVOS EN EL ARRIENDO DE VIVIENDA: ABUSO DE DERECHO: DISPONIBILIDAD DE DOS VIVIENDAS: *Procede la resolución del arriendo si el inquilino, con abuso de derecho, y para eludir la prohibición de tenencia innecesaria de dos viviendas, subroga en su titularidad arrendaticia a un hijo menor, al que emancipa y se traslada con él a otra vivienda, pretendiendo conservar la anterior.* (S. 25 de octubre de 1963; no ha lugar.)

6. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA MORTIS CAUSA: PLURALIDAD DE TRANSMISIONES: *La pluralidad de sucesivas transmisiones "mortis causa" del derecho arrendaticio, no se estableció hasta la LAU de 1946. El Decreto de inquilinato de 1931 autorizó a la familia del inquilino a suceder a éste, pero no la sucesión de los familiares del sucesor.* (S. 14 de octubre de 1963; ha lugar.)

7. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE VIVIENDA: CONVIVENCIA EN EL PISO OBJETO DE LA SUBROGACIÓN: *No desvirtúa el requisito de convivencia el hecho de que la inquilina falleciera en el hospital al que había sido trasladada transitoriamente, ya que ello no supone que dejara de estar domiciliada en su vivienda, en la que venía conviviendo con su hija.* (S. 7 de octubre de 1963; no ha lugar.)

8. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA EN EL ARRIENDO DE VIVIENDA: REQUISITO DE CONVIVENCIA: *La convivencia, a efecto de la subrogación, no es preciso que*

sea material y constante. No quiebran la convivencia, las ausencias esporádicas de mayor o menor duración ni las ausencias por razón de enfermedad. (S. 20 de junio de 1963; no ha lugar.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: BENEFICIARIO, PROPIETARIO DE OTRA FINCA: *No obsta a la denegación de prórroga por necesidad, el que la hija, para quien se pide el piso, sea propietaria de otros inmuebles, dada la facultad de elección que se concede respecto a viviendas situadas en distintas fincas. (S. 4 de octubre de 1963; no ha lugar.)*

NOTA: Claro es que tal doctrina sólo es aplicable si la vivienda propiedad del beneficiario de la denegación de prórroga no se halla a la disposición de éste, para su ocupación, ya que en este caso faltaría la necesidad.

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *El hijo casado tiene derecho, en cualquier tiempo, a poner fin a la convivencia con sus padres. (S. 17 de octubre de 1963; ha lugar.)*

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *El hijo tiene derecho a vivienda independiente, aunque en la del padre haya bastantes habitaciones para el primero.*

ACCIÓN IMPUGNATORIA DE LA ENAJENACIÓN DE LA VIVIENDA: *No cabe oponer a la acción denegatoria de prórroga por necesidad, el ejercicio de una acción impugnatoria de la transmisión de la propiedad del piso —con base en el artículo 53 de la LAU—, si la demanda impugnatoria, presentada después de la práctica del requerimiento denegatorio de prórroga, se halla paralizada, sin haberse practicado el emplazamiento, por no haberse celebrado el acto de conciliación. (S. 27 de mayo de 1963; no ha lugar.)*

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DESEO DE VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Puede ejercitar la acción denegatoria de prórroga, por necesidad, el que carece de vivienda propia, habitando con su mujer e hijos en el piso de su padre.*

DOCTRINA LEGAL: *Una sola sentencia de una Audiencia Territorial no constituye doctrina legal. (S. 30 de septiembre de 1963; no ha lugar.)*

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Toda familia independiente tiene derecho a recabar una vivienda de su propiedad para gozar de hogar independiente, no enervándose el derecho, porque se aplaze el ejercicio de la acción para conseguirlo.*

ABUSO DE DERECHO: *No incurre en abuso de derecho quien deniega la prórroga para proporcionar habitación a su hija. (S. 17 de junio 1963; no ha lugar.)*

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CARENCIA DE VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Quien habita como subarrendatario, con su esposa e hijos, en*

vivienda ajena, tiene derecho a denegar la prórroga al inquilino de una vivienda de la propiedad propia. (S. 29 de enero de 1963; no ha lugar.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: ANTERIOR ABANDONO DE VIVIENDA POR EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *No es obstáculo a la denegación de prórroga el que el beneficiario de la misma hubiera abandonado y arrendado a un tercero, la vivienda de que disponía, si éste hecho ocurrió hace diez años, pues puede haber circunstancias que hagan imposible la convivencia de dicho beneficiario con las personas en cuya compañía ha vivido durante esos diez años.* (S. 17 de enero de 1963; ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRECISIÓN DE DESALOJAR LA ANTERIOR VIVIENDA: *No puede considerarse que se halle obligado a desalojar la vivienda "por causa independiente de su voluntad" el beneficiario de la denegación de prórroga que se ve desalojado de su anterior vivienda por haber realizado en la misma obras de cambio de configuración sin consentimiento del arrendador de la misma.* (S. 8 de abril de 1963; ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD BASADA EN EL DESALOJO FORZOSO DE ANTERIOR VIVIENDA: *No es preciso, para acreditar la necesidad en que se halla el beneficiario de la denegación de prórroga de desalojar la vivienda que ocupa, que se haya dictado contra el mismo sentencia de desalojo contra la que se hayan utilizado todos los recursos legales.* (S. 21 de octubre de 1963; no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PROYECTO DE MATRIMONIO COMO CAUSA DE NECESIDAD: *No es preciso que el matrimonio cuyo proyecto se invocó como causa de necesidad se haya contraído durante el plazo de preaviso* (S. 20 de mayo y 10 de octubre de 1963; no ha lugar.) También una S. de 14 de diciembre de 1963 dice que basta para la denegación de prórroga el proyecto formal de contraer matrimonio.

NOTA: Frente al criterio de las anteriores sentencias, compartido por la generalidad de las resoluciones dictadas en los últimos años por las diversas clases de órganos jurisdiccionales y por el propio Tribunal Supremo —SS. de 20 de diciembre de 1956, 15 de febrero de 1958, 27 de febrero de 1959 y 1 de julio de 1959— una reciente sentencia de este Tribunal —23 de octubre de 1963— afirma que el matrimonio que se invoque como causa de necesidad ha de haberse contraído al término del plazo de preaviso.

19. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CAMBIO DE CLIMA: *No basta con alegar el propósito de cambiar de residencia, por necesidad de cambio de clima impuesto por razones sanitarias, si no se prueba tal hecho.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PROPÓSITO DE CONTRAER MATRIMONIO: *No basta para justificar la denegación de prórroga por necesidad con la afirmación de que se va a contraer matrimonio, si no se prueba tal hecho, testificante, y mediante el expediente matrimonial, entre otras pruebas.* (S. 21 de enero de 1963; no ha lugar.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: *No ha lugar a la selección de inquilinos si en el inmueble sólo hay dos viviendas y una de ellas no es apta para satisfacer la necesidad que se trata de cubrir con la denegación de prórroga del arriendo de la otra.* (S. 5 de junio de 1963; no ha lugar.)

21. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: *A efectos del orden de prelación, en la denegación de prórroga por necesidad, no cabe equiparar a los pensionistas con hijos de menores de edad, a los que convivan con nietos menores, sin demostrar que éstos dependan económicamente de sus abuelos.* (S. 15 de octubre de 1963; no ha lugar.)

22. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO DENEGATORIO: *No es defectuoso el requerimiento en el que se dice que en el inmueble hay una sola vivienda, si, aunque haya dos, la otra vivienda está ocupada por familia más numerosa.* (S. 2 de mayo de 1963; no ha lugar.)

23. INCREMENTOS DE RENTA: ACCIÓN RESOLUTORIA POR NEGATIVA AL PAGO DE INCREMENTOS: COSTAS: *Si el Juzgado afirma la improcedencia de la elevación pretendida, por haberse omitido en la notificación del incremento, la cita de la disposición legal que autoriza el mismo y el número de inquilinos constitutivo del divisor de prorrato, procede la imposición de costas al arrendador.* (S. 29 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

24. REDUCCIÓN DE LA RENTA ARRENDATICIA A LA CANTIDAD QUE SIRVE DE BASE A LA CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL: FECHA DE EJERCICIO DE LA NOVACIÓN: *La presentación de la demanda revisoria marca el inicio del ejercicio de la facultad de novar concedida al arrendatario por el artículo 103 de la LAU* (S. 5 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: SUPUESTA AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: *El hecho de que la renta aparezca incrementada no puede conceptuarse como prueba de la autorización expresa y escrita del subarriendo.* (S. 18 de octubre de 1963; no ha lugar.)

NOTA: Claro es que la sentencia se refiere a un incremento sin expresión de causa.

26. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: COEXISTENCIA DEL INQUILINO CON SU CONCUBINA Y TRES HIJOS DE ÉSTA HABIDOS CON TERCERA PERSONA: *Aunque no se compute la concubina, la convivencia, con el inquilino de los tres hijos habidos por aquélla con un tercera persona, sin que el arrendador diera su consentimiento, es causa de resolución.* (S. 27 de febrero de 1963; ha lugar.)

27. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: ALCANCE DE LA AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: *La autorización del arrendador para que el inquilino tenga como subarrendatarias a una hermana y una hija no autoriza a subarrendar la vivienda a un matrimonio con una hija (no parientes de la inquilina).* (S. 25 de enero de 1963; no ha lugar.)

28. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CADUCIDAD: *Si no se ha concretado el tiempo en que se produjo la cesión no es posible aplicar la norma sobre caducidad de la acción impugnatoria.* (S. 30 de mayo de 1963; no ha lugar.)

29. RESOLUCIÓN POR DAÑOS: DAÑOS NO DOLOSOS: *Si los daños ocasionados por el inquilino consistieron en unos agujeros producidos en la pared limítrofe con la vivienda contigua, al golpear dicha pared para que callaran los vecinos, produciéndose tales agujeros—que fueron inmediatamente tapados con cal y yeso—como consecuencia de la endeblez del tabique, no es procedente la resolución del arriendo pretendida por el arrendador con base en la causa 7.ª del artículo 114 de la LAU —daños dolosos—.* (S. 13 de mayo de 1963; no ha lugar.)

30. RESOLUCIÓN POR DAÑOS: *No procede la resolución si los desperfectos de la finca se originaron por hecho ajeno al arrendatario, aunque este último se opusiera a la reparación de los desperfectos una vez producidos éstos.* (S. 30 de septiembre de 1963; ha lugar.)

31. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: *No cabe la resolución por daños a la cosa arrendada si no se acredita que el arrendatario obró con la malicia e intención de producir el daño que caracteriza a la conducta dolosa.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: *Este recurso no constituye una tercera instancia* (S. 28 de octubre de 1963; no ha lugar.)

32. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: *Daño doloso es el causado con malicia o intencionalidad y no procede la resolución por el corte de un árbol realizado sin intención de dañar, sino de usar el inmueble según su destino.* (S. 18 de octubre de 1963; no ha lugar.)

33. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: *Constituye causa de resolución la partición de una habitación en dos por medio de un tabique, realizada por el inquilino sin consentimiento del arrendador.* (S. 18 de octubre de 1963; no ha lugar.)

34. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: PRESCRIPCIÓN: *Alegada la prescripción por el arrendatario, corresponde al mismo probar la fecha de realización de las obras.* (S. 23 de octubre de 1963; no ha lugar.)

35. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INMORALES: *La notoriedad afecta al carácter inmoral de la actividad y es independiente del conocimiento y trascendencia de tal actividad y del escándalo producido.* (S. 15 de octubre de 1963; no ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. ACCIONES ARRENDATICIAS: LEGITIMACIÓN DEL ARRENDADOR: *No obsta a tener por legitimado al actor, el hecho de que su adquisición del inmueble se halle pendiente de condición resolutoria (por haber adquirido con precio aplazado y cláusula de resolución para el supuesto de no llegar a completarse el pago del precio).* (S. 5 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

2. PROCESO ARRENDATICIO: COMPETENCIA: PROFESIÓN COLEGIADA: *Procede destimar la excepción de incompetencia basada en el ejercicio, por la inquilina, de profesión colegiada, ya que no reúne esta condición el ejercicio de peluquería de señoras realizado en una habitación de la vivienda.* (S. 12 de junio de 1963; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *En el recurso de suplicación sólo cabe el examen de infracciones de la LAU, no procediendo la censura de las que se aleguen del Código civil.* (Sentencia de 21 de mayo de 1963; no ha lugar.) Según sentencia de 3 de octubre de 1963 no cabe basar con éxito el recurso en la infracción de preceptos genéricos del C. c. como los artículos 1.214, 1.215 y 1.249.

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *Los preceptos materiales y procesales que no guardan relación inmediata y directa con derechos reconocidos en la LAU no son materia de este recurso.* (S. 7 de octubre de 1963; no ha lugar.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INFRACCIONES PROCESALES: *El recurso de suplicación no se da contra infracciones procesales.* (SS. 15 de febrero de 1963, 11 de diciembre de 1963 —relativa a efectos de postulación— y 22 de junio de 1963 —sobre infracción del art. 533, núm. 4 de la LEC). Análogamente Sentencia de 11 de octubre de 1963; no ha lugar.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No cabe plantear con éxito, cuestiones nuevas, en el recurso de suplicación.* (S. 11 de diciembre de 1963; no ha lugar.). Análogamente SS. de 8 y 14 de noviembre de 1963.

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *No es admisible el recurso en el que no se cita la infracción de un precepto o doctrina legal.* (S. 22 de octubre de 1963; no ha lugar.)

8. JUNTAS DE ESTIMACIÓN DE LA LAU: RECURSOS: *El auto por el que se acuerda la constitución de la Junta de estimación es apelable, siendo suplicable la resolución dictada resolviendo el recurso de apelación.* (S. 29 de abril de 1963; no ha lugar.)

3. 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. FACULTAD DEL ARRENDADOR DE INDEPENDIZAR SU VIVIENDA DE LA ARRENDADA: *No existe precepto legal alguno que impida al arrendador independizar la vivienda que es objeto de la locación, del resto del inmueble donde ésta radica, siempre que aquélla tenga los servicios necesarios, pues ello significa el exacto cumplimiento de la obligación que al propietario imponen los números 1.º y 2.º del art. 1.554 del Código civil.* (Sentencia de 31 de mayo de 1963; desestimatoria.)

2. SITUACIÓN DE CONVIVENCIA: CASUÍSTICA: *Si se estima probado que en la vivienda pretendida viven las codemandadas, hermanas políticas, así como un hijo de una de ellas y habida cuenta de las circunstancias personales que concurren en las ocupantes, su mayoría de edad, parentesco, una soltera y la otra viuda con un hijo, cuyo fallecido padre era hermano de aquélla, así como también el gran número de años que vienen ocupando conjuntamente la vivienda, es lógico deducir que entre esas personas existe una situación de convivencia.* (Sentencia de 2 de julio de 1963; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: INEFICACIA DEL REQUERIMIENTO PREVIO: NO PUEDE SUPLENIRSE POR EL JUZGADOR LA OMISIÓN DE CUALQUIERA DE LOS REQUISITOS CONTEMPLADAS POR EL ART. 65 LAU: *Se infringe dicho precepto si cuando se hizo el requerimiento existía en la finca una vivienda libre, cuya condición se silenció por el requirente al afirmar que estaba ocupada por él, así como también que éste disponía de otra en el pago de A., la que igualmente fue silenciada, pues la finalidad de la norma es la de que el inquilino, con el cabal conocimiento de los elementos que ha de contener la denegación de prórroga, sepa a qué atenerse frente a la pretensión del arrendador, sin que la omisión de cualquiera de aquéllos pueda suplirse por el Juzgador en el momento de dictar sentencia.* (Sentencia de 3 de abril de 1963; estimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: MOMENTO AL QUE ÉSTA DEBE REFERIRSE: *Las circunstancias de necesidad de las que hay que partir son las existentes en el momento del requerimiento y de la presentación de la demanda, sin que puedan admitirse las innovaciones, que con posterioridad a tales actos se ha intentado hacer.* (Sentencia de 23 de abril de 1963; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: NO HAY QUE EXPLICAR EL MOTIVO DE LA OBLIGADA RESIDENCIA DEL MATRIMONIO EN EL LUGAR DE SITUACIÓN DE LA FINCA: *Es válido el requerimiento, pues al invocar la arrendadora la necesidad*

originada por el matrimonio que se proponía contraer y concretar que la denegación se hacía al amparo de lo preceptuado en el art. 63, caso 2.º, apartado 3.º LAU, en aquél se contenían todos los elementos y se suministraban a la arrendataria todos los datos que le permitían adoptar la posición más conveniente a sus intereses, no habiendo, por tanto, necesidad de explicar el por qué había de residir dicho matrimonio en el lugar de situación de la finca. (Sentencia de 29 de abril de 1963; desestimatoria.)

6. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: FACULTAD DEL ARRENDADOR DE ELEGIR ENTRE AQUÉLLAS QUE CONSTITUYAN MEDIO ADECUADO A SUS NECESIDADES: *Las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1952 y 18 de octubre de 1955 interpretando el artículo 64 LAU, han establecido que no existe precepto alguno que impida al propietario de varias fincas elegir entre cualquiera de éstas la que juzgue más adecuada a la satisfacción de sus necesidades.* (Sentencia de 14 de mayo de 1963; desestimatoria.)

7. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: FALTA DE NOTIFICACIÓN EFICAZ: *Si el arrendador tuvo perfecto conocimiento del fallecimiento del titular arrendatario y de la subrogación de su esposa en lugar del mismo, aceptando tal subrogación al negociar el letrado de aquél con ella los aumentos legales de renta, que se habían autorizado en el período de tiempo que se indica en el recibo unido a los autos, es irrelevante negarle eficacia sin otro apoyo que no haberse producido la notificación expresa.* (Sentencia de 18 de mayo de 1963; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR RUINA: ACUERDO MUNICIPAL NO NOTIFICADO AL INQUILINO: VALOR DE LA CERTIFICACIÓN DEL SECRETARIO DEL AYUNTAMIENTO EN LA QUE SE CONSTATA LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE CON LA CONDICIÓN DE QUE EL PROPIETARIO REALICE DETERMINADAS OBRAS EN LA FINCA: *Está bien declarada la resolución por ruina si el acuerdo municipal no tenía el carácter de firme, con respecto al inquilino del inmueble al que no le había sido notificado, asistiéndole, por tanto, contra aquél los oportunos recursos legales, sin que sea obstáculo el que, en certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento, se constatará que la resolución recaída en el expediente sólo era firme "en las condiciones establecidas en el repetido acuerdo", salvedad con la que parece referir aludida firmeza al extremo por el que se acordó requerir a la propiedad para que ejecutara las obras necesarias de consolidación, al objeto de evitar los perjuicios que pudieran sobrevenir, condicionalidad que se corresponde con el particular de la misma resolución en el que se ordena la traslación del acuerdo al interesado, a sus efectos, refiriéndose al propietario; de todo lo cual se aprende, en definitiva, que éste tuvo los suficientes elementos para hacer las indagaciones precisas a fin de comprobar si la declaración de ruina, recaída en el expediente, había sido notificada al inquilino, sin que, por tanto, se haya desconocido en la sentencia el verdadero valor de la certificación, ni infringido los arts. 140 y 142 del Reglamento de Funcionarios de Administración Local.* (Sentencia de 17 de junio de 1963; desestimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *No es dable invocar en suplicación la no aplicación del abuso de derecho, pues lo que en tal recurso se permite es totalmente lo contrario, o sea, el supuesto de haberse aplicado por el Juez "a quo", aunque con error.* (Sentencia de 21 de mayo de 1963; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: POSIBILIDAD DE DEDUCIR CONSECUENCIAS JURÍDICAS DISTINTAS DE LOS HECHOS DECLARADOS PRUBADOS: *Si bien no cabe en el recurso de suplicación una nueva valoración de la prueba practicada, teniendo que partirse, por tanto, de los hechos que en la sentencia recurrida se dan como probados, esta vinculación no se extiende, sin embargo, a las consecuencias jurídicas que de tales hechos se hayan deducido por el Juzgado.* (Sentencia de 6 de mayo de 1963; estimatoria.)

3. DESAHUCIO: FALTA DE LEGITIMACIÓN "AD CAUSAM": ACCIÓN EJERCITADA EN PROPIO NOMBRE Y PARA SÍ POR UN MIEMBRO DE LA COMUNIDAD ARRENDADORA: *Está bien estimada la excepción de falta de legitimación de la actora, si la propiedad de la vivienda objeto de la resolución contractual no es, como afirmaba en la demanda, exclusiva suya, sino comunera, ya que aquélla pertenece a la sociedad conyugal y el contrato de arrendamiento lo hizo el marido, como representante legal de esa sociedad que al morir éste necesariamente tenía que disolverse; mas, en tanto se liquide continúa la comunidad y por ello no puede la esposa presentar como título de propiedad exclusiva el que fue para la sociedad de gananciales y afirmar, como hace, que acciona en su único nombre cuando ella misma prueba que es copropietaria y que carece de acción y como, aunque pudo no lo hizo, el postular para la comunidad, no existe infracción del art. 392 del C. c. en relación con los artículos 533, 1.564 y 1.566 LEC, por aplicación de la doctrina sentada en la sentencia del T. S. de 3 de abril de 1961.* (Sentencia de 3 de junio de 1963; desestimatoria.)

4. PROCESO DE RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: COSA JUZGADA: *Si en términos generales la sentencia dictada en juicio de desahucio no produce el efecto de cosa juzgada, en especial cuando se invoca una causa de necesidad, sin embargo, cuando la alegada en el segundo juicio es idéntica a la del primero, como ocurre en el presente caso, en el que también hay identidad de personas y cosas, es claro que, por esa identidad subjetiva, objetiva y causal existente entre los dos procesos, resulta de aplicación lo establecido por el art. 1.252 del Código civil.* (Sentencia de 20 de mayo de 1963; desestimatoria.)

5. CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: CASOS EN QUE NO OPERA: *El artículo 148 LAU, que tiene su antecedente inmediato en el 1.508 LEC, sólo recibe aplicación en los procedimientos en que se pronuncie el desahucio o resolución de un contrato de arrendamiento de finca urbana y consiguientemente el desalojo del local con entrega a la propiedad, circunstancias que*

no concurren en el caso de autos, en que sólo se persigue con la demanda la incomunicación de la vivienda que es objeto de la locación del resto de la casa donde radica. (Sentencia de 31 de mayo de 1963; desestimatoria.)

6. DENEGACIÓN DE RESOLUCIÓN POR RUINA: COSTAS: *Están bien impuestas las costas al demandante que pidió la resolución del arrendamiento con base en la declaración de ruina de la finca, contra la que cabían los recursos legales, pues es indudable que entonces el pronunciamiento correcto es el de desestimación de la demanda y no el de simple absolución de la instancia. (Sentencia de 17 de junio de 1963; desestimatoria.)*

4. 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. CESIÓN DE VIVIENDA A FAVOR DE VARIAS HERMANAS CONJUNTAMENTE, REALIZADA CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LAU 1946: *Quedó consolidada dicha cesión que no se notificó al arrendador durante la vigencia de la LAU de 1946, con el transcurso del plazo de caducidad prevenido en el art. 36 y aunque tampoco se legalizó al amparo de la Disposición Transitoria 8.ª de la Ley actual, ello sólo podrá producir —conforme al art. 4.º del Decreto de 28 de septiembre de 1956— la privación de ulteriores subrogaciones cuando ocurra el fallecimiento de las demandadas, sin que a la subrogación conjunta de éstas se oponga ningún precepto de la anterior Ley, como lo demuestra el contenido de los artículos 71 y 72 de la misma.* (Sentencia de 25 de octubre de 1963; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA ILEGAL: INICIO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN CUANDO LA ACCIÓN SE FUNDAMENTA EN EL INCUMPLIMIENTO DE LO PREVENIDO EN EL PÁRRAFO 2.º DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 8.ª DE LA LAU: *Aunque desde la muerte del primitivo arrendatario hasta la presentación de la demanda hayan transcurrido los quince años que señala el art. 1.964 del C. c. no puede prosperar la excepción de prescripción, porque la acción se ejercita con base en el párrafo 2.º de la Disposición Transitoria 8.ª, por no haberse notificado al arrendador cuál es la persona titular del arriendo, a virtud de subrogación, y el propietario inspecciona el aprovechamiento de su fundo a partir de la muerte del último ocupante, ocurrida el 4 de febrero de 1962, en cuya defunción se apoya la demandada para intentar la subrogación y, claro está, que desde entonces no ha transcurrido aquel plazo.* (Sentencia de 20 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO CONJUNTO Y ALTERNATIVO A DOS INQUILINOS Y POSTEROR DEMANDA CONTRA UNO SOLO DE ELLOS: *Aunque en el requerimiento previo se hiciera notificación a dos inquilinos y luego se dirigiera la demanda contra uno sólo de ellos, no se incurrió en defecto alguno porque bien claro aparece que se hacía elección, en primer lugar, de la vivienda del que luego resultó demandado, por ser a quien correspondía con arreglo a la Ley y según sus circunstancias y las del otro que también se hicieron constar, no habiendo nada en la Ley que lo impida, ni tal cautela influía en la situación jurídica de aquél que en cualquier caso no dependía de que el otro fuera o no demandado.* (Sentencia de 11 de octubre de 1963; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: DATOS DE CONSTANCIA NO NECESARIA: *No es indispensable expresar en el preaviso el plazo para el desalojo de la vivienda y la fecha en que su ocupación será necesaria, porque dicho acto, que no es de los que definen el derecho del arrendador, no es preciso que se haga saber por éste para que sea conocido del inquilino, con vista a su posterior actuación, ya que el mismo resulta del precepto legal y no puede ser otro que el de un año, salvo excepciones.* (Sentencia de 11 de octubre de 1963; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN; NECESIDAD DEL EJERCICIO REAL DE OFICIO O PROFESIÓN A ESTOS EFECTOS: *El demandado debió probar el efectivo ejercicio del oficio o profesión de copista por el que tributa, indispensable para posibilitar la conclusión de que la sección, clave de la demanda, era defectuosa.* (Sentencia de 26 de octubre de 1963; desestimatoria.)

6. NECESIDAD: LA LEY NO AMPARA SITUACIONES ARTIFICIOSAS: *Para crear el concepto jurídico de necesidad la Ley ampara aquellas situaciones de hecho producidas de una manera consecuente, no a las creadas artificialmente y como tales no reales.* (Sentencia de 20 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: INADECUACIÓN ENTRE EL REQUERIMIENTO PREVIO Y LA DEMANDA EN PUNTO A LA CALIFICACIÓN DEL DERECHO ALEGADO POR LA ACTORA SOBRE LA COSA ARRENDADA: *Supuesta la necesidad de que entre el requerimiento previo y la demanda se dé la debida adecuación, resulta intrascendente la leve diferencia, que en punto a la calificación de su derecho sobre la cosa arrendada expresó la demandante en uno y otro de los aludidos momentos, pues si allí se presentaba como propietaria —estando yacente la herencia de su marido titular de la propiedad, circunstancia que no impedía la actuación de cualquier heredero en su representación— en la demanda accionaba como copropietaria, una vez verificada la partición con sus dos hijos y en beneficio de la comunidad.* (Sentencia de 21 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR RUINA: ES COMPETENTE PARA DECLARAR ESTE ESTADO EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: *Los Tribunales Provinciales de lo Contencioso-administrativo (hoy Salas de igual denominación) tienen competencia, en vía de recurso contra resoluciones de los Ayuntamientos, para la declaración del estado de ruina de los inmuebles urbanos.* (Sentencia de 26 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CABE APOYARLO EN LA INAPLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO, MAS ENTONCES NO PUEDE DENUNCIARSE LA EQUIVOCADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *Sosteniendo que por no haberse aplicado la institución del abuso de derecho se conculcó el art. 9.º de la LAU, por el que se impone a Jueces y Tribunales desestimar las pretensiones que ante ellos se formulen con manifiesto abuso de derecho, cabe ciertamente la posibilidad del recurso de supli-*

cación con fundamento en infracción de Ley, sin que, por tanto, pueda denunciarse la equivocada valoración de la prueba. (Sentencia de 5 de noviembre de 1963: desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: DEBE ACREDITARSE LOS DE LA MENSUALIDAD QUE CORRESPONDA EN LA FECHA DE PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN, SEGÚN LA MODALIDAD PACTADA: *Interpuesto el recurso mediante escrito de 30 de mayo, presentado el 7 de junio siguiente y viniéndose abonando la renta por meses vencidos, la demandada debió acreditar el pago o la consignación de la correspondiente al mes de mayo que en esa última fecha había ya vencido. (Sentencia de 25 de octubre de 1963, declarando nula la providencia de admisión del recurso y firme la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia.)*

5. 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. AMBITO DE LA LAU EN RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN DE VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA: INTERPRETACIÓN DE SUS PRECEPTOS: *El apartado 3.º del art. 1.º de LAU solamente excepciona de la aplicación de su normativa el supuesto de que existan normas específicas en las Leyes especiales de construcción de fincas urbanas, contradictorias de los preceptos de aquélla, toda vez que estas Leyes, por ser de carácter circunstancial o de excepción, deben interpretarse restrictivamente.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR SUBARRENDAMIENTO NO NOTIFICADO FEHACIENTEMENTE AL ARRENDADOR: ABUSO DE DERECHO: *No le cabe al arrendatario recurrente alegar abuso de derecho, pues como reiteradamente tiene establecido el Tribunal Supremo, sólo cabe invocar esta institución jurídica en los casos "en que, a falta de protección legal de un interés patrimonial, se vea éste perjudicado por el ejercicio incivil y contrario a la equidad, de otro interés protegido ya como derecho, lo cual basta para rechazar su pertinencia —en un caso como el de autos— en que el arrendatario tiene reconocidos por la Ley unos derechos que no ha ejercitado, por no ajustar su conducta a las exigencias de los requisitos en la misma establecidos, cuyas consecuencias únicamente a él son imputables", como es el de no haber hecho la notificación fehaciente al arrendador.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

3. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: NOTIFICACIÓN FEHACIENTE EN CASO DE COTITULARIDAD DOMINICAL: *El aspirante a la subrogación cumple con practicar las averiguaciones necesarias sobre el extremo de la titularidad dominical, y entenderse con quién resulte ser uno de dichos titulares, máxime cuando la resolución recurrida no señala que a uno de ellos, conocido por la subrogada, incumbiese la representación como arrendador con respecto a la arrendataria.* (Sentencia de 15 de octubre de 1933; desestimatoria.)

4. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: ES VÁLIDA LA INTENTADA DENTRO DE PLAZO AUNQUE EL MATRIMONIO EN QUE SE FUNDAMENTA FUERA INSCRITO EN EL REGISTRO CIVIL TRANSCURRIDOS CINCO DÍAS DESDE SU CELEBRACIÓN, YA FALLECIDO EL INQUILINO: *No se puede negar la eficacia de esa subrogación, basándose en lo prevenido en el párrafo 3.º del artículo 76 del Código civil en relación con el 70 de la Ley de Registro civil, de que el matrimonio perjudica a los terceros interesados sólo desde que se inscribe, cuando la inscripción se solicite transcurridos cinco días desde la celebración, pues, aparte de que los efectos civiles del mismo con relación a las personas y bienes de los cónyuges*

e hijos, deben retroaerse, una vez practicada aquélla, al momento de su celebración y de que el arrendador carece de acción para discutir la eficacia jurídica de ese matrimonio, lo que la Ley trata de expresar, cuando habla de derechos adquiridos por terceros, es de su existencia y de que se hubieren adquirido con base en la buena fe y en la apariencia desprendida del Registro, circunstancias que no concurren en el presente caso; y ello, aun sin tener en cuenta que el arrendador interpuso la demanda sin dejar transcurrir los 90 días del plazo legal. (Sentencia de 17 de diciembre de 1963; desestimatoria)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO CONCURRE ABUSO DE DERECHO: CASUÍSTICA: *No existe abuso de derecho en la actuación del actor que reclama la vivienda para uso propio y adaptarla, dándole la amplitud que no tiene, necesaria para vivir el nuevo matrimonio con los padres, por ser notoriamente insuficiente y no reunir las condiciones higiénicas mínimas, la que viene ocupando. (Sentencia de 16 de enero de 1964; desestimatoria)*

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO EXISTE ABUSO DE DERECHO EN QUIEN LA PRETENDE ARREGLADAMENTE A LAS PRESCRIPCIONES LEGALES: *El propietario que necesita para sí la vivienda arrendada y cumple los requisitos y formalidades legales para la denegación de prórroga, fundada en tal motivo, no formula su pretensión con manifiesto abuso de derecho, porque frente al interés del inquilino de continuar en el arrendamiento, se opone el del actor en ocupar la vivienda con el fin jurídicamente válido y socialmente lícito de establecer su hogar, y en tal colisión de intereses y derechos ha de prevalecer el especialmente protegido, que en el presente caso es el del arrendador. (Sentencia de 30 de noviembre de 1963; desestimatoria.)*

7. NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Es causa de necesidad, el haber sido lanzada judicialmente la actora de la vivienda en que convivía con una hermana, habiendo tomado transitoriamente en arriendo otra, cuyo alquiler difícilmente podía soportar. (Sentencia de 28 de septiembre de 1963; desestimatoria.)*

8. NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Hay que declarar la situación de necesidad si el arrendador, por su condición de retirado, tuvo forzosamente que desocupar la vivienda militar a él asignada, trasladándose con su familia al piso ocupado por una hija casada, en espera de la resolución postulada, siendo indiferente que la vivienda de la hija sea o no de la propiedad del actor, pues sabido es que la convivencia no está impuesta, según reiteradísima doctrina jurisprudencial. (Sentencia de 30 de noviembre de 1963; desestimatoria.)*

9. NECESIDAD: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *No existe situación de verdadera necesidad en quien, hallándose obligado a ocupar pabellón oficial por razón de su cargo, prefiere tener su hogar familiar en un piso de un inmueble de su propiedad, del que forma parte también la vivienda litigiosa que pide para su hijo, sin que a ello obste que la asignación de aquél lo sea a título provisional —en tanto ostente el cargo—, pues es un aspecto de la cuestión que mira al futuro y no al presente, que es al que hay que atenerse en los problemas de necesidad. (Sentencia de 2 de noviembre de 1963; desestimatoria.)*

10. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN DEL NÚMERO PRIMERO DEL ARTÍCULO SESENTA Y TRES DE LA LAU: *No se puede desestimar la demanda en que se ejercita acción resolutoria por necesidad, con base en que al tiempo del requerimiento no tenía el matrimonio destinatario de la vivienda su domicilio en el lugar de enclave de la finca litigiosa, pues es precisamente ese dato de hecho el que determina el juego de la presunción primera del artículo 63 de LAU, cuando además, de la conjugación de todos los elementos probatorios, aparece patente la precisión, utilidad y licitud de domiciliarse los interesados en aquel término municipal.* (Sentencia de 16 de enero de 1964; estimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: A QUIÉN HA DE REFERIRSE EL AUMENTO DE LAS NECESIDADES FAMILIARES DEL ARTÍCULO SESENTA Y TRES, PARÁGRAFO DOS, APARTADO SEGUNDO: *El pronombre posesivo "sus", que en ese apartado se antepone al aumento de las necesidades familiares, refiere éste "a la persona para la que se reclama la vivienda", que figura en el encabezamiento del mencionado apartado, lo que indica que tan sólo se dará ese supuesto de excepción a la prórroga, cuando sean las necesidades familiares propias del que reclama la vivienda las que así lo exijan, pero nunca cuando se refieran a las de otra persona, arrendataria del piso, con quien convive el actor.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

12. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: SU CARÁCTER: *Como establece la sentencia del T. S. de 21 de febrero de 1950, el requisito del preaviso no es de carácter procesal, sino condición indispensable para la viabilidad de la acción, tan necesario a este fin como lo es el carácter de arrendador del demandante y la justificación de la necesidad de ocupar la vivienda: por consiguiente, no es presupuesto procesal, sino condición precisa para obtener una sentencia.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS CUYA MENCIÓN NO RESULTA NECESARIA EN EL REQUERIMIENTO: *Fundado el requerimiento denegatorio de prórroga en el futuro matrimonio de una hija del actor, la omisión del nombre del esposo y de las razones que le obligan a residir en la localidad no vician el acto intimatorio, siendo suficiente —como declara la sentencia de 2 de diciembre de 1959— su acreditamiento posterior en los autos.* (Sentencia de 31 de octubre de 1963; desestimatoria.)

14. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO EN EL QUE NO SE EXPRESA LA RENTA OFRECIDA: *Es válido el requerimiento en el que no se expresa la cuantía de la renta ofrecida, pues este extremo no se halla recogido en el artículo 65 de la LAU.* (Sentencia de 15 de octubre de 1963, desestimatoria.)

15. NECESIDAD: NOTAS QUE LA CARACTERIZAN: *De reiteradas sentencias del Tribunal Supremo se pueden deducir las siguientes: 1.ª, que ha de ser algo superior y opuesto a lo superfluo, al simple deseo o capricho; 2.ª, que no basta con que se trate de mera conveniencia, y 3.ª, que debe ser una precisión imperiosa impuesta por la realidad y las circunstancias, unas veces dependien-*

te de la voluntad del sujeto y otras involuntaria. (Sentencia de 28 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

16. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PUEDE SER ATENDIDA LA NECESIDAD CON UN PISO DEDICADO A CLÍNICA MÉDICA QUE ADEMÁS SE HALLA ARRENDADO AL PADRE DEL PRE-SUNTO BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *En primer lugar, tal piso no se encuentra a la libre disposición del beneficiario, pues para ello se precisaría el asentimiento del propietario arrendador, toda vez que la legislación arrendaticia urbana en modo alguno establece limitación a éste, de tal índole que le imponga la ocupación de vivienda a determinadas personas, por la simple imposición del titular arrendatario; y de otra parte, como también ha quedado probado, dicho piso no tiene actualmente capacidad para servir a su destino de clínica, en la que ejercen su actividad profesional el esposo de la demandante y su hijo, y a la conjunta de hogar de éste último.* (Sentencia de 17 de octubre de 1963; desestimatoria.)

17. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Frente a una partición legalmente formalizada entre herederos mayores de edad, por la que a la actora se le adjudica la propiedad de la vivienda discutida, mientras no se impugne por alguna de las que causan que invalidan los contratos, no puede prevalecer la alegación de que el inmueble en que está ubicada no pertenecía a la causante de la herencia, hermana de aquélla, sino al marido de ésta, quien lo adquirió antes de su matrimonio.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1963; estimatoria.)

18. NECESIDAD: SU VALORACIÓN: *La necesidad integra un concepto jurídico, cuya valoración corresponde al Tribunal de suplicación, mas, derivándola de los hechos declarados probados por el juzgador de instancia.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

19. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRUEBA DE LA FILIACIÓN DEL BENEFICIARIO: *No es necesaria la prueba de la filiación del beneficiario de la denegación de prórroga, cuando esta circunstancia no ha sido desconocida ni contradicha por el propio recurrente en el acto del requerimiento previo ni en el curso del juicio seguido en ambas instancias.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

20. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: EXCEPCIÓN DE FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO SE DA SI LA DEMANDA SE DIRIGE SÓLO CONTRA LOS ARRENDATARIOS DE VIVIENDAS DE UN INMUEBLE NECESARIAS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS FINES PROPIOS DEL INSTITUTO RELIGIOSO DEMANDANTE: *Para la existencia de tal forma cualificada de litisconsorcio, porque la prestación solamente puede ser exigida por pluralidad de actores o contra más de un demandado, es menester que se trate de litigios que versen sobre patrimonios llevados solidariamente o de demandas constitutivas si el derecho pertenece a varios titulares o se da contra varias personas, o bien que el derecho material imponga esa actuación conjunta por tratarse de relación jurídica inescindible, situaciones que aquí no se producen, sin que a ello obste la circunstancia de que tal necesidad*

puede también proyectarse, en su día, sobre los arrendatarios de locales de negocio, toda vez que ello sería una simple extensión a terceros de una eventual cosa juzgada, que al no vincularlos, en modo alguno puede originar una situación de litisconsorcio pasivo necesario. (Sentencia de 15 de noviembre de 1963; estimatoria.)

21. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: IGLESIA CATÓLICA: *Cuando la Iglesia Católica tenga que ocupar sus propias fincas para establecer sus servicios, no vendrá obligada a justificar la necesidad, debiendo solamente respetar lo dispuesto sobre preaviso, indemnización y plazo para desalojar, pero los demandados podrán aportar prueba que desvirtúe eficientemente la alegada necesidad.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1963; estimatoria.)

22. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN LA ESPOSA DEL ARRENDATARIO: *Conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, debe estimarse que basta que concurra la condición de funcionario público en cualquiera de los cónyuges que ocupen un hogar familiar, para que se reconozca a favor del titular del arrendamiento el preferente derecho que le otorga el art. 64 de LAU.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

23. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: CONDICIONAMIENTO DEL ORDEN LEGAL: *En el art. 64 LAU se contiene el orden de prelación que debe seguir el propietario para denegar la prórroga forzosa al inquilino, orden que debe seguirse necesariamente, siempre que el piso que corresponde seleccionar constituya medio adecuado para la satisfacción de las necesidades de aquél para quien se solicite.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

24. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: MOMENTO INICIAL DEL CÁMPUTO DE ANTIGÜEDAD DEL ARRENDATARIO CUANDO HAYA ADVENIDO TAL POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: *A los efectos del cómputo de tiempo del arrendamiento, es de estimar como momento inicial el de nacimiento del contrato y no el de la subrogación mortis causa, con base en el amplio concepto que de esta institución utiliza el artículo 58 LAU, al referirse a los derechos y obligaciones del arrendatario, pues, relacionándolo con la norma del art. 661 del Código civil, significa que el subrogado adquiere la personalidad contractual del transmitente que desaparece, sustituyéndola en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato, a excepción de aquéllos que, en los supuestos de selección de arrendatarios, se derivasen de las condiciones personales de éstos, sin que —como se desprende de la sentencia de 15 de noviembre de 1955— pueda estimarse que la referencia al inquilino más antiguo, que contiene el art. 64 LAU, afecte a una circunstancia personal del arrendatario y, por tanto, no transmitible.* (Sentencia de 16 de enero de 1964; estimatoria.)

25. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: VALOR DEL ASIENTO REGISTRAL A LOS EFECTOS DE ESTIMAR LA UNIDAD DEL INMUEBLE LITIGIOSO EN ORDEN AL CÁMPUTO SELECTIVO: *El asiento registral constataador de "una sola finca que ocupa un solo folio registral, con un solo número y descrita bajo unos solos linderos», pero que, además, habla de "dos casas unidas», ningún privilegio excluyente ostenta para*

prevalecer sobre el criterio elaborado por la convicción del juzgador en la apreciación conjunta de la prueba. (Sentencia de 15 de febrero de 1964; desestimatoria.)

26. RESOLUCIÓN POR NO USO: SUPUESTO EN QUE LA ENFERMEDAD DE LA ARRENDATARIA NO CONSTITUYE JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: *Si la arrendataria, que reside en C..., padece demencia senil por lo que se ve obligada a vivir en compañía de sus familiares, a virtud de prescripción o consejo médico, habiendo abandonado la vivienda para convivir con una hija casada en V..., y esta situación dura ya veintisiete meses, de los que únicamente ocupó aquélla durante tres, resulta que como esa hija no puede trasladar su residencia a C..., no le es posible a la recurrente recibir en esta ciudad las asistencias que le son necesarias en atención a su estado de salud; y, por tanto, no es de apreciar la existencia de justa causa de desocupación.* (Sentencia de 15 de octubre de 1963; desestimatoria.)

27. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: MILITARES CONTEMPLADOS POR EL DECRETO DE TREINTA Y UNO DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO: *En dicho precepto legal sólo se contempla el supuesto de militares que se encuentren en servicio activo, cuando legalmente hayan de cambiar de guarnición, no el de los retirados y menos, cuando el retiro es solicitado voluntariamente.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

28. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: CASUÍSTICA: *Es justa causa de desocupación la ausencia temporal de la inquilina a Puerto Rico, al objeto de atender a una hija enferma y contando con el consentimiento del anterior propietario del inmueble.* (Sentencia de 2 de noviembre de 1933; desestimatoria.)

29. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA PROPIA: PUNTO DE REFERENCIA DE LA APTITUD Y ANALOGÍA DE CARACTERÍSTICAS ENTRE ELLA Y LA VIVIENDA LITIGIOSA: *La aptitud y analogía de características han de contemplarse en relación con las necesidades mínimas indispensables del arrendatario, de tal manera que cuando sea inferior no puede estimarse suficiente al respecto, pero sí cuando sea superior, pues que en este caso la analogía de aptitud se produce en cuanto no resulte desproporcionada a la capacidad económica del titular arrendatario.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

30. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA PROPIA: LA LEGISLACIÓN DE VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA NO PROHIBE AL PROPIETARIO DISPONER DE VIVIENDA PARA USO PROPIO: *No hay precepto alguno en la legislación de viviendas de renta limitada que prohíba a los particulares que construyan viviendas a su amparo, para cederlas en arrendamiento o en venta, el disponer de una de ellas para su propia ocupación; y es más, la pura esencia de tal finalidad de arrendamiento lleva implícita esa posibilidad, desde el momento en que es principio esencial de derecho que "quien puede lo más puede lo menos", pues evidentemente es menos el disponer de una vivienda para atender intereses propios que el cederla en arrendamiento a un tercero.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

31. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA PROPIA: OBSTÁCULOS PROCESALES: *Pedida la resolución por haber trasladado su residencia el demandado, en los primeros días de agosto de 1962, a la nueva casa por él construida, si en el proceso alega y demuestra que en 24 de septiembre siguiente formuló papeleta de conciliación con el administrador de la propiedad, para notificarle la subrogación en el arrendamiento, de un hijo, no puede prosperar la demanda por impedirlo el principio de congruencia.* (Sentencia de 17 de noviembre de 1963; estimatoria.)

32. RESOLUCIÓN POR DISPONIBILIDAD DE VIVIENDA PROPIA: ALCANCE DE LA ANALOGÍA DE CARACTERÍSTICAS ENTRE ELLA Y LA ARRENDADA: *La analogía de que habla el párrafo 5.º del art. 62 de la LAU no puede extenderse al emplazamiento en determinada zona de la ciudad, ni a detalles de mayor o menor comodidad, que no se refieren a la superficie, distribución, características y servicios de las viviendas en comparación.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

33. RESOLUCIÓN POR DAÑOS DOLOSOS: DAÑOS CAUSADOS EN LA PUERTA DE ACCESO A LA VIVIENDA SUPERIOR SITA EN EL INTERIOR DEL PORTAL POR EL QUE SE ACCEDE AL BAJO OCUPADO POR EL ARRENDATARIO: *Constituye causa de resolución el haber causado el arrendatario daños dolosos en una puerta de acceso al piso superior, habitado por la actora, sita en el interior del portal de la finca, por el que se accede al bajo ocupado por aquél, pues, aparte toda discusión sobre si el núm. 7.º del art. 114 LAU hace concreta referencia a daños en la finca, a diferencia de las obras que modifican la configuración, que hacen referencia a la vivienda, en todo caso, queda fuera de duda que el derecho arrendaticio incluye todo el interior del portal, como paso obligado para el bajo objeto de resolución.* (Sentencia de 31 de octubre de 1963; estimatoria.)

34. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES INCÓMODAS: *Constituye causa de resolución el almacenamiento y despacho de pulpo en el interior de una vivienda arrendada.* (Sentencia de 15 de octubre de 1963; desestimatoria.)

35. RESOLUCIÓN POR DEMOLICIÓN: DERECHO DEL INQUILINO A REOCUPAR LA VIVIENDA: NO LO TIENE EL QUE CON SU OPOSICIÓN AL REQUERIMIENTO DE DESALOJO HACE NECESARIO JUICIO DE RESOLUCIÓN: *El art. 80 LAU sólo ampara el retorno del inquilino que hubiera ejercitado el derecho de opción, que alternativamente le señalan los apartados 1.º y 4.º del art. 81 (sentencia de 25 de enero de 1956), a la ocupación del mismo local, si las proyectadas obras de demolición no comenzasen en el plazo prefijado, o al reconstruido en el supuesto de que el arrendador cumpliera el compromiso contraído con la Autoridad gubernativa; pero es claro que ninguno de los derechos de recuperación alcanzan a quien, oponiéndose a la cesación de la prórroga, llevase a su contraparte a la articulación del proceso resolutorio, al amparo de la causa 11.ª del art. 114 LAU.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; estimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: RESPETO A LOS HECHOS PROBADOS: *En esta clase de recursos es obligatorio atender a la situación fáctica establecida por el juzgador, sin que sea oportuno —por punto general— entrar en el estudio valorativo de los diversos elementos probatorios aportados a los autos, por cuanto esta valoración ha de realizarla el Juzgado, teniendo que prevalecer su criterio, siempre imparcial y racional, sobre el del recurrente, interesado y apasionado.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INEXCUSABILIDAD DE LA FIRMA DE LETRADO: DEBER DEL JUEZ "A QUO": *Es inexcusable la firma de Letrado en el escrito de interposición del recurso de suplicación, aunque la cuantía del litigio no rebase de mil pesetas, incumbiendo al Juez "a quo" la obligación de inadmitirlo.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; declaratoria de la firmeza de la sentencia recurrida.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: REVISIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS: *No basta la simple invocación del art. 9.º de LAU para que puedan combatirse con eficacia los hechos establecidos como probados, al amparo de un estudio que no es lícito en suplicación.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PUEDEN ATACARSE EN ÉL LAS PRESUNCIÓNES: *En este trámite puede alegarse y demostrarse que la deducción establecida por el juzgador de instancia es ilógica y abiertamente contraria a las reglas del criterio humano.* (Sentencia de 13 de julio de 1963; estimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: SU PRUEBA: *Como reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo (SS. de 22 de febrero de 1956, 17 de marzo, 7 y 24 de diciembre de 1962 y 19 de diciembre de 1963) cuando la notificación ha de hacerse necesariamente de un modo fehaciente, por exigirlo la Ley como elemento constitutivo del negocio jurídico, el documento en que dicha notificación se consigne, según los casos, será la única prueba posible de su realización y existencia.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ABUSO DE DERECHO: *No puede fundarse el recurso en abuso de derecho cuando no se ha hecho aplicación de ese instituto en las instancias, deviniendo, por tanto, imposible nueva y tercera apreciación de las pruebas.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO CABE UN NUEVO EXAMEN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA SALVO QUE SE FUNDE EN LA ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO: *No cabe en esta clase extraordinaria de recursos, enjuiciar hechos contrarios a los que la sentencia establece como ciertos, en contemplación conjun-*

ta de la prueba practicada, pues sometida al juzgador de instancia esta función, carece la Sala de competencia para su revisión, a no ser que el recurso se fundara, como dispone el art. 132 LAU, en la errónea aplicación del abuso de derecho. (Sentencia de 30 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

8. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO PUEDE APOYARSE EN EL DEFECTO DE LEGITIMACIÓN: *La alegación de tipo procesal, con la que se pretende negar la condición de propietaria del inmueble a la demandante, y, por ende, la de parte legítima para promover la acción ejercitada, no puede servir de base a un recurso de fondo como es el de suplicación.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

9. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: CABE FUNDARLO EN LA EXISTENCIA DE ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS: *Siendo el recurso de suplicación por infracción de Ley o de doctrina legal de evidente analogía finalista con el de casación por infracción de Ley, entra en juego lo prevenido en el núm. 7.º del artículo 1.692 LEC, sancionador de la existencia de infracción de tal naturaleza "cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si esto último resulta de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador".* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

10. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FALLECIMIENTO DEL RECURRENTE DURANTE EL TRÁMITE: *No impide la estimación del recurso y el consiguiente pronunciamiento de desahucio el hecho de que el recurrente hubiera fallecido después de la interposición, por cuanto la formalización del mismo se efectuó en vida de aquél y la transcendencia de su óbito no puede afectar, dados los términos del art. 133 LAU, a la sentencia que en acatamiento de lo dispuesto en dicho precepto, está obligada a dictar la Sala.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1963; estimatoria.)

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: PUNTO DE REFERENCIA DE LA COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LAS DEMANDAS: *Conforme enseña reiterada jurisprudencia, de la que es claro y preciso ejemplo la sentencia de 20 de diciembre de 1955, la competencia ha de referirse al destino pactado y no contemplando mutaciones realizadas por la exclusiva voluntad del arrendatario, que además, en el presente caso, no acredita la existencia de una situación de prescripción que pudiera justificar en el orden jurídico aquella mutación de destino.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1963; estimatoria.)

12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NO ES LÍCITO ALTERAR LA PERSONALIDAD DE LOS INTERVINIENTES EN UN PROCESO A TRAVÉS DE LAS SUCESIVAS INSTANCIAS: *No debió admitirse el recurso de suplicación interpuesto en escrito, que si bien iba firmado por un letrado en ejercicio, en autos había comparecido y así se le tuvo, no como tal letrado, sino como representante legal de su esposa, la demandante.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; declatoria de la firmeza de la sentencia recurrida.)

13. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: LA DESOCUPACIÓN DE VIVIENDA POR PLAZO SUPERIOR AL LEGAL ES CONCEPTO JURÍDICO: *La apreciación de si ciertos hechos constituyen la no ocupación de vivienda durante más de seis meses en el transcurso de un año, no se sustraen a la censura de la Sala, al implicar una calificación jurídica deducible de determinados hechos, cuya certeza reconocen o acreditan las partes y que son inmutables para el Tribunal de suplicación, si no se combaten adecuadamente.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

14. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: EQUIVOCACIÓN EN LA CITA DEL PRECEPTO QUE SE SUPONE INFRINGIDO: *El carácter eminentemente formalista que a esta clase de recursos otorga la LAU, a través de su artículo 133, número 2.º, impide en estos casos al Tribunal hacer suposiciones sobre cuál pudiera ser la infracción que efectivamente se quiso denunciar.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

15. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ES DESESTIMABLE SI NO SE FUNDAMENTA EN LA LEGISLACIÓN APLICABLE AL SUPUESTO DEBATIDO: *Reconociéndose en la sentencia recurrida que la situación creada por la demandada, de recoger varios niños en su vivienda durante algunas horas del día, data de una antigüedad exactamente indeterminada, pero sí alrededor de los veinte años, es inconcuso que la legislación aplicable no es la Ley vigente, ni siquiera la inmediata anterior, sino el Decreto de 29 de diciembre de 1931, complementado con el de 2 de junio de 1933, que al no haber sido invocados hacen decaer el recurso.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

16. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSTAS EN CASO DE ALLANAMIENTO DE UNO DE LOS DEMANDADOS: *Demandados dos arrendatarios de viviendas sitas en la misma finca, de resolución por necesidad y allanado uno de ellos en el curso del proceso, debió haber sido condenado, en primera instancia, a la mitad de las costas producidas no hasta el momento del allanamiento, sino hasta la firme estimación parcial de la demanda; mas, como el pronunciamiento incorrecto es hoy firme, el juego del art. 149 LAU no permite hacer distinciones que alterasen el principio de la no "reformatio in pejus" o infringiesen lo dispuesto en el art. 408 LEC.* (Sentencia de 16 de enero de 1964; estimatoria en cuanto al fondo.)

17. CONDENA EN COSTAS A LOS DECLARADOS EN REBELDÍA: *Con arreglo a lo preceptuado en el art. 149 LAU, al estimarse la demanda que iba dirigida contra D. M., D. A. y D. F. S. G. y los demás herederos desconocidos e inciertos de doña A. G. F., con declaración de la resolución pedida y condena de los demandados al desalojo con el apercibimiento consiguiente, debieron imponerse las costas de la primera instancia a todos ellos y no a uno sólo, el personado en juicio.* (Sentencia de 30 de diciembre de 1963; estimatoria solamente en cuanto al extremo de costas.)

18. PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: SÍNTESIS DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 148 LAU: *Declara. en sinte-*

sis, la doctrina jurisprudencial aplicable, que: a) el presupuesto del artículo 148 LAU alcanza a todo procedimiento donde, cualquiera que sea la forma, se desposea al arrendatario de la cosa arrendada; b) la acreditación ha de hacerse precisamente en el escrito que interponga el recurso y la consignación, en todo caso, en el Juzgado ante el que se plantea y en el plazo señalado para recurrir; y c) al no cumplirse este esencial requisito se declarará la firmeza de la sentencia recurrida, con aplicación del art. 408 LEC y la nulidad de las actuaciones posteriores. (Sentencia de 31 de octubre de 1963; declaratoria de la firmeza de la sentencia recurrida.)

6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ
Magistrado

I. Derecho civil

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: PENSIONISTA: CASUÍSTICA: *Si bien, el término "pensionista" comprende, tanto a los empleados públicos (civiles o militares) como a los privados en situación pasiva, no puede predicarse lo mismo del individuo que, continuando en activo, percibe jornal por el trabajo que desarrolla, si bien disminuido en un tercio aproximadamente del haber normal en razón a su incapacidad parcial permanente, cuya disminución salarial es completada por la Caja Nacional de Accidentes del Trabajo, en razón a no ser la pensión su exclusivo o principal modo de subvenir a sus necesidades, razón por la que el artículo 64 de la LAU otorga el privilegio selectivo.*

NOTA: Véase sentencia de la misma Sala de 2 de febrero de 1961, ANUARIO 1962, fascículo 2.º, sentencia número 1, página 577.

ABUSO DE DERECHO: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *No concurre abuso de derecho en la conducta del arrendador al reclamar la vivienda para una hija que ha contraído matrimonio y tiene su residencia en la propia localidad, pues queda amparado por la presunción del número 3.º, párrafo 2.º del artículo 63 de la LAU, y es doctrina legal que no puede estimarse el referido abuso cuando se acredite la necesidad de ocupar la morada reclamada. (Sentencia de 9 de diciembre de 1963; estimatoria.)*

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN: PRUEBA EN CONTRARIO: CASUÍSTICA: *Acreditado en la sentencia impugnada que la arrendadora, desde mucho antes de su destino oficial en la ciudad de V., de hecho residía en dicha localidad, primero en el domicilio de sus padres y al fallecimiento de éstos en el de su hermano, queda inoperante la presunción de necesidad que deriva del párrafo 2.º, número 1.º del artículo 63 de la LAU. (Sentencia de 9 de diciembre de 1963; desestimatoria.)*

3. 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 cincuenta y ocho 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, lo que es tanto como incluir en la expresión "comunidad familiar" a todas las personas que unidas al inquilino por lazos de parentesco —consanguíneos, de afinidad o civil— conviven bajo el mismo*

techo de manera estable y permanente; circunstancias no concurrentes en el caso de autos en que conviven en el piso litigioso con la inquilina y su hijo otro matrimonio y su familia, sin que ni a unos y otros les una lazo de parentesco alguno, por lo que no infringe el artículo 64 de la LAU la sentencia que no computa a los últimos a los efectos selectivos. (Sentencia de 16 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

NOTA: Véanse sentencias de la misma Sala de 26 de abril de 1962 y 20 de julio de 1963, ANUARIO 1963, fascículos 1.º y 3.º, sentencias números 11 y 15, páginas 271 y 965, respectivamente.

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NO LA DESVIRTÚA EL HECHO DE QUE "HACE AÑOS" SE HUBIERA OFRECIDO AL FAMILIAR PARA QUIEN SE RECLAMA LA VIVIENDA OTRA EN EL LUGAR DE TRABAJO: CASUÍSTICA: *El hecho de que "hace años", se hiciera al familiar para quien se reclama la vivienda el ofrecimiento de un piso en el lugar de trabajo, no es bastante para estimar que su situación actual sea provocada, ya que con posterioridad se han venido reiterando infructuosamente a la Empresa peticiones de vivienda en el lugar donde la reclamada está sita.*

NECESIDAD: NO CONCURRE SI LA ACTORA TIENE A SU DISPOSICIÓN VIVIENDA ADECUADA A SATISFACER LAS NECESIDADES DEL FAMILIAR PARA QUIEN SE RECLAMA SITA EN EL MISMO EDIFICIO QUE LA LITIGIOSA: CASUÍSTICA: *Acreditado que en la planta baja del edificio en que está sita la vivienda reclamada, hay otra deshabitada desde el mes de mayo de 1962, careciéndose de elementos probatorios que hicieran suponer que sus condiciones no la hacen adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos de la actora, que es completamente independiente del local de negocio radicado en la parte delantera, en cuyo arrendamiento no está integrado, y en la que durante el transcurso de los años y hasta época reciente han vivido varias familias con hijos, sirviéndose de la misma como hogar familiar, incluso para la familia de la arrendadora, hay sobrados motivos para estimar inexistente la necesidad alegada como causa resolutoria del vínculo arrendaticio. (Sentencia de 10 de enero de 1964; estimatoria.)*

5. SUBROGACIÓN "MORTIS CAUSA": CONVIVENCIA DE CÓNYUGE: AUSENCIA TEMPORAL POR INTERNAMIENTO EN CASA DE SALUD Y ENFERMEDAD MENTAL: CASUÍSTICA: *Establecido por J. A. H. su domicilio y hogar en el piso de autos de la villa de G., mientras su esposa E. V. V., por razón de esquizofrenia parcial, se encontrada recluida en el Manicomio Provincial de H., donde fue dada de alta por ensayo el 30 de octubre de 1962, reanudándose la vida en común en la vivienda litigiosa, hasta que transcurridos mes y medio de convivencia, el marido y titular arrendatario, en razón a la referida enfermedad, la internó en el Hospital A. C., falleciendo el marido seis meses después de ingresada, y regresando la cónyuge al hogar establecido por su difunto marido, al exigirse por el artículo 58 de la LAU como requisito para que se opere la subrogación respecto al conyuge la mera convivencia sin exigencia de plazo de antelación a la fecha del fallecimiento del inquilino, a diferen-*

cia de otros parientes que exige sea habitual y con dos años de antelación, en el presente caso bastó el mes y medio de convivencia, intervalo de sanidad que tuvo la cónyuge durante el establecimiento del hogar familiar en la vivienda cuestionada, para que surta sus efectos la subrogación pretendida, y si la vida en común no pudo tener mayor prolongación material no fue debido a causas imputables a los cónyuges, sino a motivos y causas justificadas, que imposibilitan admitir que entre los cónyuges se quebrara esa simple y mera convivencia. (Sentencia de 15 de enero de 1964; desestimatoria.)

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRECARIOS INGRESOS DE LA PERSONA NECESITADA: CERCANA VECINDAD DE LA CASA RECLAMADA PARA QUE VIVA UNA HIJA, DE LA EN QUE HABITA LA MADRE, ENFERMA Y QUE NECESITA DE SU ASISTENCIA: CASUÍSTICA: *De la situación de hecho acreditada en la sentencia recurrida, fluye indudablemente el concepto de necesidad que sirve de fundamento a la acción, si se tienen en cuenta los precarios ingresos de la persona necesitada, que parece ser tienen la nota de eventuales, de donde resulta que la merced arrendaticia que satisface por el piso que ocupa trastorna gravemente la economía familiar, aunque no origine una situación extrema; reforzando dicha tesis, el pesar las circunstancias concurrentes en el actor, cuya esposa padece las consecuencias de una enfermedad que ha mermado sensiblemente su capacidad para atender los trabajos domésticos, y que puede encontrar en la vecindad de su hija una asistencia que excede sin duda del grado de lo conveniente.* (Sentencia de 28 de enero de 1964; desestimatoria.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL REQUERIMIENTO PREVIO: *Si en el requerimiento previo se dice que la necesidad de disponer de la vivienda, lo es para que sea habitada por el hijo del actor, su mujer y los hijos del matrimonio, para establecer su hogar en el piso en litigio, ya que desde que contrajeron matrimonio carecen de domicilio propio e independiente y vienen forzados a alojarse provisionalmente en casa de los padres de la esposa, no existe imprecisión en el requerimiento.*

IMPOSIBILIDAD DE INVOCAR EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA CAUSAS DE OPOSICIÓN NO UTILIZADAS AL HACERLO AL REQUERIMIENTO PREVIO: *El no alegar al contestar al requerimiento previo el defecto que fue invocado como opositorio en la contestación a la demanda, lleva consigo como sanción su repulsa, por extemporánea y ser reveladora de una falta de lealtad polémica en el arrendatario, contraria a la finalidad de la Ley, estimulante de la diligencia y sinceridad en el inquilino, para preparar y orientar la litis.* (Sentencia de 28 de enero de 1964; desestimatoria.)

NOTA: Véase sentencia de la misma Sala de 9 de octubre de 1961, Anuario 1962, fascículo 2.º, sentencia número 19, página 583.

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: GUARDIA CIVIL JUBILADO: CASUÍSTICA: *Obligado el actor a desalojar la vivienda que ocupaba en la Casa Cuartel por su condición de Guardia Civil, al ser jubilado por edad, sin*

tener otro hogar del que pueda disponer por título que le confiera el derecho de su uso y disfrute que la ocupada por la demandada, queda acreditada la necesidad a que se refiere la presunción del número 4.º del artículo 63 de la L. A. U.; sin que se oponga a ello el hecho de que, circunstancialmente y hasta que pueda disponer de la de su propiedad, tenga por imperativo la necesidad material de compartir la vivienda arrendada por el marido de su hija, en la que solamente la mera tolerancia y parentesco le permiten morar. (Sentencia de 25 de febrero de 1964; desestimatoria.)

9. DERRIBO DE FINCA PARA EDIFICAR OTRA QUE CUENTE AL MENOS CON UN TERCIO MÁS DE LAS VIVIENDAS QUE EN AQUÉLLA HUBIERE: INCUMPLIMIENTO POR LA PROPIEDAD DEL COMPROMISO CONTRAÍDO ANTE EL GOBERNADOR CIVIL: RENTA A PAGAR POR EL INQUILINO PROCEDENTE DEL INMUEBLE DERRUIDO: CASUÍSTICA: Señalado por el Gobernador Civil el plazo de treinta meses para que se llevaran a cabo las obras de reedificación, se debe empezar a contar el mismo desde el 24 de septiembre de 1959, fecha en que el último ocupante desalojó el inmueble y, por lo tanto, expiró el 25 de marzo de 1962; sin que obste a ello el que el Ayuntamiento decidiera en 14 de noviembre de 1960 la forma de realizarse la construcción y que la Dirección General de la Vivienda señalara como límite de la terminación de las obras el día 1 de junio de 1963, ya que la parte arrendadora, de quien traen causa los demandados, se comprometió a la reedificación en el plazo antes indicado, y al terminar las obras realmente en 6 de diciembre de 1962, es claro que incumplió el compromiso y que la demora no puede ser imputable al Ayuntamiento, ya que el expediente de derribo tardaron en iniciarlo tres meses y diez días después del desalojo del último inquilino, y el expediente de nueva construcción cuatro meses y dieciocho días después de visado el proyecto por el arquitecto, dejando transcurrir por último, al menos, tres meses más en empezar la reedificación, pues aunque el Ayuntamiento había terminado el expediente de nueva construcción el 14 de noviembre de 1960, los actores compraron el solar el 15 de febrero de 1961, por lo que al declarar la sentencia criticada como renta a pagar por el inquilino, que ya lo fue en la edificación derruida, por el nuevo a ocupar según le corresponde, la que satisfacía en la primitiva, no infringe el artículo 87 de la L. A. U., en relación con el 78 del mismo cuerpo legal. (Sentencia de 23 de febrero de 1964; desestimatoria.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NACIDA CON ANTERIORIDAD AL CAMBIO VOLUNTARIO DE RESIDENCIA: CASUÍSTICA: Acreditado en autos como supuesto fáctico, el que la actora, dos años y medio antes del acto en que exteriorizó su intención de oponerse a la prórroga del contrato, desde B., donde vivía habitualmente, trasladó su residencia con carácter voluntario al pueblo donde actualmente tiene fijada habitación, el hecho de querer volver a B., con el propósito de reunirse y atender al hijo soltero, disponiendo de casa independiente, que de por sí es serio y digno de protección, no puede elevarse a la categoría de causa de necesidad, cuando no sólo no se ha probado que el hecho, base de la necesidad surgiera con posterioridad al voluntario cambio de residencia, sino que lo acreditado es suficiente para deducir lo contrario.

NECESIDAD: NO CONCURRE: *La educación del nieto de seis años, que necesita enseñanza primaria que puede procurarse en su residencia, donde convive eventual y transitoriamente con su abuela, puesto que tiene padres, no puede considerarse como causa de necesidad.* (Sentencia de 26 de febrero de 1964; desestimatoria.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Se da el fin lícito y útil, superior a la mera conveniencia, no para conseguir comodidades o recreos, fundamento de la necesidad, en el actor que residiendo a varios kilómetros de la capital deniega la prórroga de vivienda sita en la misma, con el fin de trasladarse a ella con su familia, para lograr la educación de dos de sus hijas que con el fin de asistir a los centros docentes se trasladaban todos los días desde su domicilio a la capital, ya que con la denegación de prórroga se logra, no ya sólo no gravar innecesariamente la economía familiar del recurrente con gastos considerables para la obtención para sus hijas de medios formativos y profesionales, obligado para los padres en su función educativa, sino evitar los riesgos de un continuo traslado del campo a la ciudad; sin que pueda constituir obstáculo para la estimación de la necesidad invocada el que el actor cultiva sus fincas en forma directa y personal, pues nada impide lograrlo en forma directa simplemente o en igual forma, teniendo en cuenta que puede ser atendido conforme a las exigencias estacionales.* (Sentencia de 27 de febrero de 1964; desestimatoria.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MATRIMONIO DE UN DESCENDIENTE: *Existe necesidad cuando el descendiente legítimo para quien se reclama la vivienda contraiga matrimonio y deba residir en la localidad en que esté ubicada la finca.* (Sentencia de 10 de marzo de 1964; desestimatoria.)

13. RESOLUCIÓN POR ACTIVIDADES PELIGROSAS, INCÓMODAS O INSALUBRES: *La resolución del contrato locativo en base a la causa 8.ª del artículo 114 de la L. A. U., requiere que se acredite la existencia de las actividades peligrosas, incómodas e insalubres, con entidad suficiente a constituir un ataque evidente, manifiesto, indudable y trascendental, como se deduce del término "notorio" empleado por el texto legal.* (Sentencia de 12 de marzo de 1964; desestimatoria.)

II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *Al no limitar el artículo 132 de la L. A. U., y la función revisora del recurso de suplicación a los preceptos sustantivos de dicha Ley especial, y suplir sus deficiencias —conforme reiterada doctrina jurisprudencial: sentencias, entre otras, de 23 de febrero y 9 de julio de 1953— el Código civil, pueden sus normas ser objeto de estudio y resolución en el recurso extraordinario de suplicación, cuando lo sean con dicho carácter, conforme previene el artículo 16 del propio cuerpo legal.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1963; desestimatoria.)

NOTA: Véase la sentencia de la misma Sala de 14 de julio de 1961, Anuario de 1962, fascículo 2.º, sentencia número 3, página 585.

2. CAPACIDAD DE OBRAR: ESQUIZOFRENIA PARCIAL: *Para estimar incapaz a una persona por demencia o locura, se precisa se declare así, aunque sea en procedimiento sumario, debiendo ser su estado de enfermedad mental tal, que le prive del uso de razón y juicio, lo que no puede en modo genérico predicarse de una esquizofrenia parcial, que admite tal variedad de grados y situaciones, difícilmente encajables en la demencia como causa privativa de la capacidad de obrar.* (Sentencia de 15 de enero de 1964; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA Y FIN: *La naturaleza especial del recurso de suplicación, cuya finalidad primordial consiste en lograr la "uniformidad" territorial de la doctrina jurisprudencial, mediante "el control" de la aplicación del Derecho, no permite la denuncia en el mismo de supuestas infracciones de normas adjetivas ni formales ni de los defectos de la actividad judicial, al quedar limitado el remedio extraordinario por el artículo 132 de la L. A. U. a los llamados vicios «in iudicando», quedando fuera del mismo los "in procedendo".* (Sentencia de 27 de enero de 1964; desestimatoria.)

NOTA: Véase sentencia de la misma Sala de 10 de octubre de 1961, ANUARIO 1962, fascículo 2.º, sentencia número 4, página 585.

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA Y ÁMBITO: *La naturaleza extraordinaria y especial del recurso de suplicación, impide la revisión de la apreciación probatoria realizada en la instancia, so pena de convertir el trámite en una tercera instancia, que iría en contra del designio del legislador al crearle, debiendo permanecer intangibles los hechos o acaecimientos del mundo físico que, y con relación a la necesidad, la determinan según la apreciación del juzgador de segundo grado, pudiendo únicamente censurarse la valoración que de los mismos ha hecho el Juzgado inferior con arreglo a las normas jurídicas o a máximas de experiencia.* (Sentencia de 28 de enero de 1964; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: *Las sentencias dictadas en recursos de suplicación por otras Audiencias Territoriales, no tienen validez legal para fundamentar un recurso de suplicación ante la Sala, por cuanto no establecen doctrina legal y únicamente pueden servir como valiosa y meritoria información, pero sin vinculación posible, pues sólo las de ésta pueden ser atendidas en estos recursos extraordinarios, dada cuenta de su finalidad de mantener, en cuanto sea posible, un criterio y doctrina uniforme en el territorio para la interpretación de las normas que regulan las relaciones arrendaticias urbanas.* (Sentencia de 28 de enero de 1964; desestimatoria.)

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *La promesa del hecho ajeno.*

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan A.: *Un contrato especial de trabajo: El contrato de ejecución de obra.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *El artículo 51 del Código civil.- Sus relaciones con el 69.*

3. VIDA JURÍDICA

MOZOS, José Luis de los : *Dictamen sobre servidumbre personal de pastos.*

4. BIBLIOGRAFÍA.

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.